

هوية الكتاب

أسم الكتاب: فقه المعاملات المصرفية
تأليف: الفقيه الشيخ قاسم الطائي (دام ظله)
سنة الطبع: ١٤٤٤-١-٢٠٢٢ الطبعة الأولى
الإخراج الفني للكتاب: المكتب الإعلامي لسماحة
المرجع الديني الفقيه الشيخ قاسم الطائي (دام ظله)

فقہ المعاملات المصرفية

قاسم الطائي

المقدمة

سبحان الله الذي علم بالقلم علم الانسان مالم يعلم، وأرّفده بمحمد وآله (صلى الله عليه وآله) معلّمي البشر حتى اذا شرقوا أو غربوا لم يجدوا علماً الا عند محمد وآله سادات البشر ومصلحي اعوجاج البشر.

وبعد .. يعتبر بحث المصارف بحثاً مستحدثاً في عالم الفقه لم يكن موجود قبل مدة لا تتجاوز القرن أو القرنين، حتى تغطى على الحياة الاقتصادية في ارجاء المعمورة فأصبح مفردة من مفردات الحياة الحديثة يتعامل معها الناس في تعاملاتهم المالية المتعددة، ولهذه المصارف قانونها الخاص الذي لا ينطبق بشيء مع شريعتنا الغراء فكان تعامل المؤمنين مع هذه المصارف يسبب لهم قلقاً من جهة عدم احراز تعاملاتهم المالية على وجه الصحة والقبول، ومن جهة أخرى أصبحت الحياة تفرض عليهم التعامل معها لأنها تغطي العديد من متطلبات الحياة بصورة سهلة ومضمونة، فالتخلي عن التعامل معها يمثل خسارة لهم وعدم لحاقهم بركب الحياة المتطورة والتعامل معها يمثل مخالفة واضحة لشريعة سيد الرسل (صلى الله عليه وآله) وهنا يأتي دور الفقه والفقهاء لحل هذه المعضلة وتيسير أمور المجتمع فتصدى جملة منهم جزاهم الله خيراً لتكليف عمل المصارف وجعله يتماشى مع الشريعة على ان يكون قصد التعامل الجهة التصحيحية الشرعية التي أسسها الفقهاء والعمل الذي قام به الفقهاء معقد من جهة قلة المصادر التي تبحث في الموضوع ومن جهة حداثة الموضوع الذي قد يكون فهمه بتمام جوانبه عملية غير ميسورة للفقيه والاستعانة بذوي الاختصاص لا يغني لأنهم يسايرون القانون المصرفي الجاري فكانت تكييفاتهم الفقهية لا تخلو من النزول الى قوانين هذه المصارف والاستفادة من سعة تصوراتهم لجعل الشريعة متوافقة مع قوانين المصارف وهذا الاتجاه موجود في الساحة الفقهية الاسلامية لكنه ليس بصحيح لأن المطلوب

هو رفع أو تشكيل قانون مصرفي ملائم، والأخذ رفع المصارف الى الشريعة المقدسة وهذا ما لم يحصل في واقع الامر لأن المصارف منشأها غربي له قوانينه وثقافته وهو نفسه مطبق عندنا بلا تغيير يذكر، وهذا الاتجاه الصحيح ولكنه صعب ومع صعوبته تصدى جملة من محققي المذهب في العصر الحاضر في محاولة تذليل هذه الصعوبة وتسهيل الأمر على العامة بحيث تصيح تعاملهم مع البنوك ضمن التصور الاسلامي فجزاهم الله خيراً وبين فضلهم وأحسن صنعهم حتى بات البحث المصرفي في ازمنتنا نوعاً ما سهلاً وواضح المعالم، وهذا البحث يتناول معظم التعاملات المصرفية الجارية في عالم اليوم مبيناً موضوعها ومحمولها - أي الحكم الشرعي - بأسلوب سلس واضح البيان عله يفيد المؤمنين ويخفف الضغط عليهم اثناء تعاملهم مع البنوك.

ولا يفوتني ان اذكر ان شريعتنا وبالخصوص المذهب الامامي الذي تبني ما من حادثة الا ولها حكم والمصارف ضمن الحوادث الجديدة والافكار المعاصرة، فلا بد ان يكون لها حكم وإلا لما صدقت المقولة.

والله ولي التوفيق يهدي من يشاء الى الصواب والطريق المستقيم، اللهم لا ترد بضاعتنا فهي مزجاة فتقبلها منا وتجاوز عما فيها من شطط القول وزلة اللسان والقلم، بحق محمد وآل محمد (صلى الله عليه وآله) عليك فأنت لا ترد دعاءً إذا استهل بالصلاة عليهم.

قاسم الطائي

النجف الاشرف

٤ ربيع الثاني ١٤٤٤

بسم الله الرحمن الرحيم

أعمال المصرف

فصل: في مصاعب البحث الفقهي مصرفياً

وقبل الخوض في هذا الموضوع لا بد من تعريف المصارف وإعطاء فكرة عنها لأنها هي موضوع بحثنا.

هذا وقد عرّف السيد الأستاذ (قده) المصارف: بأنها المؤسسات المالية التي تمارس التجارة بالمال نفسه جزئياً أو كلياً على أن يكون المال المستعمل لديها متكوناً من رأس مال أصلي وإيداع إضافي.

وإذا حللنا هذا التعريف فمكوناته هي:

أولاً: المصرف عنوان يدخل في نوع المؤسسات المالية يمارس نشاطاً إقتصادياً معيناً ألا وهو التجارة.

ثانياً: إختصاص تجارته بالمال نفسه أما جزئياً ويقصد به وقوع المعاملة على أمر جزئي خارجي كوقوعه على بعض العروض، واما كلياً كوقوعه على أن يكون العرض كلياً غير جزئي ولا يمكن تفسيره بالكل أو الجزء، إذ لا يوقع المصرف معاملة تجارية كالبيع على جميع أمواله لوضوح أن بعضاً منها ليس تحت يده كما هو واضح.

ويلاحظ على هذه النقطة أنها غير جامعة لفرض وجود نشاطات إقتصادية أخرى يمارسها البنك غير المتاجرة بالمال على ما سيتضح في ثنايا البحث فكان ينبغي بتقييد الفقرة بغالباً.

ثالثاً: أن رأس المال المستعمل متشكل من مال أصلي للبنك وإيداع للمتعاملين معه، وينبغي أن نلاحظ هنا أن الإيداع ليس بمعنى الوديعة الشرعية لأن مفهوم الوديعة يعني بقاؤها على ملك صاحبها مع بقاء عينها وهي بهذا المعنى لا تنطبق على ما هو الموجود لدى البنك الذي سيستخدمها استخدامات شتى لا تبقى على ما عليه عند الإيداع.

ولكن هذه الملاحظة ليست بشيء لأن التعريف كان بصدد بيان المصرف الموجود في عالم اليوم من جهة كونه أمراً واقعياً قائماً بذاته يخضع لقوانين معينة من قبل مؤسسيه وإستعمالهم للوديعة إنما يكون بالمعنى المعروف عندهم لا بمعناها الشرعي ليرد عليه ما ذكر وليس التعريف بصدد إعطاء تعريف مقنن على النحو الشرعي للمصرف من ناحية معاملاته المصرفية، وإستعمال الوديعة عندهم بما يحمل من معنى عندهم لا بما له عن المعنى الشرعي.

تقسيمات المصارف

قسمت المصارف من عدة حيثيات، من حيث أهميتها في المجتمع فتقسم الى بنك مركزي وبنوك اساسية، وأخرى فرعية.

وقسمت من حيث الأهداف أي إختلاف الشريحة الإجتماعية التي تختص بها وتقدم لها خدماتها فهناك مثلاً بنوك عامة وأخرى خاصة للصناعة أو الزراعة فيقال مصرف زراعي أو صناعي أو العقاري وغير ذلك.

وقسمت من حيث راس مالها فقد يكون المصرف أهلي صرف أو حكومي كذلك أو مشتركاً بينهما -الأهلي والحكومي-.

وقسمت من حيث المؤسسين فقد يكونون مسلمين أو ذميين وقد يكونون كافرين.

وقسمت من حيث أعمال البنوك فبعضها مُخَوَّل لإصدار العملة كالبنك المركزي وبعضها مُخَوَّل بالتحويل الخارجي وبعضها يقتصر على اسلوب الإسترباح في مجال إختصاصه وهو التجارة بالنقد.

وقسمت من حيث الاسلوب الربوي وعدمه.

هكذا قسمه (قده) ويلاحظ عليه :

أولاً: ان ما ذكره عن التقسيم الأخير شامل لكل المصارف الحالية وبلا إستثناء كما نعلم فلا يكون لجهة التقسيم أي أثر.

ثانياً: ان التقسيم من حيث أعمال البنوك مندرج في التقسيم من حيث الأهمية والتأثير في المجتمع فلا يكون قسماً في مقابله؛ لأن عمل البنك هو الذي يحدد أهميته وتأثيره في المجتمع وعلى كل حال فالأمر سهل لأنه (قده) كان بصدد إعطاء فكرة

واضحة عن البنوك وأقسامها في عالمنا اليوم وخصوصاً في المجتمعات الإسلامية التي لا تطبق الشريعة في نطاق أعمالها المصرفية^(١)

فصل: مصاعب البحث الفقهي مصرفياً

المتداول على السنة الفقهاء حتى أصبح مشهوراً بأن ما من حادثة -واقعة- إلا ولها حكم، الأمر الذي ينتج ان كل القضايا المعروضة والمشكلات والمستجدات الحياتية على الصعيد البشري بمختلف حقوله وإختصاصاته مشمولة لأحكام الشريعة المقدسة لا محالة، حتى المصارف بكل أقسامها وكل أشكال الإقتصاد في العالم له أحكام موجودة ومفهومة في الشريعة.

الا انه مع ذلك توجد بعض العقبات تحول دون توفر وتيسر التطبيق الفقهي على الفعاليات المصرفية من عدة جهات.

الجهة الأولى: انفصال البحث الفقهي عن البحث المصرفي وإبتناؤه على الطريقة القديمة في البيان، وكانت نافعة بكل تأكيد في القرون الماضية ألا انها أصبحت غير مواكبة للفهم المعاصر، الأمر الذي أوجب صعوبه فهمها للجيل المعاصر لها، مضافاً الى شيء آخر ينبغي الألتفات اليه، وهو عدم إمكان الطاقة البشرية على استيعاب كل الحقول البشرية، من حيث الافكار والعلوم والإختصاصات، وهذا ينتج ضرورة تخصيص الأفراد بنوع معين من الإختصاصات، هذا وهذا ينتج بدوره أن المختص بأي حقل، لا بد أن يكون بعيداً نسبياً في التعمق في الحقول الأخرى، ويمكن القول: بأنه لا يفهمها كما يفهمها ذووها المختصون بها.

(١) مالكية الدولة ومجهول المالك ص ٢٩- ٣٠ المؤلف

وهذه ظاهرة عامة تشمل كل الحقول، فمن تخصص بعلم لم يمكنه فهم علم آخر الا ما يعود الى إختصاصه من العلوم الأخرى من جهة تداخل العلوم الكبير والإختصاصي يفهم مقدار الإرتباط دون سائر التفاصيل الخارجة عن إختصاصه. ولا يستثنى الفقيه عن هذه القاعدة، فبسبب إختصاصه الفقهي يصعب عليه الإستيعاب الواسع للعلوم الأخرى لا محالة إلا ما إرتبط في حدود إختصاصه من العلوم، الا ان هذا لا يشكل عذراً معقولاً له في عدد من الحالات لأننا بعد أن نعرف ان ما من واقعة الا ولها حكم، تكون سائر العلوم مربوطة بالفقه بشكل وآخر؛ لأن العلوم عبارة عن مجموع من الوقائع والحالات والأفكار المشمولة لأحكام الشريعة لا محالة، إذن، فعلى الفقيه الألتفات إليها، والأخذ بما هو مرتبط بإختصاصه منها على الاقل ولا يجوز الإعراض عنها تماماً.

يضاف الى ذلك ان الدراسة الفقهية كانت ولا زالت بعيدة عن العلوم الحديثة بحيث تختص التربية العلمية بما يختص بالدين من علوم ولا تعم العلوم الأخرى، فلا يكون للعلوم الأخرى أي تعرض من قريب أو بعيد، أو قليل أو كثير في التربية العلمية الدينية، الا ما إستطاع الفرد تحصيله من المصادر والكتب المتوفرة كأهتمام شخصي لا أقل ولا أكثر.

وهذا أيضاً ليس مورداً قابلاً للعذر؛ لأن الزعم بأنها أجنبية عن العلوم الدينية غير صحيح لا محالة، بعد أن عرف الجميع أن ما في واقعة إلا ولها حكم. إذن فكل العلوم على الإطلاق تكون مجالاً فقهيّاً في حقيقة الأمر، غير أن بعض تفاصيلها لا ينبغي التعمق فيها لإتضح أمرها من البحث في تفاصيل أخرى احياناً.

والمهم، بعد هذا الكلام، أنه أصبح من الصعب على الفقيه المتخصص النظر في العلوم الأخرى بشكل معمق وموسع كالإقتصاد وعلوم الإجتماع والقانون والفلك وغيرها. ومن هنا لم يكن عمل بعض أساتذتنا حين اراد أن يتصور بنكاً لا يتعامل بالربا المحرم شرعاً، ويطبق تفاصيل اعمال البنوك على القواعد الفقهية، لم يكن ذلك عملاً سهلاً ولا قريباً من المتناول في حدود الفهم الذي يعيشه الفقهاء عادةً ويكفي أنه أول من تعرض لهذا الشكل من اشكال الفقه تماماً.

اقول: ان ما ذكره (قده) لطيف جداً، ولكن المتعارف ان الفقيه يأخذ الموضوع مسلماً عن أهل الإختصاص كأصل موضوعي من دون حاجة الى إشغال نفسه بهذه البحوث، لأن إتعاب نفسه فيها لا يوصله الى ما وصل اليه أهل إختصاص هذا العلم أو ذاك وهذا أمر واضح.

نعم عليه الإطلاع الواعي على هذه العلوم ليتمكن من تقييم ما تقدم له من بحث من أهل الإختصاص، لا ان يأخذه مسلماً وجاهزاً من دون نظر منه فيه. على ان الفقيه لا يصعب عليه استيعاب العلوم الاخرى الا من جهة عدم توفر الوقت الكافي لديه للإطلاع وإستيعاب العلوم الاخرى وقد تسعفه مطالعته ودراساته السابقة لفهم العديد من التفاصيل.

الجهة الثانية: قد نجد المصارف متشابهة تماماً حين النظر اليها من الخارج ولكنها ليست كذلك، نعم هناك بعض التعليمات المتفق عليها في أغلب المصارف أو جميعها وهي عديدة، الا أن هذا لا يعني أن جميع المصارف تسير على طبق نظام واحد بكل التفاصيل، فإن المصارف تختلف بحسب فهمي بأنواعها وبأماكنها وأزمانها لو صح التعبير، فهنا حقول ثلاثة من الظروف على الأقل.

الحقل الأول: الفرق في الإستخدام وخاصة إذا لاحظنا المؤسسات المالية بشكل عام، فهناك المصارف المركزية والخزينة العامة والمصارف التجارية والمتخصصة كالزراعة والصناعة وهناك البورصة وغيرها من المؤسسات مما قد يكون مرتبطاً بحكومة أو شركة أو فرد.

وليست هذه الأنواع ذات نظام واحد لا محالة، بل لكل نوع نظامه وشكل معاملته الاقتصادية وأهدافه وغير ذلك.

الحقل الثاني: الفرق في مكان المصارف فإن لكل شعب ثقافته وفلسفته في الحياة، مضافاً الى حاجاته ومتطلباته، الأمر الذي يقتضي التكيف للبنوك في كل مكان حسب المجتمع الذي تعيش فيه، من حيث قناعات أفراده أولاً، وسد إحتياجاته ثانياً، والانسجام مع فلسفته الحياتية كأن يكون إشتراكياً أو رأسمالياً أو غيره.

فالمكان مؤثر في إختلاف الأنظمة للبنوك، ومع الإختلاف يصعب الإستيعاب بطبيعة الحال.

الحقل الثالث: الفرق في الزمان فإن ما يكون صحيحاً يوماً ما لا يكون صحيحاً ولا متبعاً في يوم آخر بعده؛ لإختلاف قناعات الأفراد المشرفين على أي بنك في تذليل مشاكله وشكل تفاصيله وتطور ذلك وإختلافه خلال السنين زيادة ونقيصة وخاصة مع إختراع الأجهزة الحديثة التي تساعد على إزجاء المعاملات في البنوك.

إذن، فما يكون نظاماً مسجلاً للمصرف في يوم ما، لا يكون كذلك في الزمان الذي بعده، ولا يمكن لفرد ان يدرك ما يأتي به المستقبل من آراء وأنظمة وتطبيقات.

ومع هذه الفروق لا يكون البحث الفقهي بالشكل المتوقع والموسع ممكناً بطبيعة الحال.

أقول: النظام المصرفي واحد في جميع انحاء العالم، ولذا لا يكون ما في البلدان الإسلامية غيره في البلدان غير الإسلامية، ولولا ذلك لما إحتجنا الى التكييف الفقهي لعملها عندنا.

نعم تختلف فيما هو الهدف منها وما هي الوظيفة التي يراد من كل منها وهذا لا يوجب إختلاف نظامها العام بقدر ما يوجب إختلاف وظيفتها وأهدافها وهذا أمر طبيعي في كل حقول الحياة، والمصرف لا يعمل على كل ماله دخل في التعاملات المالية التي هي موضوع عمل المصرف.

فالتعاملات المالية لمصرف زراعي هي نفسها لمصرف صناعي، ولكن محال ونطاق عمل يختلف عن الآخر، فنطاق الأول مجال الزراعة والآخر مجال الصناعة، وهذا لا يوجب إختلاف المصرفين، ونستطيع القول انه نوع إختصاص لكل مصرف.

وأما مكان المصرف في ان يكون في هذا البلد أو ذاك مع إختلاف ثقافة البلدين وفلسفتهم للحياة وإختلاف حاجاتهم ونحوها فهذا لا يوجب الإختلاف بين نظام مصارف البلدين بدليل انهما يتعاملان مالية في كثير من الحقول من دون أي أثر للإختلاف فما يكشف عن عدمه.

نعم الإختلاف في أهداف المصرف في كل منهما ولكنه لا يوجب الإختلاف ثم الصعوبة.

وأما الإختلاف من حيث الزمان فهذا أمر جاري في كل مناحي الحياة ولا يسلم منه حقل من حقول المعرفة، وأنظمة الحياة، فما من نظام لفترة ألا وهو متغير في فترة أخرى لوضوح ان الكثير من حقائق النظام تنكشف مع مرور الزمن بحيث لا يكون ملتفت اليها في الزمن الأول.

وهذا لا يُصعب البحث الفقهي بقدر ما يوجب تغيير موضوع البحث فيقام البحث على أساس نظامه ولا حاجة الى مزيد من ذلك من مطلوبة التنبؤ بما يأتي به المستقبل من آراء وأنظمة، بقدر ما يكون المتوقع هو عدم ثبات الموضوع، والبحث يدار حول موضوعه، ويؤخذ مُسلماً وكأصل موضوعي عن أهل الإختصاص إذ لا تسع قدرته الشخصية إستيعاب كل حقول المعرفة ومناحي الحياة، بل صُورت الحياة على إحتياج البعض للبعض الآخر، ((لِيَتَّخِذَ بَعْضُهُمْ بَعْضًا سُخْرِيًّا))

ولو فرضنا صحة ما ذكره (قده) فهذا لا يستوجب صعوبة البحث الفقهي بقدر ما يستوجب البحث عن الموضوع وأخذه من أهل إختصاصه كأبي بحث فقهي يتعلق بموضوع خارج دائرة الفقه، كرؤية الهلال فقد يعتمد الفقيه على حسابات الفلكيين في الحكم ببداية الشهر ولا توجد حاجة الى ان يكون الفقيه مُطلع على نحو الإختصاص للحسابات الفلكية، وهكذا في بقية الموضوعات.

الجهة الثالثة: من مصاعب البحث الفقهي.

إنه لا بد من أجل تركيز البحث ونتاجه الصحيح، ان يكون هناك فهم محدد ومتناسق للنظرية العامة التي يسير عليها النظام والذي في محل حديثنا نظام المصارف، وبدونه سيكون الحديث مشوشاً وغير محدد وقائم على مجرد الإحتمال كأن يقول: ان كان المراد كذا فالحكم كذا ولا يكون هناك تركيز بالمقدار المتوقع علمياً.

والملاحظ إننا إذا تابعنا أنظمة المصارف وجدناها تسير كواقع مُسلم به إجتماعياً، بغض النظر عن إعطاء صيغ محددة لواقع المعاملات الجارية فيها، من حيث التكييفات القانونية المحتملة لها.

فإن المهم عند الناس هو النتيجة، وهي إستفادة الأرباح مهما كان التكليف القانوني أو الفقهي، سواء في ذلك مؤسسي المصرف أو العاملين فيه أو المتعاملين معه، وانه لو كان الأمر محددًا من جهة العاملين في المصرف، لكننا في غنى عن الكثير فيها، واليك بعض الأمثلة.

المثال الأول: الحساب الجاري فهل يفهمون منه أنه الأيداع لدى المصرف والوديعة لها أحكامها فقهيًا.

أو هو إقراض للمصرف والقرض له أحكامه الأخرى أو هو نوع من الحوالة بين شخصين يكون المحول عليه هو المصرف والحوالة لها أحكامها أيضًا

المثال الثاني: ودائع التوفير، هل هي تعني الإقراض أو الإيداع أو الأمانة أو العارية ومع إجمال التكليف القانوني يصعب التكليف الفقهي لا محالة.

المثال الثالث: التحويل الخارجي والإستيراد الى بنك يسمى (المراسل) وهناك البنك - الوسيط - الذي قد يقوم بالمهمة بدل المراسل من دون ان يكون له دين مع المصرف الذي فتح المعاملة.

وإحتمال التكليف القانوني بين الشخص المستورد ومصرفه والمصرف الوسيط والمصرف المراسل والمستفيد وهو بائع البضاعة، تكون عديدة كما سيأتي، وخاصة وهي ليست علاقة بين إثنين وإنما بين متعددين، بعضهم شخصيات حقيقية وبعضها معنوية.

والمهم ان التكليف لو كان محددًا في نظر المصرفين، لكان هو المحك في التقييم الفقهي، وسيكون تقيماً واضحاً ومحددًا، وأما لو كان مجملًا وغير واضح من اساسه، ولم

ينطق به أهله، كما هو المطلوب، فماذا سيكون عمل الفقيه غير عرض الإحتمالات والإطروحات الممكنة؟

والسر في ذلك من أنهم إكتفوا بالواقع على ما هو عليه وليس في التفلسف والتكليف أي أثر في هذا الواقع وفي نتائجه المتوخاة لهم.

الجهة الرابعة: قلة المصادر لمن يريد النظر الى المصارف من (الخارج) فإن مهام المصارف مختلفة وآثارها في المجتمع متعددة كما سنحمل عن ذلك فكره فيما بعد. وكل مهمة من مهماتها هي باب عملي ونظري متكامل نسبياً لو صح التعبير وتحتاج لمصدر متكامل نسبياً، والا بقيت الفكرة عنه غائمة نسبياً أيضاً مهما كان الوضوح النسبي متحققاً.

بل حتى أكثر العاملين في المصرف، قد لا يعرف الواحد منهم غير عمله أو عمل من يتصل بهم من الموظفين، ولا يتسنى له الإستيعاب في الإطلاع على فعاليات المصرف ككل، فلو سألته عن التفاصيل لم يعطك الا المعلومات التي يعمل هو في ضمنها.

واما بلحاظ ما قلناه من تعدد أنظمة المصرف التي عرفناها فيما سبق من أنواع وإختلاف أمكنتها وأزمانها، فالفرد منهم يبقى بكل وضوح جاهلاً بسائر الأنظمة المطبقة في غير مصرفه من المصارف، ولو كان محيطاً بكل ما يجري في مصرفه من المعاملات.

ومع قلة المصادر كيف يمكن الإطلاع على التفاصيل المطلوبة والتعميقات المرادة من أعمال المصارف ومعاملاتها، الا بزيادة الجهد المقرون بعون الله سبحانه وتعالى، وهذا العون هو الذي يذلل كل العقبات المنظورة والمشاكل الموجودة، إن شاء الله تعالى^(١)

ويلاحظ عليه

(١) ما وراء الفقه ج ٤ - ص ٥ - ١٠ ذكر صعوبات البحث

أولاً: ان دعوى قلة المصادر غير ثابتة والصحيح هو قلة توفر المصادر بحيث تكون أمام الفقيه وأما نفس المصادر فهي كثيرة ومتوفرة عند المصارف و الا كيف يعمل المصرف بدونها، نعم في السوق هي غير متوفرة لعدم الحاجة اليها إلا لقلّة من الناس هم العاملون في المصرف والفقهاء وهذا المقدار لا يشكل داعياً قوياً لتوفرها في أسواق الكتب. ثانياً: أنه لا حاجة ملزمة للعاملين في المصرف أن يعرف غير ما يتصل بعمله إذ لا تقدم معرفته بها شيء يضاف الى عمله.

ثالثاً: ان قلة المصادر لا يعيق سؤال العاملين والقائمين بالمصرف عن كل تفصيل يراد من اهل العاملين فيه وهذا يعطي صورة واضحة عن موضوع المسألة بحيث يمكن تقنينها فقهاً.

كما يلاحظ على الجهة الثالثة المتقدمة بـ

أولاً: أن الفهم المحدود عن نظام المصرف إنما هو وظيفة الفقيه لا وظيفة العاملين به والقائمين عليه، وهذه ليست صعوبة أمام البحث الذي ينبغي أن يبذل فيه أقصى الجهد ليكون الفقيه معذوراً أمام الله.

ثانياً: كون المصارف واقعاً إجتماعياً قائماً لا يعني ان العاملين والقائمين عليه ان يكون عملهم بلا ضابطة معينة وسمها نظرية مصرفية إذ ذلك غير معقول أن يعمل شخص بدون رؤية واضحة عن عمله مسبقه عليه، وهذا أمر واضح وإلا كان عملهم مشوشاً وغير منضبط وهذا يكذبه الواقع الخارجي للمصارف.

ثالثاً: ما ذكره من الأمثلة لا يمكن قبوله لأن المصرف إذا سمي هذا الفعل حساباً جارياً فهو محدد عنده ومنضبط وليس مشوشاً ومحتماً لعدد من الإحتمالات، فهذا التشويش إنما يكون عند الفقيه لا عند العاملين ليشكل صعوبة في البحث.

رابعاً: لعل الصعوبة ناتجة من عدم بحث المصارف فقهياً كما بحثت بقية بحوث الفقه من الطهارة الى الديات، ومع عدم وفرة المصادر التي بحثت الموضوع سيكون مواجهة الفقيه للبحث صعباً نوعاً ما لأنه سيضطر الى مواجهة المسألة بقدرته العقلية من دون إعانة لمصدر كان قد بحث الموضوع.

ولعل هذه النقطة من صعوبات البحث الفقهي كأى بحث يتصدى له الفقيه وهو بكر لم يكن قد بُحث قبلُ.

كما ان الصعوبة تنشأ عن ان معاملات المصرف شكلها جديد لم يكن فيما سبق، أي في العصور المتقدمة كصدر الإسلام - وما بعده الامر الذي يجعل إقرار هذه المعاملات وصحتها شرعاً ليس بذلك الواضح.

وهنا يبرز تساؤل، هل يمكن القول بأن كل معاملة مستحدثة مهما كان مضمونها صحيحة شرعاً ما دامت لم تخالف الثوابت الشرعية والفقهية.

أو اننا نحتاج في صحتها الى إرجاعها الى بعض المعاملات القديمة، بشكل من اشكال التكييف الفقهي، كما حاول بعض علمائنا ذلك، وهو أسلوب مشهور بين الفقهاء المتأخرين حيث يريدون النظر في صحة المعاملات المصرفية.

إلا أن اشكاله تقف دونه عقبة وهي ان التكييف يلزم ان يكون موافقاً أو غير مخالف على الأقل مع مقاصد المتعاملين فعلاً في أمثال هذه المعاملات، وأما إذا كان هذا التكييف تحملاً عليهم بما لا يفهمون ولا يقصدون كان في نفسه صحيحاً إلا انه غير منطبق على الواقع، وهذا اشكال سار في الأعم الأغلب مما قاله الفقهاء في هذا الصدد.

وقد إلتفت بعض العلماء الى ذلك في بعض الموارد واشترط في صحة المعاملة ان يقصد المتعامل هذا الشكل الذي يراه الفقيه في التكييف الفقهي، والمهم هو هذا التكييف الفقهي.

وأما على منحى فقهي آخر، وهو قبول المعاملات الجديدة بحد ذاتها وعدم رفضها لمجرد انها لم تكن معروفة فيما سبق، بلا حاجة الى تكييف فقهي.

وأما ما هو الصحيح من هذين المنحيين الفقهيين، فهذا ما سيأتي في الفصول القادمة ان شاء الله تعالى، ونرى ان تصحيح المعاملات المصرفية قد يتوقف على كلا المنحيين على إختلاف الحالات، وان كان المنحى المشهور هو الأغلب.

فصل: في التكييف الفقهي العام للمصارف

ويقصد به تقديم فهم فقهي متكامل، الى أكبر حد ممكن ومتيسر عن المصارف كمجموع، بغض النظر في اشكال المعاملات الجارية فيه.

أو قل: عند النظر الى المصرف كمؤسسة إجتماعيا وإقتصادياً، واما من حيث تعدد المعاملات والإختصاص فيها، فهذا مما يمكن ان ندرجه في هذا الفصل أيضاً، كل ما في الأمر ان بعض الإختصاصات تحتاج الى تكييف فقهي مستقل أو الى تفريع على تكييف معين.

والكلام في هذا الفصل يقع ضمن جهات.

الجهة الأولى: في الحاجة الى التكييف إذ قد يقال انه لا حاجة الى التكييف بعد ان نعرف انه يمكن ان يقال فقهيّاً بصحة جميع المعاملات التجارية في المصرف، فيصبح المصرف مؤسسة لا تجري فيها الا ما هو صحيح من المعاملات، لأن المعاملة إما ان تكون من جنس المعاملات القديمة والمجازة إسلامياً، فهذا المطلوب، وأما ان تكون من المعاملات الجديدة، وهي مما لا دليل على مخالفتها للقواعد الفقهية الصحيحة شرعاً فتكون كل المعاملات صحيحة شرعاً، ومعه يمكن إمضاء حال المصرف على واقعه وبكل تفاصيله.

وقد يدعى هنا ان كل معاملة جديدة لم يقم الدليل على بطلانها فهي صحيحة شرعاً، ومعه يقع الكلام هنا في مستويين:

اولاً: فيما يمكن ان يكون دليلاً على البطلان.

وثانياً: فيما يكون دليلاً على الصحة

المستوى الاول: فيما يمكن ان يكون دليلاً على البطلان وهي ادلة عديدة نذكر منها المهم.

الدليل الاول: قوله تعالى: ((وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ)) (البقرة: من الآية ١٨٨)

والاموال التي يأكلها المتعاملان عن طريق المعاملات الجديدة، إنما هو أكل بالباطل فيكون منهياً عنه بنص الآية الكريمة.

ولكنه غير تام لأنه متوقف على إثبات صغراه وهو كون الأموال المأخوذة بهذه المعاملات باطلة، وهذا إنما يكون مع إثبات بطلان هذه، تشخص المعاملات في المرتبة السابقة على الآية.

عما كان باطلاً في نفسه، وكون هذه المعاملات كذلك أو الكلام، فإنه متوقف على عدم وجود دليل على الصحة؛ لوضوح انه كان موجوداً لما كانت باطلة، ولما أكل المال على اساسها أكلاً بالباطل يندرج في إطلاق الآية الكريمة، وهذا ما سيأتي في المستوى الثاني.

الدليل الثاني: الإرتكاز التشريعي، إذ لا شك انهم ينفرون من المعاملات غير المتعارفة بينهم، وغير واضحة الإمضاء شرعاً، وهو دليل على بطلانها وهذا النفور صحيح في الجملة، الا أنه لا يكون دليلاً على البطلان لعدة جهات.

أولاً: ان الإرتكاز التشريعي انما يكون حجة لو استطعنا ان نضمن وجوده في زمن المعصومين (عليهم السلام) لكي نضمن إمضاؤه من قبلهم، وهذا متعذر لعدم وجود هذه المعاملات يومئذ إطلاقاً ولم تكن تخطر على بال أحد في المجتمع مهما كانت صفته.

ثانياً: انه ربما يكون مبنياً على نحو الإحتياط، لا على نحو الجزم بالبطلان.

ثالثاً: انه ربما كان مبنياً على فتاوى بعض الفقهاء الناتجة عن دليل قابل للمناقشة كالدليل الأول السابق والثالث الآتي، وحيث يثبت عدم صحتها، تكون هذه الفتوى بما لا دليل عليها، فيكون الإرتكاز الناتج منهما مما لا دليل على صحته. الإستدلال بالإرتكاز التشريعي لا معنى له، لعدم الموضوعية له في كل مسألتنا فهي مستحدثة ولا يمكن أن يتشكل لها إرتكاز الا مع تمادي الوقت ومرور السنين وكانت قضية التعامل مع المصارف راکزة في أذهان المتشعبة والامر ليس كذلك. مضافاً الى ان الإرتكاز إنما يتشكل ضمن ممارسة إجتماعية عامة لا خاصة، وما نحن فيه خاص بالفقهاء لا عموم الناس.

وعليه فجعله دليلاً على البطلان لا دافع له.

وأما ما ذكره من الوجوه الثلاثة على عدم كونه دليلاً على البطلان فغير تامة. أما الأول: فباطل لما قلناه من عدم إمتداده لعصر المعصومين (عليهم السلام)، وقدحققنا ان المعاصرة بمعنى جريان السيرة وإتصالها بزمانهم (عليهم السلام) غير منحصر به ان يكون تحقيق المعاصرة بعمومات الادلة وإطلاقاتها.^(١)

وأما الثاني: مع بنائه على الإحتياط فهو لا ينشأ إرتكاز في أعماق التشريعة إذ قد لا يقول بالاحتياط جملة منهم.

وأما الثالث: فهو أغرب من سابقه مع كونه مبنياً على فتاوى البعض يستحيل عادة تشكيل إرتكاز منه، مع كون المسألة حديثة لا تحتتمل ان بحثها كان من مدة طويلة يمكن في خلالها ان تشكل إرتكاز والأمر ليس كذلك.

(١) إنظر مالكية الدولة ومجهول المالك - ص ٣٧

الدليل الثالث: ان المعاملات عموماً بل الحقائق أياً كانت تحتاج في إثبات صحتها وصدقها الى الدليل، وأما ما لا دليل عليه فهو غير صحيح.

وهذه المعاملات الجديدة مما لا دليل على صحتها فتكون باطلة.

الا ان هذا فرع مما سنقوله في المستوى الثاني، إذ لو إستطعنا ان نقيم دليلاً على الصحة فهو المطلوب، والا كان هذا الدليل صحيحاً؛ لأنه مجرد عدم الدليل على البطلان لا يكن دليلاً على الصحة، مالم يثبت الصحة بدليل مستقل.

المستوى الثاني: فيما يمكن ان يكون دليلاً على الصحة للمعاملات المصرفية، وهي عدة أدلة نذكر منها.

أولاً: قوله تعالى: ((إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ)) (النساء: من الآية ٢٩) والمعاملة الحاصلة بالتراضي وقناعة الطرفين، فإن هذا وجه كافي في الصحة وأجيب عنه بعدة وجوه.

الوجه الأول: متوقف على أن نفهم من الآية إنحصار العلة في التراضي، وان كل ما تراضي عليه الطرفان كان صحيحاً، مالم يدل دليل على البطلان، والمعاملات المصرفية من هذا القبيل.

ورُد: بأن هناك قيوداً إرتكازياً حاصلاً على إطلاق الآية وهو أن تكون المعاملة المتراضى بها صحيحة شرعاً، ومفهومه الصحة في المرتبة السابقة، والتراضي وحده لا يكفي في الصحة.

وبعبارة: أن الآية الكريمة أخذ في منطوقها عنوانان (الباطل) والتراخي فإذا شككنا في معاملة، في إندراجها في أي من الطرفين من المستثنى والمستثنى منه كان من التمسك بالعام في الشبهة المصدقية.

وبعبارة أخرى: ان في الآية الكريمة قرينة متصلة لفظية على عدم كفاية التراخي في الصحة، لأن (الباطل) قد يكون مما تراخي عنه الطرقتان، وهو مع ذلك باطل وفساد، وليس الباطل منحصراً في صورة الإكراه وعدم الرضا، وإن كان هو الغالب، وإذا تم ذلك، كان التمسك بالصحة في صورة مطلق التراخي تمسكاً بالعام في الشبهة المصدقية، لتوقفه على إثبات الصحة في المرتبة السابقة.

ويلاحظ عليه: ان العنوان المأخوذ في هذا المقطع من الآية هو التجارة لا هي والباطل فإنهما مؤخوذان بالآية بمقتعبيها من الإستثناء والمستثنى منه والشك إنما يكون في عنوان التجارة ما لم يحرز في المرتبة السابقة كان التمسك بالآية من التمسك بالعام في الشبهة المصدقية.

ولعل ما ذكره من التأمل هذا وجهه.

ثانياً: ان عدداً من المعاملات المصرفية ليست تجارة، عرفاً أو فقهيّاً.

كالسحب والإيداع والحوالة بل هناك من المعاملات الحديثة خارج المصرف ليست تجارة ايضاً، كالتأمين، وإنما تكون مشمولة للآية الكريمة، إذا كانت تجارة لأنها تقول ((إلا أن تكون تجارة)) ومعه لا يمكن الإستدلال بها على صحة مثل هذه المعاملات.

وقد يقال: بأن الإيداع والسحب شكل من أشكال التجارة لوجود الفائدة الربوية

فإنه يقال: ان هذا في الحقيقة أسوأ من سابقه، لأن الفائدة الربوية والمعاملة الربوية باطلة شرعاً، وقلنا قبل قليل ان الحديث في الآيه بغض النظر عن الفائدة. نعم لا يشمل الحجة ما كان تجارة عرفاً كالتسليفات المكرسة للتجارة والصناعة ونحوها بغض النظر عن فوائدها^(١)

ثانياً: السيرة على التعامل بهذه المعاملات أو سيرة المتشعبة، والسيرة حجة فتكون هذه المعاملات صحيحة.

إلا أنها سواء أردنا بها السيرة العقلانية أو سيرة المتشعبة، لا ترقى زمان المعصومين (عليهم السلام) لنستطيع ان نقول بحجيتها، لأنها معاملات حديثة لم تكن يوماً إطلاقاً.

وتزيد سيرة المتشعبة على صاحبها، بما قلناه من أن الإرتكاز التشريعي هو على التنفر والإنزجار عن أمثال هذه المعاملات، وقد سبق أن ناقشنا ذلك كدليل على البطلان، إلا أنه لا يمكن ان يكون دليلاً على الصحة على أي حال ايضاً.

وثالثاً: ما ورد في السنة المعتبرة والمجمع على عمل الفقهاء بها، وهي قوله (عليه السلام) المؤمنون عند شروطهم، وهذه المعاملات الحديثة شكل من اشكال الشروط عرفاً فيجب الوفاء بها، كما لو انها معاملات صحيحة ولازمة حسب الفهم من الظرف (عند) المأخوذ في الحديث.

وهذا بهذا المقدار صحيح إلا ان للخبر المعتبر عبارة أخرى تابعة فتكون قرينة متصلة على فهمه، وهو إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً.

وبغض النظر عن الفائدة الربوية التي تندرج في هذا الإستثناء، فإن المعاملة في نفسها تحتاج الى دليل على الصحة لنحرز أنها لم تحلل حراماً أو تحرم حلالاً بنفسها أو بلوازمها وهو التصرف بالمال الذي كانت المعاملة سبباً له، ومعه يكون التمسك بالحديث تمسكاً بالعام في الشبهة المصادقية، مالم يكن دليل مسبق على صحتها وإذا تم لدينا الدليل إستغنياً به عن هذا الدليل.

ويمكن تسجيل الملاحظات التالية:

أولاً: أن هذا الشرط هو الإلتزام في ضمن المعاملة، وليس هو شكلاً من أشكال المعاملة عرفاً فإنهما متغايران.

ثانياً: إذا إحتاجت المعاملة -الشرط- الى دليل على الصحة وإنه يفترض ان تكون صحيحة بالمرتبة السابقة، لما إحتاج الأمر الى الإستثناء إذ مجرد صحتها كاف في عدم تحريمها الحلال ولا تحليلها الحرام، أي يكون مستأنفاً -توضيحاً- هذه هي أهم الأدلة على الصحة، ولم يتم بها شيء على الإطلاق، بعد ذكر أدلة البطلان وايضاً لم يتم بها شيء.

والمهم هو عدم إتمام الدليل على الصحة، لأننا نحتاج في صحة المعاملة الى الدليل وإلا لم يمكن القبول بصحتها وإن لم يكن الدليل على الفساد موجوداً، إذ مجرد عدمه لا يكون دليلاً على الصحة، وهذا بنفسه هو مضمون الدليل الثالث من أدلة الفساد.

هذا محصل الكلام في الجهة الأولى من هذا الفصل، ونتيجتها اننا نحتاج في تصحيح المعاملات المصرفية غالباً الى تكييف فقهي، بشكل نفهم به المعاملات الجديدة

بصفتها منطبقة على المعاملات القديمة ومصدقا لها كي تكون صحيحة والا بصفتها معاملة مستحدثة وجديدة مما لا دليل على صحتها.

وهذا يشمل العديد من معاملات المصرف، كالإيداع بكل أشكاله، والسحب وإستعمال الأوراق المالية كالشيكات والكمبيالات الى غير ذلك، فكلها تحتاج الى تكييف فقهي، وهذا ما سيأتي في الجهة التالية.

نعم ما صدق عنوان بعض المعاملات الفقهية فيها كالتجارة والحوالة والإجارة والضمان وغيرها أمكن تصحيحه، بعد التنزل عن بعض تقاط الضعف فيها.

الجهة الثانية: في تكييف فائدة المصارف بحيث لا تكون لها فائدة ربوية وله

عدة اساليب :

الاسلوب الاول: وهو المتداول عادة بين فقهاء عصرنا المتأخرين والمعاصرين بما فيهم السيد الصدر الأول والخوئي (قدهما). وهو أن الأموال المتداولة في المصارف اليوم هي من الأموال المجهولة المالك بالتسمية الفقهية، وحينئذٍ فلا يكون أخذ الفائدة من الربا حقيقة، فيكون أخذها حلالاً من هذه الناحية.

وأما سبب كون الأموال في المصارف من مجهول المالك هو أن شخصية البنك ليست حقيقية ولا ترجع اليها في الخط الطويل على الإطلاق، فهذا مما لا يمكن أن يكون له صلاحية التعامل في المجتمع من الناحية الفقهية.

وعلى أي حال فالأمر من الناحية الفقهية صحيح، وهو شامل للمصارف التي تتكون من رأس مال حكومة من دولة واحدة أو عدة دول، ويتبعها في الحكم بالجواز المصارف المملوكة لغير المسلمين سواءً في بلاد اسلامية أو غيرها فإن الإيداع فيها

والسحب منها والتعامل معها بالمعاملات السائرة فيها لا مانع منه فقهيًا، مع بعض الإشكالات التي لا حاجة لسردها.

وليس معنى ذلك صحة المعاملات فيها ليكون ذلك سبباً للسؤال ... بأنه كيف أصبحت المعاملات الجارية في مصارف الأجانب صحيحة والمعاملات الجارية في مصارف المسلمين باطلة، وإنما الأمر منحصر فقهيًا على جواز أخذ الفائدة وجواز الحصول على ما تدفعه تلك المصارف من اموال حتى المصارف الحكومية في بلاد المسلمين.

نعم لو كان التعامل مع بعض المصارف فيه محذور شرعي ثانوي، كالتأييد للباطل أو جلب الربح له، الأمر الذي يسبب صدقه للباطل أو لأجل منفعة الكافرين كان التعامل حراماً، ولكن هذا شيء آخر غير المسألة الفقهية بشكلها المعاملي التجريدي. وهذا التحليل الفقهي لا يشمل إذا ما كان رأس مال المصرف مملوكاً لفرد أو عدة أفراد من الأشخاص (الحقيقيين) فإنه عندئذ يكون تعاملًا بالربا حقيقة وهو حرام مالم نضع بعض التكييفات التي سنسمعها في الأساليب الآتية.

ويمكن تسجيل الملاحظات التالية:

الملاحظة الأولى: ان اصل الدعوى بأن أموال المصارف من مجهول المالك لأنها من الدولة وما فيها من الأموال ليست مجهولة المالك وانما هي مملوكة للخزينة الوطنية - لعموم المواطنين- كما بحثناه مفصلاً في كتابنا - مالكية الدولة ومجهول المالك، ومن مفسده ان الاموال من المعادن ونحوها لو كانت مجهولة المالك كان بإمكان كل أحد

يستخرجها ويتملكها ولو كان دولة أجنبية غير دولة الإستخراج ولما حصلت منازعات بين الدول والشعوب، وغيرها من المفاسد.

ولم يرق دليل على كون الأموال فيها من مجهول المالك، عدم إمكان تصحيح المعاملات الفاسدة الواقعة على الأوراق النقدية الصادرة من جهة الحكومة التي ليست بمالكة لها فلا يجوز أن تملكها الناس

الملاحظة الثانية: ما تحقق في الكتاب المذكور هو أن البنك له شخصية (حقوقية) يمكن التعامل معه بعد ثبوت الشخصية المعنوية ولا حاجة للشخصية الحقيقية لتصح المعاملة معه وهذا أمر قام عليه العقلاء بلا تكبير من أحد.

الملاحظة الثالثة: أنه من الواضح أن المصارف قائمة على أساس تحصيل الربح، وهو متأتي من خلال تعاملات البنك مع الآخرين، ومعه فإن التعامل مع المصارف غير الإسلامية ينطبق عليه هذا العنوان لا محالة فينبغي تحريم التعامل معها لا بديلة حصول الربح لها، فالمحذور الشرعي قائم وليس ثانوي، فلا معنى للقول لو كان التعامل معها فيه محذور شرعي والتعامل معها لو صححنا فأخذ الفائدة للمسلم جائز لا للبنك غير الإسلامي.

الأسلوب الثاني: إن الدفع للمصرف أن كان من قبيل الإقراض كانت الفائدة عليه محرمة، ولكنه يسمونه إيداعاً وإيداع لا يندرج ضمن حكم الربا فمن الممكن القول عندئذٍ، إن المودع بصفته قد أفاد المصرف بإيداعه هذا فإنه يجعل له بإزائه مال، وكلما استمر الأيداع مع أنه يستطيع سحبه كان مستحقاً لمال آخر ويمكن إعتباره تبرعاً من المصرف للمودعين أو نتيجة (جعل) يعني أن يقول المصرف بلسان حاله، من أودع

عندي مالاً فله كذا من العطاء، بلا فرق بين ان يكون العطاء بنسبة مئوية أو عطاء محددًا من الناحية الفقهية.

وهذا يشمل كل انواع الإيداع في المصرف مع وجود الفائدة وهي الودائع الثابتة والتوفير، وأما الحساب الجاري، فهي ودائع ليست عليها فوائد فهي جائزة بالأصل من هذه الناحية الفقهية، ولا تحتاج الى هذا التخرج.

الا ان هذا غير تام لعدة وجوه.

أولاً: ان النية الأساسية في الإيداع هي الإدانة للمصرف فيصبح المودع دائناً والمصرف مدينًا، الا ان نريد من الدين مطلق شغل الذمة، وهذا ماقلناه من إجمال أو ضعف التكييف الفقهي عندهم.

وان كان ديناً او قرضاً كانت الفائدة عليه ربوية.

ثانياً: انه ليس ايداعاً بالمعنى الفقهي لأن من احكام الوديعة المحافظة على ذات المال والمفروض ان البنك له جواز التصرف في المال وتبديل عينه مع ضمان بدله.

وقد يقال: انه من قبيل ما يسمى عارية وعرفاً بالإستعارة، وهي مما يجوز

التصرف به بالعين في الزمان المحدد لها،

إلا ان هذا غير صحيح؛ لأن التصرف بالعين لا يعني جواز بيعها وتبديلها، بل

التصرف بها حال وجودها، وأما أمثال هذه التصرفات فهي ليست عارية ولذا لا تصح

العارية فيما يكون استعماله بإتلافه كالطعام؛ إذ معه لا يمكن إرجاع العين، كما هو

معلوم.

وبعبارة أن الوديعة والعارية يشتركان بحرمة اتلاف العين، وليس هذا مفروضاً في المال المودع في المصرف، كما يشتركان بحفظ ملكية صاحبها فلا يكون المصرف مالكاً للودائع وهذا على خلاف المقصود حتماً في المعاملات المصرفية، كل ما في الأمر، انه يملكها مع ضمان بدلها كالدين تماماً، ومعه لا تكون وديعة ولا عارية.

ثالثاً: الجعالة التي فرضناها، والتي إعتد عليها صاحب البنك اللا ربوي - الشهيد الصدر الأول في عدة تكييفات فقهية، ليس لها أثر أصلاً؛ لأن المعاملة - أية معاملة - إنما تصح مع قصدتها وبيانها باللفظ الذي هو العقد أو الفعل الذي هو المعاطاة، ومن الواضح أنهم لم يقصدوا الجعالة بأي شكل من الأشكال.

رابعاً: ان هذا الاسلوب لو تم، وغضضنا النظر عما سبق، فإنه يصحح الفائدة التي يدفعها المصرف الى المودع، وأما تلك التي يأخذها من المستلف، فتبقى خارجة عن هذا الأسلوب.

إلا ان يقول من هذه الفوائد أيضاً بنفس الأسلوب ان الإسلاف والأستلاف ليس بمعنى القرض لتكون الفائدة عليه ربوية محرمة.

غير انه يرد عليه مثل الإيراد الأول السابق، وهو ان الأسم وان كان إستلافاً إلا أنه ادانه للمصرف يكون فيها المصرف دائماً هذه المدة والمستلفين مدينين.

كما يرد عليه مثل الإيراد الثاني وهو ان السلف في الفقه، هو البيع مع دفع الثمن وتأجيل المثمن، وهو مما لا ينطبق على المورد ليكون له حكمه^(١)

ويلاحظ عليه:

أولاً: أن كون النية الاساسية هي الإدانة للمصرف ليس بصحيح لأننا بعد التكييف الفقهي ينبغي مراعاة هذا التكييف وهو يبتني على الوديعة لا الإدانة وإن المتعاملين يدفعون المال بهذا العنوان لا بعنوان الإدانة وإلا ما معنى التكييف ولو سئل أحدهم لقال أودعت في المصرف لا داينت المصرف، وهذا خير شاهد على ان نية معطي المال للمصرف هي الوديعة لا الإدانة فيصبح المصرف ودعياً لا وصاحب المال مودع.

ثانياً: يمكن ان نقترح بأن المودع يودع مالاً ماله بغض النظر عما تحققت به هذه المالية ويكون المصرف ملزم بضمان مالية ماله، وبهذا يمكنه أن يتصرف بعين المال بعد أن لم تكن هي الوديعة وإنما الوديعة هي المالية المتحققة في ضمنها والتي يمكن ان تتحقق بشيء آخر.

والوديعة هي الإستنابة في الحفظ وجائزة من الطرفين وتكون مجانية وبعوض، أي يستحق الودعي أن يطلب عليها العوض.

وأما العارية: فيمكن للبنك التصرف بها مع بقائها خصوصاً بعد ان قلنا ان الملحوظ عند المعير والودعي هو مالية ما أودعه واعاره وهما محفوظان في البنك، وبالخصوص إذا كانت الوديعة أو العارية هي المال بصفة الأوراق النقدية وبقائها لا يمثل شيئاً للمودع أو المعير فيمكن أخذ مثلها وهي مثلية أكيداً.

وقد يقال كما قيل بأن النقود المعاصرة بما هي نقود لا عينية لها الا ماليتها وقوتها الشرائية وقدرتها التبادلية لأن العقلاء لا ينظرون الى أعيانها واشخاصها وإنما

ينظرون الى ماليتها فإذا كانت ماليتها متحققة — ولو بتبدل أعاينها كانت باقية وإلا صدق عليها أنها إنعدمت وتلاشت، والمالية غير مرتبطة حتماً بالجانب العيني للنقد بعد زوال الذهبية والفضية عن النقود المعاصرة.

وقال آخر: إن الدراهم لا تتعين بالتعيين، فهي وإن كانت لا ينتفع بها إلا مع بقاء عينها، لكن بدلها قائم مقامها لعدم تعيينها فكأنها باقية^(١)

وعلى هذا فالعين باقية ببقاء ماليتها ولم تزل، نعم لا يكون المصرف مالكاً لها، وتصرفه بها هو تصرف بما لديه من المالية المساوقة لمالية العارية أو الوديعة وكأنها موجودة عنده، وهو ضامن لها فتبقى على عنوان الوديعة أو العارية.

وثالثاً: أجبنا عليه في أولاً وان نية المتعامل هي الجعالة بعد التكييف وإلا ما معنى التكييف، حيث يعمل المتعامل ليتفصى عن محذور الربا وغيره، فهم يقصدون الجعالة ولو بالفعل — المعاطاة، والقول بأنهم لم يقصدوا الجعالة بأي شكل من الأشكال ليس بصحيح.

رابعاً: انه يمكن تصحيح الفائدة التي يعطيها المتعاملون مع البنك، بإعتبار أن الإقراض من قبيل قضاء حاجة المحتاج والسعي في مصلحته، والبنك لم يقصد المجانية فيستحق عليها الاجرة كائناً ما كانت. وسنقوله في الاسلوب الثالث ما ذكره الشهيد الصدر الأول، من ان الفائدة ان كانت على المال المقترض كانت حراماً، إلا اننا نعتبرها في هذا الاسلوب من التكييف أجرة على الإقراض كعملية إختيارية يقوم بها المالك.

(١) دراسات في الفقه الإسلامي المعاصر ج ١ ص ٣٢٣ حيدر حب الله

وهذا يعني كلا شكلي التعامل - أي سواء كان المصرف دائناً أو مديناً - في الوديعة مديناً وفي السلف دائناً.

وأعترض عليه بإعتراضين بتقريب من الاستاذ الشهيد (قده).

الإعتراض الأول: أننا يجب ان نكون متابعين لقصد المتعاملين ولا نحمل عليهم ما لا يقصدون، ومن الأكيد عقلائياً ومصرفياً أن الفوائد مال مدفوع بإزاء المال المقترض لا بإزاء عملية الإقتراض.

وقد أجبنا على هذا الإعتراض في أولاً في الاسلوب الثاني كما وأجبنا على الثاني في رابعاً.

الإعتراض الثاني: ان المال المدفوع كأجرة وكجعالة على عملية القرض غير صحيح فقهيماً لأن ما يكون قابلاً لذلك هو العمل الذي له مالية عقلائياً، والإقراض ليس له مالية زائدة عقلائياً على المال المقترض نفسه.

الاسلوب الرابع: ما ذكره الشهيد الصدر الأول (قده) في إمكان تحويل معاملة القرض الى بيع بإيضاح من الصدر الثاني (قده).

فبدلاً من أن يعتبر الإيداع والتسلف قرضاً، يمكن ان نعتبره بيعاً للنقد بعضه ببعض، بعد ان نعرف ان النقد المتداول ليس من الذهب والفضة وليس من المكيل والموزون ليصدق في مورده حكم الربا،

ومعه فمن الممكن القول، بأن بيع مئة دينار حاضرة أو مدفوعة بمئة وعشرين ديناراً مؤجلة الى شهر مثلاً.

وهذا يصدق على كل انواع الإيداع والتسليف، وإن لم يذكره (قده) غير ان الإيداع يكون فيه المصرف مشترياً والتسليف يكون المصرف فيه بائعاً، إلا انه يرد على هذا عدة وجوه نذكر أهمها:

أولاً: انه خلاف مقصود المتعاملين لأن مقصودهم ليس هو البيع بكل تأكيد والمعاملة تحتاج في إيجادها الى القصد مع البيان أو الإبراز بقول أو فعل، وكلاهما غير متحقق، لا القصد ولا البيان من المتعاملين.

ثانياً: أنه متوقف على ان لا تكون الأوراق النقدية من قبيل السندات للذهب والفضة المذخورة في المصرف، فإنها إن كانت هكذا كان تبادلها تبادلاً للذهب والفضة في الواقع.

إلا اننا عرفنا هذا المعنى في بحث حديثنا عن المال وقلنا في النتيجة ان النقود المالية معزولة عن غطاء الذهب والفضة تماماً فهذا الاعتراض غير وارد.

ثالثاً: ما ذكره (قده) من ان هذا الأسلوب لا يبرر زيادة الفائدة عن المقدار المشترط؛ إذ المفروض عملياً في المصارف انها تزيد بمدة الزمن.

واما في مثل هذا العقد أو البيع الذي ذكرناه، فلا يستحق البائع أكثر من الفائدة المحددة فيه.

وأجاب عليه: بأنه يمكن ان يشترط البائع على المشتري في ضمن عقد البيع مضافاً الى زيادة السعر، أنه اذا أجل الجزية عن المدة المشترطة، فإنه يدفع كذا، وكذا من المال، سواء أكان بنحو التحديد أو بنحو الكسر العشري وبهذا نضمن وجود الفائدة وحليتها، والشرط الواقع في عقد البيع يكون ملزماً وليس هو شرطاً في القرض ليكون رباً.

وقد نفى ان يكون هذا من قبيل أخذ العوض على الآجل، ولم يوضح وجهه الفقهي، والعمدة في الجواب هو الأول.

وفيه أولاً: ما ذكرناه بأن القصد من المتعاملين هو ما يكون سليماً من الأشكال – اي بعد التكييف لا قبله – قالقول بأنه ليس بيعاً تحمیل عليهم بما لا يقصدون.

ثانياً: يكون طبع النقود الورقية وفق ما يكون التبادل التجاري للبلد لا باعتبار الرصيد الفضي والذهبي، وان كانا يمثلان القدرة والقيمة التبادلية للنقد من حيث المحافظة عليها وبقاء سعر النقد ثابتاً.

وثالثاً: ان نفس الشرط في ضمن عقد البيع هو شرط مخالف للكتاب (فَنظَرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ) (البقرة: الآية ٢٨٠) والسنة فلا يكون صحيحاً ليبرر أخذ الزيادة، وقد يأتي توضيحه في بحوث لا حقة ان شاء الله تعالى.

ما يرد على نفس الأسلوب، وان بيع النقد بالنقد إنما يصح يداً بيد وأما نسيئة فلا على ما حققناه في كتابنا بيع الدولار بالآجل، وإن الربا في المعدود نسيئة موجود ومنها بيع الأوراق النقدية – ص ٢٢٣.

الاسلوب الخامس: تحويل القرض الربوي الى عمليه بيع بأسلوب آخر غير ما سبق وهو المشهور بين الفقهاء.

وحاصل الفكرة: إننا نعتبر القرض غير ربوي، يعني خال من الفائدة وتكون الفائدة مدفوعة كثمن لشيء ما غالباً لا يكون بسيطاً كعلبة ثقاب أو مسبحة رخيصة أو نحوهما.

وقد كان بعض التجار المتشعبة عندما يطمعون بالفائدة الربوية يعملون بهذا الأسلوب، ويفتيهم مشهور الفقهاء بالجواز، وفي الأغلب أنه كان الدائن حين يدفع علبه الثقاب يقبضها المدين ويدفع ثمنها ثم يرجعها الى الدائن كشيء رخيص يمكن التنازل عنه، وخاصة بعد حصول النتيجة وأخذ الفائدة.

والفكرة النظرية هنا شاملة للإيداع والتسليف في المصرف كما هو واضح.

ويمكن ان نعتبر المعاملة باطلة اساساً لأنها ربوية، غير ان المدين يتصرف بما وصل اليه بالإباحة، والدائن يحصل على رأس المال مع فوائده ببيع علبه الثقاب بكل المال دفعة واحدة ولو بلغ آلاف الدنانير.

غير ان إعتبار المعاملة باطلة اساساً، بلا موجب بعد عدم إشتراط الفائدة فيها، إلا ان الطريقة تقيد في الربا في البيع، يعني مقايضة الذهب بالذهب والفضة بالفضة، والمكيل والموزون بأمثالها، فإننا نجعل الزيادة عندئذٍ بإزاء الشيء الآخر كعلبة الكبريت، وهو مما يفتي به المشهور جوازاً^(١)

وهو الصحيح مع قصد المعاملة بعنوانها وكونها جدية لا لمجرد الحصول على الربح الحرام.

والمهم هو الوجه الأول والرئيسي في هذا الأسلوب، وهو غير منطبق على المعاملات المصرفية لوضوح عدم قصدهم البيع، كما هو واضح أولاً. وعدم إستعمالهم أي شيء يقوم مقام علبه الكبريت ثانياً، إلا ان إنطباقه على من يقصده ويستعمله أمر ممكن على أي حال.

(١) مجمع الفائدة للاردبيلي ج ٨ ص ٤٧٧

وفيه: ان جعل علبة الكبريت مقابل الفائدة كئمن لها غير منطقي ويعتبره العرف العقلاني عملاً سفيهاً ومعاملة السفيه باطلة.

ثم حتى مع القصد الجدي للمعاملة بعنوانها وكونها جدية لا لمجرد الحصول على الربح الحرام، غير صحيح، إذ هي حتى مع قصدتها يكون لأجل حصول الربح. ثم قال الشهيد الأستاذ (قده).

فهذا هو الكلام في الجهة الثانية وقد أنتجت عدم إمكان تبرير الفائدة الربوية بالأساليب التي ذكرناها^(١)

اقول: الاسلوب الثالث يمكن قبوله بعد أن نجعل المال المدفوع بإزاء عملية الإقتراض لا بإزاء القرض،

الجهة الثالثة: في تكييف عمل المصارف ككل، وهو الإيداعات والتسليفات من الناحية الفقهية. ويلتفت الى عدة أمور:

الأمر الأول: إن التكييف إنما يصدق فيما إذا كان خالياً من نقاط الضعف وكان التكييف مجرد مرحلة فكرية أو نظرية غير منطبقة على واقع المصارف.

الامر الثاني: أن التكييف يعرض كأطروحة وليس كشيء ناجز الا بعد توفر القرائن والأدلة الكافية على ما هو حجة من التكييف.

وقد يقال ان ما قصد المنشيء لم يقع، وذلك ان إعتبار الفقهاء لعملية البيع ولو كان الطرفان مالا غير تام، لأن المنشيء قد يقصد ماهيه معينة وهذه الماهية مالم تتطابق مع الماهية العرفية العقلائية، فهي غير معتبرة عندهم، وما لم يعتبرونها بيعاً لم يحصل

(١) ما وراء الفقه ج ٤ ص ٢٩ - الشهيد الصدر الثاني

التطابق بين المنشيء وما يعتبره العرف العقلائي حيث قالوا بوجود التطابق بين ما قصده المنشيء وبين الماهية العرفية العقلائية، فإذا كانت عندهم المعاملة قرضية فهي قرض وإن كان قد أنشأها بيعية، إذ المهم ما عند العقلاء من مسمى المعاملة لا ما قصده المنشيء، إذ لم يتطابق ما عندهم فهم يرتبون على هذه المعاملة آثار الماهية القرضية لا البيعية، فتقع باطلة مع الزيادة، لأن ما قصد لم يقع وما وقع لم يقصد إذا العقود تابعة للقصود، وهذا ما قالوه في مبحث قاعدة تابعة العقود للقصود وانها مرحلة ثانية بعد الأولى التي هي تطابق لفظ الإنشاء مع الماهية المنشأة المقصودة للمنشيء، بمعنى تطابق اللفظ مع المعنى المقصود، وهذه هي تطابق قصد المنشيء مع الماهية العرفية العقلائية. ومرحلة ثالثة: هو ان يكون المنشيء قد قصد المعاملة جداً لا هازلًا والا لم يقع العقد.

وهذا الجواب مبني على المرحلة الثانية كما هو واضح، فلو عرف البيع بأنه مبادلة عين بمال، كان البيع هو العين مقصوداً بذاته وخصوصياته فيما الثمن مقصوداً بماليته، ومعاملة بيع العملة بأخرى ليست كذلك، بل هي قرض، إذ عرفوه مبادلة مال بمثله في الذمة أو تمليك مال بمثله في الذمة^(١)

ولو سلم ان المعاملة التي يكون النظر فيها الى مالية الطرفين ليست بيعاً، الا انها غير داخله تحت عنوان القرض أيضاً، بل هي مبادلة خاصة داخله في عموم ((أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)) ((المائدة: الآية ١)) كما ذهب اليه المحقق الإيرواني في حاشيته على المكاسب والفارق بينها وبين القرض ان القرض ليست بمبادلة، بل هو تمليك الشيء على وجه

(١) بيع الدولار بالأجل ص ٢١٠ - ٢١١ _ المؤلف

الضمان بالقيمة الواقعية، فيكون العوض غير معين ولذا إختلفوا في ان الضمان ليوم القبض أو يوم الدفع أو يوم التلف أو أعلى القيم بخلاف تلك المبادلة فإن العوض فيها معين مسمى.

ولا يشفع له عدم تسميتها بالقرض لأنه لا يلغي ربويتها لأن المهم مضمون المعاملة لا أسمها.

ماهو معنى الأطروحة؟ معناها هو إيجاد فكرة عن حقل من حقول المعرفة، يتصف هذا الحقل بانه من الصعب الحصول على أمر جزمي بصدده، فنقول أنه لعله كذا وكذا وهذه هي الإطروحة ثم نحاول جميع القرائن والدلائل على صحتها مهما أمكن، وقد يكون للمفكر عدة إطروحات محتملة يحاول ان يقيم عليها الدلائل، واي من هذه الأطروحات صحت فقهياً وقامت عليها الدلائل التي تكون حجة ومعتبرة شرعاً، كانت هي الصحيحة وان لم يتم شيء من الإطروحات، كان معنى ذلك بطلان التكييف الفقهي للواقع الحاضر وان الواقع يخالف الفقه بقليل أو بكثير.

الأمر الثالث: أن المصارف ككل انما هي تكوين نظري لو صح التعبير تفتق عنه ذهن البشر في العصور المتأخرة، ليكون اسلوباً من أساليب النفع العام لجماعة من الناس من المرتبطين بالمصرف بشكل آخر.

وهذا الأسلوب النظري إذا لاحظناه تجريبياً أو نظرياً، لم نجده متعيناً لا يمكن غيره، بل يمكن بطبيعة الحال لمن أوتي فكراً وإختصاصاً أن يطرح عدة اشكال أو اطروحات لأعمال البنوك، قد يكون مغايرة بقليل أو كثير مما هو عليه الآن وقد يكون في نفس الوقت أقل صعوبة من الناحية الفقهية.

ومن هنا يمكن ان نفهم من أية اطروحة مستويين من التفكير.

المستوى الأول: بصفتها صالحة لتبرير الواقع على واقعه، وهو الحال الجاري في المصارف حالياً، فقد تصلح الأطروحة أو التكييف لذلك وقد لا تصلح.

المستوى الثاني: النظر الى الأطروحة بصفتها إقتراحاً فقهيّاً الى تغيير الواقع طبقاً للأطروحة ليكون التصرف الحالي أقل صعوبة من الناحية الشرعية وأضمن للحلية والجواز

وقد تكون بعض الاطروحات عاجزة عن تنفيذ المستوى الأول، ولكنها قادرة على تنفيذ المستوى الثاني وان كان الامل منعقدّاً على إزجاء المستوى الأول مهما أمكن؛ لأنه الأقرب والأنسب من الناحية العملية.

الأمر الرابع: أشرنا في العنوان أن التكييف إنما هو خاص بالعمل الرئيسي للمصارف المتعارفة وهو الإيداع بمختلف أقسامه والسحب بمختلف أغراضه.

وهذا يعني أنه تبقى عدة أمور من فعاليات المصرف لا تكون قد استوفيناها في هذه التكييفات، وهذا ما سيأتي الحديث عنه إن شاء الله.

ومعنى هذا إختصاص هذه التكييفات بالمصارف التي تحتوي على إيداع وسحب فإن المصارف والمؤسسات المالية من هذه الناحية على ثلاثة أنواع.

النوع الأول: المصارف التي فيها إيداع وسحب وهي المصارف التجارية فقط.

النوع الثاني: المصارف التي فيها سحب وليس فيها إيداع، وإنما يعتمد رأس مالها على القيمة الأساسية الأولية له، من دون ان يكون هناك إيداعات تضاف اليه كالمصرف العقاري، والزراعي والصناعي والرهون.

النوع الثالث: المؤسسات المالية الخالية من الإيداع والتسليف معاً، كسوق البورصة والخزينة العامة.

والتكيفات الآتية تشمل بشكل رئيسي النوع الأول وقد تشمل النوع الثاني من زاوية تكييف السحب خاصة، وأما الحديث عن النوع الثالث فهو خارج عن هذا الفصل، ولعلنا نتعرض لبعض أنواعه في قادم البحث.

فهذه هي الملاحظات مع أخرى غرضنا النظر عنها قبل الدخول في التكييفات وبجعل كل تكييف بعنوان الأطروحة لأنها أسهل فهماً وقد ألمحنا الى معناها قبل.

الأطروحة الأولى: ما ذكره الصدر الأول الشهيد (قده) من أن المصرف يكون وسيطاً في عملية المضاربة بالمعنى الفقهي بين الموزعين والمستثمرين.

وفكرة المضاربة فقهيّاً تقوم على اساس ان شخصاً ما يعطي لشخص آخر مقدراً من المال ليعمل به ويكون له قسط من الربح، فهي عملية تجارية يكون راس المال فيه من شخص والعمل من شخص آخر، والربح بينهما بحسب ما يتفقان عليه من نسبة. ولا يفرق فقهيّاً بين عدة صور:

الصورة الأولى: ان يكون صاحب المال واحداً والعامل واحداً أيضاً.

الصورة الثانية: ان يكون صاحب المال متعدداً والعامل واحداً، كما لو دفع جماعة أموالهم لواحد ليعمل به، ويكون الربح بينهم، فيما يخص صاحب المال بنسبة ما دفعوا من أموالهم.

الصورة الثالثة: ان يكون صاحب المال واحداً والعامل متعدداً، وهذه تكون مضاربات متعددة ما لم نعتبر للمال وحدة عرفية، كعمل المتعددين في محل واحد أو

تجارة واحدة، ويكون الربح العائد لعامل المضاربة متقسماً بين هؤلاء المتعديين بالتساوي إلا ان يتفقوا في عقد المضاربة على خلافه.

الصورة الرابعة: ان يكون كلاً من صاحب المال والعامل متعدداً، وهذه الصورة ايضاً تكون مضاربات متعددة كلها من الصورة الأولى أو الثانية.

الا أن نرض شكلاً من اشكال الوحدة في المال كما لو إتفقوا جماعة على ان يخلطوا أموالهم ويرفعوها الى جماعة ليتاجروا بها، فيكون لكل من أصحاب الأموال سهماً في تلك التجارة أو التجارات، كما يكون لكل من العاملين سهماً يخصه مع حصول الربح كما هو العادة الغالبة.

والمضاربة في المصرف تكون من الصورة الرابعة لوضوح كثرة المودعين والمستثمرين معاً، وأراد صاحب الأطروحة ان تكون إطروحته مطابقة المصارف اليوم، فقد أجري لكل من الودائع الثلاثة، وهي الودائع الثابتة والتوفير والحساب الجاري صيغته الإعتيادية، على انها يمكن ان تستعمل جميعاً في المضاربة المقترحة مضافاً الى الرأس مال الاصلي للمصرف.

غير انه فضل الودائع الثابتة كنموذج لمال المضاربة، حيث يمكنه أن يبقى غير مسحوب لمدة ستة أشهر أو سنة، حسب الإتفاق ريثما يحصل ربح مضاربات المستثمرين.

واما ودايع التوفير فأقترح عزل قسم منها لأجل جعلها تحت الطلب توفيراً للسحب الموجود بإستمرار، وإستثمار الجزء الباقي في المضاربة، غير انه قرر ان هذا القسم لا يعدوا ان يكون بمقدار عشرة بالمئة من مجموع إيداع التوفير.

وأما الودائع المتحركة بإستمرار أو الحساب الجاري، فهو لا يمكن ان يدخل هذه المضاربة، وإنما إقترح ان يستعمل جزء منها في مضاربة مستقلة يكون المصرف فيها هو صاحب المال، ويبقى الباقي موفراً لسرعة السحب تحت الطلب.

هذا حاصل الأطروحة بغض النظر عن التفاصيل وناقشه السيد الأستاذ (قده) بعدة مناقشات:

المناقشة الأولى: ان الأطروحة خاصة بالبنوك التجارية ولا تعم أنواع البنوك الأخرى، بل لم يرد أي ذكر لأنواع البنوك في كلامه.

وذلك: لوضوح ان المصرف الذي يكون بطبيعته تجارياً يكون فيه ايداع وسحب، بخلاف البنوك الأخرى فإنها ليس فيها إيداع وبدونه لا تصلح الأطروحة؛ لأن المودعين يمثلون، أصحاب رأس المال ولا يمكن للمضاربة أن تتم بدون وجودهم كما هو معلوم.

المناقشة الثانية: ان هناك من الإيداعات في المصارف ما ليس لها فائدة ربوية إطلاقاً وهي قسمان الحساب الجاري والودائع الحقيقية، وهي الودائع العينية التي تتقبلها بعض المصارف لأجل حفظها لقاء أجور معينة.

وكلا النوعين يكون بقاءه على حاله أو فهمه النظري في المصرف الإعتيادي لكونه مما لا يناله الحرام، فإدخاله في ضمن الإطروحة الإصلاحية بلا موجب.

المناقشة الثالثة: إن الإيداع والإستلاف في المصرف موجودان بإستمرار، وهو العمل اليومي له مضافاً الى السحب، فكيف يمكن انطباق هذه التجارة على مفهوم المضاربة الفقهي وشرائطه التي منها حفظ نسبة معينة من الربح للعامل، وعدم جواز تحميل الخسارة عليه، وتأجيل تقسيم الربح الى نهاية الموعد.

والفائدة في المصرف لا تمثل نسبة الربح فيه على الإطلاق، وإنما تمثل نسبة معينة من رأس المال -الوديعة- وان إعتبرناها من الربح لم تكن بمقدار مشاركة المودع في الأموال المستثمرة.

ولا يذكر المصرف أي نسبة معينة من الربح، مع ان ذلك في المضاربة ضروري في الفقه، إذ لو لم يذكرها لم تكن مضاربة، فإن إعتبر له أجرة محددة تسمى (بضاعة) ولم تكن مضاربة، وان لم يحدد له أية أجرة كانت المعاملة باطلة.

وإذا زاد الربح في المضاربة وجب إيصاله الى المودع -صاحب رأس المال - ولم يكن للمصرف الا أجور الوساطة، مع العلم ان المؤلف يجعل الفائض كله الى المصرف ربحاً رضا المودعين بذلك.

وإذا حصلت الخسارة فالحكم الفقهي للمضاربة وجوب ان يتحملها صاحب المال، وهذا يعني عدم دفع أي فائدة الى المودعين، بل أكثر من ذلك، بمعنى أن ودائعهم قد تضيع كلها أو بعضها بعنوان ان المستثمرين قد خسروا في أعمالهم.

وقد اقترح المؤلف ان يضمن المصرف نفسه مقدار الخسارة لو وجدت حفاظاً على ما يجري في المصارف الإعتيادية من ضمان الودائع وأرباحها لأصحابها. مع العلم ان مع حصول الخسارة قد يكون المصرف ضامناً لرأس المال ولكن لماذا يضمن الفوائد؟ على ان ضمانه لأصل المال بلا موجب فقهيًا.

هذا، وتكرر السحب والإيداع يقضي أن لا يكون هناك تعيين عرفي لأصحاب الأموال من المستثمرين لأختلاف أشخاصهم بإستمرار، فإذا سحب المودع وديعته خلال شهر واحد، فلا يمكن إعطاؤه أية فائدة لأن أرباح المضاربة لدى المستثمرين لم تظهر أو

قاسم الطائي (٤٥)

لم تصل الى حد الآن وإن كان المودع قد أودع ماله في التوفير هذه من الناحية الفقهية. إذن فهناك إختلافات أساسية مع حكم المضاربة فقهيًا.

المناقشة الرابعة: ان وساطة المصرف في المضاربة إنما تصدق في الأموال المودعة لا في رأس ماله الأصلي؛ إذ في هذا المال الاصيلي يكون المصرف هو صاحب المال والمستثمرين عمال مضاربة،

وهذا يعني أن الأطروحة تضمنت للمصرف ثلاثة أحوال لا حالة واحدة.

الأولى: هي الوساطة بين المودعين والمستثمرين كوكيل في مضاربة وهو الوضع الرسمي المسجل من الأطروحة.

الثانية: ان المصرف يكون عامل مضاربة في الودائع المتحركة كما ذكره وأشرنا اليه.

الثالثة: أن يكون المصرف صاحب المال وذلك في إستعمال رأس ماله الأصلي في المضاربة.

وهذه الأحوال الثلاثة تجعل الاطروحة مجملة وغير ذات تركيز خاص أو وجه محدد. كما هو المفروض والمدعى للمؤلف، كما سيكون الحساب في قصد المعاملة وتوفير شروط المضاربة لكل منها وتقسيم الأرباح أمراً مشكلاً جداً فقهيًا.

المناقشة الخامسة: أن الإستلاف من المصرف حتى وإن كان تجارياً، لا ينحصر ان يكون للتجارة بل يكون للزراعة أو الصناعة أو البناء أو الإستهلاك الشخصي، كما قد يكون المستلف يعطي ماله مضاربة لشخص آخر، فلا يكون هو عاملاً بل صاحب رأس المال في المضاربة.

وكل هذه الاشكال من الإستلاف لا يمكن ان تكون مضاربة فقهيّاً واختص بعضها بإسم معين في الفقه كالزراعة إذا كان المال مصروفاً في الزراعة والمساقاة إذا صرف المال في السقي والعناية بالزرع.

ومن المعلوم ان كون المصرف تجارياً لا ينحصر بإسلوب التجارة التقليدية، بل يعم كل موارد الإستثمار، ولم يتعرض لها المؤلف إطلاقاً.

المناقشة السادسة: ان هذه الأطروحة طبقاً لغالب التكيفات الفقهية تحتاج الى قصد لعنوان المضاربة من قبل المودع والمستثمر والمصرف نفسه على السواء واما من دونه فإنه لا تكون المعاملة متحققة.

ومن المعلوم ان المصارف الحالية بكل انواعها لا تقصد ذلك، وإذا تأسست بعض المصارف على غرارها جرى الناس فيها على نفس الإعتبار من دون قصد الى تكيف معين، فهل يجب فقهيّاً إعلان ذلك لكل مودع ومستثمر ان المصرف لا يتعامل الا بالمضاربة.

المناقشة السابعة: يمكن ان يقال من الناحية الشكلية، ان هذه الأطروحة لا تخلق مصرفاً، وإنما تخلق شركة مساهمة للمضاربة، فالمودعون هم المساهمون برأس المال والمستثمرون هم العمال المضاربون.

غير انها شركة مفتوحة قابلة للزيادة بالأسهم ونقصانها بإستمرار، وهذا أمر ممكن في الشركات المساهمة في عالم اليوم وبيع الأسهم أمر جار دائماً وسياتي الحديث عنه في حينه.

غير أن هذا الوجه يتضمن تغييراً لعنوان الأطروحة وليس مناقشة لأحكامها فإن المفروض فيها أن تكون إطروحة لمصرف على الشكل المفهوم إعتبارياً لا إطروحة لشركة مساهمة.

وقد يخطر في البال -دفاعاً عن الإطروحة- ان الشركات المساهمة تستثمر المال بنفسها لا أنها تقسمه بين المستثمرين إذاً فالمؤسسة التي تعطي المال للآخرين لكي يستثمرونها، هي مصرف وليس شركة مساهمة.

وجوابه أن المهم في نظر الشركة هو الإستثمار والإسترباح مهما إقتضت المصلحة وفي حدود إختصاص معين بطبيعة الحال، فإذا إقتضت المصلحة إعطاء المال للآخرين بفوائد لم تأل عن ذلك جهداً، مضافاً الى ان الاطروحة نفسها إعتبرت المصرف بنفسه عاملاً في المضاربة في ودائع الحساب الجاري، شأنه شأن ما قلناه عن الشركة المساهمة قبل قليل.

فهذه هي أهم الوجوه التي يمكن أن تناقش فيها الأطروحة ككل والفصل معقود كله للنظر الى المصرف ككل، والتفاصيل موكولة الى فصل آخر آت^(١) ويمكن أن يلاحظ على ما ذكره من المناقشات مايلي:

المناقشة الأولى: أنه بالإمكان إن الأطروحة تناولت بقية المصارف من الزراعي والصناعي وغيرهما بملاحظة أنها فروع للمصرف التجاري من جانب السحب لا الإيداع، وأن يكون المصرف هو صاحب المال والساحب هو العامل وأنه مختص بمجال معين كالزراعة والصناعة، خصوصاً وان السيد الأستاذ ذكر في مناقشته الرابعة ان البنك

(١) ما وراء الفقه ج ٤ ص - الشهيد الصدر الثاني (قده)

يكون صاحب المال عندما يستعمل رأس ماله الأصلي؛ لأن المراد من هذه الأطروحة هو تكييف عمل الاستلاف و الوديعة كانا معاً كما في البنك التجاري أو التسليف كما في بقية المصارف إذ ليس من الضروري ان يكون المصرف يمارسهما معاً كما في المصرف التجاري نعم في أصل الأطروحة أن المصرف وسيط لا أنه مضارب.

وأما المناقشة الثانية: قد يكون الموجب لإدخالهما في الأطروحة لأجل إستيعاب تمام فعاليات البنوك ومنها هذان الشيطان، وإلا سيقال ان الأطروحة لم تكن تامة بل ناقصة، وإنما نقول ذلك لأنهما من فعاليات المصارف يتعاطاها البنك.

ذكر بعض الأعلام: ان دفع الأموال للبنك على أن تكون بنحو الحساب الجاري، يجب على المودع تخميسها بمجرد وضعها في البنك، والوجه في ذلك: هو ان البنك يتعامل معها معاملة مجهول المالك، فإذا وضع شخص أمواله فيه كان متلفاً لها، حيث صارت مجهولة المالك بحيث حينما تُرجع اليه فيرجع شيء جديد هو ملك الفقراء يسمى مجهول المالك، وأما ماله الأول فقد تلف وصار بحكم العدم، ومن المعلوم أن من كان معه مال وأتلفه، يجب عليه تخميسه، كما إذا القاه في البحر فلا يهمل في تخميسه منه، بل يجب عليه تخميسه فوراً بإعتبار أن الإمهال الى سنة جاء تسهيلاً من قبل الشريعة المقدسة الى المكلفين لأحتمال تحقق المؤونة، وبعد فرض تلف المال فلا يمكن صرفه في المؤونة، فلا مجال للإمهال.

وقد ذهب الى ذلك الشيخ حسين الحلبي (قده) والسستاني (حفظه الله) ^(١)

وما ذكر يختص -كما اشار- بالبنوك الحكومية في بلاد المسلمين؛ لأن أموالها مجهولة المالك، ولا يعم للبنوك الأهلية لما لها من مصاديق معلوم المالك^(١)

وفيه ان لا معنى لصيرورة أموال البنوك، والحكومة من مجهول المالك لعدم الدليل بالمطلق على ذلك، كما بحثناه مفصلاً في كتابنا مالكية الدولة ومجهول المالك.

وأجاب عنه بعض المعاصرين لأن التفريع جيد، ولكن قد ذكرنا سابقاً أن مثله ينبغي جعله منبهاً على بطلان تطبيق فكرة مجهول المالك على أموال البنوك.

وقد يشكل على أصل التفريع: باعتبار أن وضع الأموال في البنوك لو كان إتلافاً لها فيلزم حرمة، والحال ان حرمة بعيدة جداً ويستبعد الإلتزام بالحرمة عند وضع الأموال في البنوك فيلزم وضعها في البيوت فتكون عرضة للإتلاف والسرقة أكثر مما لو كانت في المصرف.

وأجاب عنه: بما حاصله أن الإتلاف المدعى هو الإتلاف الشرعي وليس الإتلاف الحقيقي؛ إذ حينما يأخذ البنك الأموال فلا يطرحها في البحر ليكون إتلافاً حقيقياً وإنما يستفيد منها مجالات مختلفة، فالإتلاف حقيقة غير ثابتة لتثبت الحرمة، وإنما هو إتلاف شرعي بمعنى أن المكلف قد أخرج المال من ملكه شرعاً^(٢)

وفيه: أنه مضافاً لعدم وجود ما يسمى مجهول المالك، أنه لا دليل على ان الإيداع هو إتلاف شرعي.

وان المالك لم يخرج ماله عن ملكه بل هو قد بنى على إيداعه وليبقى تحت ملكه

(١) فقه البنوك ص ١٨٢-١٨٣ الشيخ الإيرواني محمد باقر
(٢) المصدر السابق ص ١٨٤.

وأما المناقشة الثالثة: فإنه لا نرى وجهاً لعدم إنطباق الإطروحة على مفهوم المضاربة الفقهي لإمكان البنك أن يضبط نسبة معينة من الربح للعامل، وعدم جواز عمل تحميل الخسارة عليه الذي يكون جائزاً مع التعدي والتفريط وان تؤجل الأرباح الى موعد معين.

ومع كون المصرف وسيطاً فهو لا يضمن نسبة معينة من رأس المال -الوديعة- والبنك لا يعطي فائدة طبقاً للإطروحة وإنما يعطي نسبة من الربح الحاصل الى المودع بحسب نسبة مشاركته في مبلغ المضاربة.

ومع كون البنك وسيطاً فكيف لا يذكر نسبة معينة من الربح؟ حتى يقال بأن ذلك يجعلها (بضاعة) لا مضاربة، ولم يبين معنى (البضاعة).

ومع رضا المالكين فمعناه أن زيادة الربح كله لصاحب المال وهو يعطي الزيادة للمصرف برضاه.

والمودعون لا يستحقون فوائد لأن المصرف وسيط بين طرفين بمعنى أنه الخسارة ان حصلت فهي عليهم ولكن يتعهد البنك بضمانها بمنع ودائعهم من الضياع.

ومع إستمرار السحب والإيداع فإن ذلك لا يلغي التعيين العرفي لأصحاب المال من المستثمرين، من جهة أن الإيداع متعلق بمالية المال لا بشخصه وعينه.

نعم يرد على الإطروحة وفق ما قدمناه، أن كون البنك وسيطاً لا يكون ودعياً ليضمن لأصحاب رأس المال مالهم ويؤخذ منهم فوائد إذ هو مجرد وسيط.

وأما المناقشة الرابعة: ان العلاقة التي يمارسها البنك مع كلا من المودعين من ناحية والمستثمرين من الناحية الأخرى هي علاقة وسيط بين رأس المال والعمل إذا كان نظرنا الى طبيعتها الإقتصادية.

وأما إذا كان نظرنا الى طبيعتها القانونية - أي الى الصياغة القانونية لتلك العلاقة في المجتمع الرأس مالي، نرى أن القانون صاغها عن طريق تجزئتها الى علاقيتين قانونيتين مستقلتين،

أحدهما: علاقة البنك بالمودعين بوصفه مدينا وبوصفهم دائنين

الأخرى: علاقته مع المستثمرين الذين يلجئون الى البنك للحصول على المبالغ التي يحتاجونها وفي هذه الحالة يكون البنك دائماً والمستثمرين مدينين وهذا يعني ان البنك لم يعد في الإطار القانوني مجرد وسيط بين رأس المال والعمل بل أصبح طرفاً أصيلاً في علاقيتين قانونيتين وإنعدمت بذلك اية علاقة قانونية بين المودعين والمستثمرين فأصحاب الودائع ليس لهم أي إرتباط دائن بمدين، كما أن المستثمرين غير مرتبطين بأحد سوى البنك بالذات الذين يدخلون معه في علاقة مدين بدائن والبنك بوصفه مديناً يدفع اليهم الفائدة إذ لم تكن ودائعهم تحت الطلب وبإعتباره دائماً للمستثمرين يتسلم منهم فائدة أكبر.

فيرتبط نظام الإيداع والإقراض بالربا المحرم في الإسلام.

والفكرة الأساسية لتطوير البنك على أساس إسلامي بصونه من التعاطي بالربا تركز على رفض الصياغة القانونية الآنفه الذكر، وتعطي بدلاً منها صياغة قانونية أخرى تنشأ بموجبها علاقة قانونية مباشرة بين الطرفين وبذلك تصبح الصياغة القانونية

لعلاقة البنك بالموردين والمستثمرين أكثر إنطباقاً على واقع تلك العلاقة - الوسيط - والنظر إليها مجردة عن أي طابع قانوني نجد أنها لا تخرج عن معنى الوساطة يقوم بها البنك لأيصال رؤوس الأموال التي تتطلب مستثمراً إلى المستثمرين الذين يطلبون رأس مال يشترونه^(١)

ومن هنا يتضح أن السيد كان كلامه في إطار الصيغ القانونية في النظام الرأسمالي لا في إطار الصياغة القانونية لتأكد علاقة الوساطة بالبنك. ولو تشعبت أعمال البنوك إلى الأحوال الثلاثة فلا موجب لجعل الأطروحة مجملة وغير ذات تركيز.

وهذا يبتني على أن المصرف يستلم الأموال بعنوان الوديعة التي ترجع إلى اقراض البنك، وإلى السحب الراجع إلى الإستقراض من البنك. وأما لو إستلمها بعنوان الوكالة أو الوساطة فسوف تنفي كلا العلاقتين المفضيتان إلى الربا.

وتنظيم عمل البنك حتى على الأحوال الثلاثة المدعاة لا يجعل تنظيم العمل وتقسيم الأرباح أمراً مشكلاً مع وجود خبراء وإختصاصيين في مجال المال والأعمال. وأما المناقشة الخامسة: أنه يمكن للبنك أن يجعل معظم أشكال الإستلاف للتجارة مضاربة، ويكون هو المضارب - صاحب رأس المال - كما لو أعطى لمزارع ملاً يعمل فيه بالزراعة لقاء نسبة من الربح، وكذا في الصناعة وجود تسمية بعضها بإسم غير

(١) فقه الحيل الشرعية - ص ٢٦٦ - ٢٦٧ محمد السند

المضاربة لا يغير من واقعها - المضاربة - المبنية إحتظار آخر مبلغاً للإسترباح ما دام عمله فيه موثقاً به عند البنك فكيف لا تكون مضاربة فقهياً.

وعدم تعرض المؤلف (قده) لها، أما لفهمها من خلال العمل الأساسي وهو المضاربة، وأما لأنها قليلة، أو ضعيفة المجال بالنسبة لعمل المصرف.

وأما المناقشة السادسة: إذا قصد المضاربة - عنوانها - موجود عند الأطراف الثلاثة لأن نمط الإرادة الجدية وراء الإرادة المتعلقة بالإنشاء والتلفظ هي بناء الأطراف الثلاثة - أي بنائية - وما يطلق عليها في القانون الوضعي إرادة التعاقد والإلتزام العملي بمقتضى العقد أو الإقرار أو الإنشاء، ولذا يعتد بالإنشاء الظاهري والإقرار بالشهادتين ما دام المقر يريد التقيّد بأحكام الدين وإن كان الداعي له خوف سطوة السيف.

وهنا بمجرد الإقدام على الإلتزام بمقتضى العقد وإنشائه يكون كافياً في قصد عنوان المضاربة ما دام المنشئ قصد بذلك إلتزامه بمقتضى العقد - وهو المضاربة - وأما اعلان البنك أنه يتعامل بالمضاربة فسهل المؤونة في وقتنا الحاضر.

وأما المناقشة السابعة: فهي إشكال شكلي يتضمن تعبيراً لعنوان الإطروحة وليس مناقشة لأحكامها كما ذكره، كما ان البنك مع وساطته يمكن أن يستثمر بعض أمواله مع مبلغ من المودعين، غايته ان البنك تكون له وظيفتين هما الوساطة وإستثمار بعض أمواله، غايته أن البنك تكون له وظيفتين هما الوساطة وإستثمار بعض أمواله، والمؤسسة التي تعطي المال للآخرين لكي يستثمرونه هي مصرف وليست شركة مساهمة.

والإطروحة بنفسها إعتبرت المصرف بنفسه عاملاً في المضاربة في ودائع الحساب الجاري شأنه شأن ما قلناه عن الشركة المساهمة قبل قليل، وهذا ما ذكره السيد الشهيد الأستاذ في جوابه عن هذا الإشكال الشكلي.

وأما تفاصيل هذه الأطروحة فقد نأتي عليها بعد حين.

الأطروحة الثانية: أن يتصور البنك هو صاحب رأس المال في عقد مضاربة والمستثمرون عماله في هذا العقد بدلاً من أن نتصوره وسيطاً في عقد المضاربة كما في الأطروحة السابقة.

وهو يستعمل رأس ماله الأصلي، مع الأموال المودعة لديه بأي شكل من أشكال الإيداع، كرأس مال مضاربة وليس من وظيفة المودعين أن يكونوا أرباب أموال فيها، وإنما الإيداع موكول الى بعض التكييفات الفقهية وهي:

أولاً: أنه بنحو القرض، والفائدة إنما تكون قاء ما فعله المودع من حيث يعلم أو لا يعلم من إفادة المصرف في توسيع أمواله التي سيستثمرها، فهي تعتبر أجراً والقرض يملكه المستقرض ويتصرف فيه تصرف المالك فإذا ملكه المصرف إستطاع أن يستثمره بالمضاربة.

ثانياً: أنه بنحو الإيداع أو الإستعارة، مع إشتراط أمرين.

أحدهما: عدم إنحفاظ المال وإنما تنحفظ المالية فقط؛ لأنها هي المهمة عرفاً واقتصادياً.

ثانيهما: أن يأذن المودع للمصرف التصرف في مالية هذه الوديعة قبل سحبها بتصرف المالك في ملكه، أي بحسب ما يرى المصرف من المصلحة.

إذا أذن المودع، مع ضمان ما أودعه من قبل الودعي انقلب الأمر الى القرض إذ هو تمليك مع الضمان للبدل فلا تجتمع الوديعة مع الأذن.

والفائدة تكون كما أشرنا اليه في الفقرة أولاً.

ثالثاً: أن يكون بنحو الهبة المعوضة أو المضمونة، فبالهبة يملك المصرف ما وصل اليه من المال يستعمله كما يشاء والمفروض أن يستعمله في المضاربة وبالضمان يكون للمودع حق السحب متى أراد أو تحت شروط معينة.

فإن لم توجد للإيداع فائدة فهو المطلوب فقهيّاً، كما في الحساب الجاري وأما إذا كانت له فائدة كيفناها فقهيّاً بالشكل السابق أو نحوه، مع العلم أن الإرجاع بزيادة ليس بحرام في غير القرض فتكون الفقرة ثانياً وثالثاً خالية من الإشكال اساساً.

هذه الإطروحة تحتوي على بعض نقاط القوة بالنسبة للسابقة وذلك في:

الوجه الأول: اننا هنا نحتاج الى تكييف بالنسبة للودائع الخالية من الفائدة ضمن الإطروحة بخلاف الأولى، فإن الأموال حين تستثمر في المضاربة يستحق المودع ان يحصل على نسبته منها.

الوجه الثاني: ان هذه الأطروحة تبرر الفوائد التي يأخذها المصرف من المستلفين على اساس كونها جزء من الأرباح التي تخصه في عملية المضاربة بصفته صاحب المال وإن كانت كسراً ضئيلاً من الأرباح أحياناً.

في حين إعتبرتها الأطروحة السابقة أجور على وساطة المصرف بين أرباب المال والمستثمرين.

الوجه الثالث: وزعت الأطروحة السابقة عمل المصارف الى ثلاث حالات: مما يجعلها مشوشة نوعاً ما، وأما هنا فقد أصبح المصرف صاحب رأس المال فقط.

الوجه الرابع: إذا حصلت الخسارة لدى المستثمرين، إستطاع المصرف أن يضمن للمودعين ودائعهم؛ لأن تلك الخسارة غير مربوطة بهم على الإطلاق في هذه الإطروحة، في حين كان اللازم على الإطروحة السابقة عدم ضمانها لهم فقهيّاً بصفتهم أصحاب رأس المال.

نعم لو حصلت الخسارة فطبق لهذه الأطروحة لا يستحق المصرف فوائده من المستلفين إلا ان احتمال الخسارة ضئيل جداً في مجموع الأعمال على اي حال.

الوجه الخامس: ان المصرف لا يكون شركة مساهمة لأنه إنما يكون كذلك إذا ساهم المودعون بالمضاربة وليس الآن كذلك.

الوجه السادس: ان هذه الإطروحة تعم سائر المصارف التي يكون فيها تسليف، سواء أكان فيها إيداع أو لم يكن بخلاف السابقة، فأنها تختص بالمصارف، التي تقبل الإيداع، غير أن المال المستلف هنا ينبغي أن يصرف بالتجارة.

هذا، وربما تكون هذه الأطروحة أقوى من سابقتها في بعض التفاصيل من أعمال المصرف التي تأتي في الفصل الآتي.

وعلى الرغم من ذلك فإن عدداً من الوجوه التي وردت أشكالها على الأطروحة الأولى ترد على هذه الأطروحة ايضاً والتي منها.

أولاً: ان معاملة المضاربة تحتاج الى قصد فهو غير متحقق

ثانياً: أنه لا يشمل صرف المال المستلف بالزراعة والصناعة والبناء ونحوها من غير أشكال التجارة التقليدية.

ثالثاً: إذا زادت الأرباح لدى المستثمرين لم يكن للمصرف إلا فوائده التقليدية عادة، مع إنه من الناحية الفقهية يستحق أكثر من ذلك.

وبعبارة أخرى: انه يستحق كسراً عشرياً من الربح لا أكثر من رأس المال وهو على خلاف ما هو المتعارف في المصارف، ويمكن تلافي أكثر هذه الإشكالات بإشتراط خلافها في تأسيس مصرف قائم على الإطروحة الثانية بخلاف الأولى، فإن أكثر الإشكالات لا يمكن تلافيها بهذا الشكل^(١)

ويرد على ما ذكره من الإشكالات

أولاً: أن القصد يراد به قصد العنوان أي عنوان المضاربة وإلا القصد الى إيقاع المعاملة متوفر بمجرد إقدام الطرفين على المعاملة.

وهذا العنوان لا يتحقق إلا إذا أنشأه باللفظ بحيث يكون المنشئ مطابقاً للفظ، فالأساس هو تطابق اللفظ مع القصد، وإلا لم يقع العقد، وما قصد لم يقع وما وقع لم يقصد^(٢)

ويراد ايضاً المطابقة بين قصد المنشئ وبين الماهية العرفية العقلانية والعقلاء لا يرونها كما قصده المنشئ، والأمر الأخير هو القصد الجدي للمعاملة وليس الهزلي وإلا فلا تقع المعاملة.

(١) ما وراء الفقه ج ٤ ص ٣٩ - ٤٠ الشهيد الصدر الثاني
(٢) فقه الحيل الشرعية ٧٨ مصطفى الأشكوري - تقرير السند

وفي المقام هل يعتبر العرف العقلاني المعاملة مضاربة أو قرضاً والواقع أنه يعتبرها قرضاً.

ثانياً: أنه يشمل الإستثمار بالزراعة أو الصناعة أو البناء، بل يقال كما قيل بأن ماهية المزارعة والمساقاة، هما من حيث الماهية عين ماهية المضاربة وكثير من احكامها هي أحكام المضاربة^(١)

ثالثاً: كيف لا يكون للمصرف الرائد مه انه في هذه الأطروحة هو صاحب رأس المال وله نسبة من الربح يتفق عليها مع المستثمر العامل وأنه أعطى المال كمضاربة لا كقرض ليكون له نسبته - الفائدة - وعليه لا يجمع كون البنك صاحب رأس المال يضارب به، وأن تكون نسبة الفائدة له، إذ المعاملة أما مضاربة وأما قرض، والإعتراض مبني على القرض والمفروض طبقاً للإطروحة أنه مضاربة.

ويرد على اصل الإطروحة، وهي تختص بالمصرف الحكومي - أن أمواله غير مملوكة له ومع كونها كذلك فكيف يملكها، لأن عنوانها مجهول المالك، وهو غير واقع تحت تصرف البنك.

الإطروحة الثالثة: أن المصرف هو صاحب رأس المال، فإذا كان الإستثمار تجارياً كان مضاربة، ولا بد فقهيّاً من تطبيق أحكامها أيضاً. وإن كان زراعياً قلنا انه مزارعة أو مساقاة مع تطبيق أحكامها أيضاً.

هذا وتكون الصناعة أو المؤسسات الإنتاجية أو الإستثمار عن طريق البناء أو مطلق المال غير المنقول، هذا كله مندرجاً في المضاربة؛ لأنه لا فرق من الناحية الفقهية بين التجارة التقليدية وبينها.

وكذلك لو كان التسليف لجعل مضاربة جديدة أو تأسيس مصرف جديد فإن المستلف يكون بمنزلة العامل في المضاربة، غير انه لا يقوم بالعمل بالمباشرة.

ويكون صاحب المال الرئيسي هو المصرف الذي نتحدث عن تكييف حكمه. وبهذا نكون قد دفعنا إشكالاً رئيسياً كان وراثياً على الأطروحتين السابقتين وتبقى الإشكالات الواردة على الأطروحة الثانية مشروطة بإشتراط خلافها كما أشرنا تماماً هناك، وبهذا لا تكون أي إشكالات وراثة على هذه الإطروحة، غير أنه تحتاج بعض تفاصيلها الى إيضاح.

أولاً: إذا كان الإستلاف للإستهلاك الشخصي لم يندرج في الإسترباح ولم يجز عليه أخذ الفائدة، نعم للمصرف أخذ الاجور لقاء تسجيله ونحو ذلك وإن كان ذلك بمقدار الفائدة التي يأخذها المصرف عادة.

ثانياً: ان الإيداعات لها نفس التكييف الفقهي الذي سبق في الاطروحة الثانية.
ثالثاً: للمصرف في كل هذه الأطروحات أن يأخذ أكثر من حصة الفائدة الإعتيادية من المستلفين، لأنه يشاركهم فقهيّاً في نسبة معينة من الأرباح قد لا تكون قليلة إلا أن هذا الأسلوب يكون مانعاً عن تحول الناس على المصرف ورغبتهم فيه، الأمر الذي يجعله مجبوراً أن يكون سواسية مع الغير.

رابعاً: كل نقاط القوة للأطروحة الثانية بإزاء الأولى توجد لهذه الأطروحة الثالثة بإزاء الأولى أيضاً، وأما قوتها على الثانية فإندفاع الإشكال الرئيسي وهو عدم إنحصار الإستثمار في المضاربة.

وقد بقيت هناك للمصارف أعمال وشرائط كثيرة يأتي في فصل قادم إن شاء الله.

وهنا ملاحظة مهمة:

وهي اننا نسأل أن المصرف يعطي للمستثمرين المال لأجل المضاربة به وحينئذٍ فهو يبقى على ملك المصرف ولا يدخل في ملكية المستثمرين إلا على نحو القرض، والمفروض أن المصرف كيف على أن يضارب ويكون إعطائه المال مضاربة لا قرضاً وعليه لا معنى للقول بالفائدة إذ هي تصح على الفرض والمفروض أنه طبقاً لهذه الأطروحة هو مضاربة فيستحق المصرف نسبة من الأرباح لا غير، ولا يجتمع القرض مع المضاربة.

الأطروحة الرابعة: أننا هنا بغض النظر عن عنوان معاملة المضاربة وغيرها، مما قلناه في السابق ونريد الآن تكييف أعمال المصارف فقهيّاً على ما هي عليه الآن من ترتيب ونشاط بدون أن نجعل لها قوالب جديدة فهل بالإمكان ذلك أم لا؟

هنا بعض الأساليب الفقهية المحتملة لأجل إنتاج هذه النتيجة نذكر منها.

الاسلوب الأول: الإستدلال بالسيره على صحة المعاملات الجديدة المستحدثة في

عصرنا بمقدار ما يفهمها أصحابها والعاملون عليها.

وهذا الاسلوب ليس بصحيح لأن السيرة إنما تكون حجة فيما إذا كانت متصلة

بزمان المعصومين (عليهم السلام) دون إذا ما كانت متأخرة كهذه السيرة.

أقول: مضافاً الى أن هذه السيرة لا تشكل ظاهرة إجتماعية عامة وإنما هي مختصرة في حدود ضيقة ولخصوص المتعاملين بها، فدعوى أنها سيرة عقلائية غير تامة وإنما هي ممارسة عامة لبعض الأفراد

الاسلوب الثاني: تبرير الفائدة الربوية ببعض الأساليب السابقة التي مر بحثها في الجهة الثانية، فإن تمت أمكن تكييف أعمال المصارف كما هي، ومر أنها غير تامة، نعم سبق هناك بعنوان الأسلوب الخامس ما يمكن التحايل فيه على حرمة الفائدة الربوية منوط بالتطبيق والقصد، فإن تم قصده وتطبيقه فالظاهر الجواز، الا أنه غير مطبق في المصارف من الناحية العلمية.

وقد ذكر الفقهاء أساليب أخرى للتخلص من الربا، ولكنها تحتاج الى قصد بطبيعة الحال، وأن يكون القصد جدياً الى المعاملة التي سنذكرها لا لمجرد التخلص من الربا وإلا فمجرد اللفظ لا يكون سبباً للتحليل ويعتبر كل واحد منها أسلوباً من هذه الأساليب في هذه الأطروحة.

أولاً: أن يهب الدائن المال الذي يريد إقراضه، ويقبل الموهوب له أو المدين لكن بشرط التعويض إجمالاً، وعند الوفاء يهب المدين المال من جديد زائداً على ما سبق.

ثانياً: أن يقرض الدائن المال للمدين إعتيادياً ثم عند الوفاء يهب المدين المال للدائن مع الفائدة ثم يبرؤه الدائن من دينه السابق.

ثالثاً: ان يتم القرض أولاً كما سبق، ثم عند الوفاء يقرض المدين المال للدائن مع الفائدة ثم يبرئ أحدهما ما في ذمة الآخر من الدين.

رابعاً: أن يتم القرض والوفاء اعتيادياً وتكون الفائدة هبة جديدة اي بعد القرض الذي يعتبر لا فائدة عليه.

خامساً: ان يكون كلا المالين لهما معاملة بيع فيبيع المدين على الدائن عليه كبريت بألف دينار -مثلاً- بيعاً جدياً، وله أن يشترط الدائن فيه ان يبيع بعد شهر مثلاً على المدين علبة كبريت بألف ومئة دينار مثلاً، وعند إنتهاء المدة يطبقان ما إشتراطاه، كم يمكن أن تكون المعاملة الثانية بدون شرط .

هذا كله مع جدية القصد الى المعاملة كي ينتج في الدنيا حلية المال وفي الآخرة عدم العقوبة على الحرام.

ويمكن تطبيق نفس الفكرة على الإيداع والتسليف معاً فترتفع الحرمة بغض النظر عن بعض النقاط التي سمعناها في الفصل السابق^(١)

(١) هذه الأطروحات عرضها الشهيد الصدر في ما وراء القفه ص ٣٣ - ٤٣ مع تعليقاتنا

فصل في تفاصيل أعمال المصارف

في هذا الفصل إذا أردنا أن نجيب عن سؤال معين أو نذلل عقبة ينبغي أن نجيب على ذلك جهد الإمكان قبل الدخول في تفاصيل هذا الفصل وقد يكون التعامل بالأرقام لا بالأموال لا العينية ولا النقدية وقد يكون ذلك من طرف واحد وقد يكون من طرفين كما في أسواق البورصة.

ويمكن التمثيل له بشخصين لكل واحد من حساب جاري أو غيره من الودائع في المصرف ويكون لأحدهما دين على الآخر أو خصم كمبيالة ونحوها، فيتم نقل -مقدار الدين- من حساب أحدهما إلى حساب الآخر - الدائن - ويعتبر الدين مؤدى وقد أبرأت الذمة منه - للمدين -

وكذا في سوق البورصة يتم التبادل بين العملات لا نقداً وإنما بالأوراق المالية التي سجلت عليها أرقام الحسابات لا أكثر.

والسؤال: من صحة هذا فقهيّاً أولاً؟ فإن لم يكن صحيحاً ومجزياً تعين الدفع الفعلي بأن يسحب المدين من البنك ويعطيه للدائن، ثم يودعه الدائن في البنك بدوره فتكون العملية المصرفية طويلة نسبياً ومن الصعب تنفيذها بالنسبة للأعداد الضخمة من الأموال كمئات الملايين كما يحدث في الشركات أو الدول، فهذه عقبة لا بد من تذليلها.

والجواب أن الدوال على المالية لو تجاوزنا الذهب والفضة التي هي أساس في مالية الأموال، وأنها ذو مالية ذاتية لا إعتبارية، توجد من الدوال على المالية أو قل الأوراق المالية ثلاث مستويات.

المستوى الاول: النقود بما فيها أوراق ومعدن.

المستوى الثاني: الأوراق المالية المتداولة في المصارف كالشيكات والسندات والكمبيالات.

المستوى الثالث: القوائم أو البطاقات التي تحتوي على حساب قد يكون ذات حقل أو إختصاص معين، وقد لا تكون.

وما يميز المستوى الأول عن الآخرين ان النظر العرفي اليه بأنه يمثل المالية نفسها بغض النظر عن شخصيته الخاصة كما في الذهب تماماً. إذ النظر اليه عرفاً هو كذلك وحيث إنسحب الذهب عن الساحة المالية والإقتصادية إنتقلت النظرة العرفية هذا المستوى الأول وهو النقود.

فيما يختلف المستوى الثاني عن الثالث بإستقلال أوراقه بالدلالة على حساب عدد ومالية معينة، فلا يكتب في الشيك أكثر من رقم واحد في حين أن البطاقة تحتوي على أرقام متعددة.

وقد يقال بأن المستوى الثاني له خصيصة المستوى الأول بالنظر العرفي بإعتبار أنه يمثل المالية الخالصة، فكما يمكن التداول سوقياً بالمستوى الأول يمكن التداول بالثاني، وبعبارة أن المستوى الأول صحيح ومجزئ فقهيماً كذلك المستوى الثاني لتمائل النظرة العرفية إليهما.

ولكن قد يقال بعدم تماميه ذلك لوضوح ان الأوراق المالية المصرفية لا يمكن تداولها سوقياً إلا في حدود معينة وفي المصارف خاصة، الأمر الذي يجعلها أقل دلالة على المالية الخالصة من النقود.

والجواب عنه من وجوه.

١- ان المهم هو الدلالة على المالية لكي تكون الورقة المالية مجزية فقهياً مهما كانت حقيقتها.

٢- اننا ينبغي أن نسير مع الشروط العرفية للأوراق المالية والشرط العرفي للأوراق المصرفية هو تداولها في خصوص المصارف على حين لا يوجد ذلك كشرط للمستوى الأول للنقود.

٣- ان المصارف عرفاً سوق من الأسواق لعدم اختصاص السوق لمن يعرض بضاعة، وإنما تعم كل من له مصلحة في تبادل إقتصادي معين ويدعم ذلك إن السوق للمشتريات الضخمة لا يمكن ان يكون كالسوق البسيطة الأمر الذي يجعلها محتاجة الى حساب المصارف، وهو ينتج كون المصرف جزء من السوق لا محالة.

وقد يقال بأن ذلك لا محذور فيه بعد ما لم تكن الأوراق النقدية من المكيل الموزون وهذا ما ذهب اليه الشيخ حسين الحلبي (قده) ^(١)

وبهذا الطريق ينتفي موضوع الربا عن زاوية القرض إذ هو بيع لا قرض الذي فيه لا يلزم تحقق الربا لأنه بيع لا قرض.

والجواب عنه: ان البيع المذكور في واقعه قرض وقد ألبس لباس البيع ولفظه هو البيع وواقعه هو القرض.

(١) بحوث فقهية - تقرير بحث الشيخ حسين الحلبي ص ١٠٦

والوجه في ذلك: أن الفارق بين القرض والبيع هو أنه في البيع يوجد مائز بين العوض والم عوض، فهذا ثمن وذاك مئمن وأما مع عدم المائز بل كانا شيئاً واحداً فذلك هو القرض.

وفي المقام إذا إختلفت العملة كما لو كان أحدهما ديناراً والآخر درهماً من الطرف المقابل فيتحقق عنوان البيع لوجود المائز بين العوضين فيتحقق البيع وأما لو كان أحد العوضين مائة دينار حالاً والعوض الآخر مائة وعشرة دنائير مؤجلة الى شهر، فهنا لا مائز عرفاً بين العوضين إذ المائة هي عين المائة وعشرة غايته مع الزيادة عرفاً هما واحد وليس شيئين، هكذا ذكره الخوئي (قده) ^(١)

ويجاب عنه: يتحقق المائز إذ أحد العوضين شخصياً حالاً والآخر كلياً في الذمة وهذا المقدار يكفي لتحقيق المائز المطلوب في باب البيع، وهذا الجواب مبنائي على تقدير قول هذا التعريف للبيع،

ويجاب ايضاً: أن الإرتكاز يقتضي بأن القرض هو بتبديل الأعيان بمثلها في الذمة، فيقول القائل خذ هذا قرضاً فالمقصود عرفاً خذ هذه العين ملكاً لك بشرط أن تبدلني مثلها في الذمة بعد شهر، فروح القرض هي تبديل العين بمثلها في الذمة غايته مع الزيادة وهذا هو عين القرض فالإرتكاز العرفي يرى أن القرض هو تبديل للعين بمثلها في الذمة، والأمر في المقام هو ذلك فهذا الطريق غير تام ومعه إذا إشتراطاً في الأموال المالية تدوالها في السوق، كفى تداولها في المصارف لأنها جزء من السوق كما عرفنا ^(٢)

(١) مستحدثات المسائل م ١٨
(٢) ما وراء الفقه ج ٤ ص ٤٦ - الشهيد الصدر الثاني

لعدم تقديمه في مهلة العرض المحددة قانوناً، كما أن البنك قد يتم إيقافه بطلب من الساحب كتابة للبنك المسحوب عليه الشيك مجالات متعددة لأيقافه منها فقد أو سرقة أو ضياع الشيك، ويرفض البنك الشيك في حال حصول خلاف بين الساحب والمستفيد^(١)

ولذا يبقى الشيك له دلالة على المالية وليس مالياً.

ثم قال: (قده): قد يقال بالعرف بين المستويين الثاني والثالث من حيث أن الشيكات مربوطة بالنقد في اسبابها ومسبباتها دون القوائم المالية؛ لأن تلك القوائم قد تكون ثمناً لقرض مدفوع وليس للنقد، فهي غير مربوطة بالنقد من أحد الطرفين أما في اسبابها وأما في مسبباتها، وأجاب عنه.

١- ان المهم عرفاً هو وجود الغطاء المالي أو الإقتصادي، وهذا صادق بالنسبة الى المستويات الثلاثة كلها؛ إذ لولا هذا الغطاء لم يكن حتى للمستوى الأول أية قيمة إقتصادية.

ومن المعلوم أن الغطاء لا ينبغي أن يكون مقتصراً عرفاً على النقد وإنما يشمل العروض أيضاً.

ومعه ما دام للأوراق المالية غطاء، أما من النقد أو العروض بحسب أسبابها ومسبباتها فهو كاف للإعتبار المالي عرفاً وفقهياً.

وفيه: أن الغطاء إنما يكون للأوراق المالية -النقد- لا للثلاثة لوضوح رجوع الأخيرين الى النقد، فهي مظهر من مظاهر النقد وليس نقداً ليكون لها غطاء، فالغطاء هو

(١) المصطلحات المصرفية ص ٦٧ - ٩٩ عبد المعطي محمد حشاد

للنقد خاصة، ولو فرض لها غطاء لكان فقد الشيك أو تمزيقه ضياع للمالية والامر ليس كذلك.

٢- ان المهم عرفاً هو النظر الى مالية المال لا الى شخصه، فكل ما يمثل المالية يكون مقبولاً اقتصادياً وسوقياً، ومن المعلوم أن العروض تمثل المالية نحو من الأنحاء؛ إذ لو لم يكن لها مالية لما أمكن تداولها عرفاً ولم تطبق عليها مختلف المعاملات، وهذه المالية هي التي تصحح دفع الأوراق المالية بإزائها. ولا حاجة لنا الآن الى نتصور المالية تصوراً خالصاً تذوب فيه الشخصية تماماً، لوضوح أن العروض ليس كذلك، وإنما يتداولها الناس لأجل خصائصها الشخصية لا المالية.

والقوائم المالية ما دامت ذات غطاء من المالية، ولو بالمعنى المتحقق في العروض يكون كافياً لصحتها عرفاً، وخاصة إذا التفتنا الى أنها في مرحلتها الأولى.

وأما المستوى الثالث: القوائم والبطاقات التي تحتوي على ارقام عديدة، وهي ليست أوراقاً مالية عرفاً ولا يمكن تداولها بطبيعة الحال، وبهذا تفترق عن المستويين السابقين، فتكون أصعب فقهيّاً.

وما يمكن أن يقال من تكييف لأجزائها الفقهي وصحتها، هو أن تلتفت الى أن الأوراق النقدية -المالية- من القسم الثاني على الأقل، إنما تكون صحيحة ومجزية في المعاملات عرفاً؛ لأنها مربوطة بالنقد على المستوى الأول بحسب اسبابها ومسبباتها. أما بحسب الأسباب فلأن الفرد قد لا يستطيع ان يسحب شيكاً إلا إذا كان هناك حساب مودع في المصرف فلولا له لم يمكن سحب الشيك.

وأما بحسب المسببات فلأن الشيك يؤول أمره في المصرف الى إمكان سحب النقد من المصرف، فإنه إن أعطى الساحب نقداً فهو المطلوب فقهيّاً، وان سجل في حسابه كذلك، فالتسجيل يمكن تحويله الى نقد في الوقت الذي يرغب فيه صاحبه. وهذه النكته الموجودة في الشيكات متحققة في القوائم المالية لأنها تعود الى النقد بحسب اسبابها ومسبباتها ينبغي أن تكون صحيحة ومجزية فقهيّاً كما هية صحيحة عرفاً.

ويلاحظ عليه: أن عودة الشيك الى النقد بحسب اسبابه ومسبباته لا يصيره نقداً بل يبقى هو وثيقة على النقد بمعنى له دلالة على النقد وليس هو نقداً. وإن رجوعه الى النقد لا يلغي الفوارق بينه وبين النقد، لأن الشيك إذا سُرق أو فقد يمكن إصدار بديلاً له بمعنى عدم ضياع قيمته وإعتباره حيث يمكن إخبار البنك وإصدار شيك جديد بنفس مبلغ القديم، وهذا بخلافه في الأوراق النقدية فإذا سرقت أو ضاعت ضاع المال على صاحبه، وهناك فوارق أخرى، منها أن الشيك قد يُرد ويطلق عليه بالفاسد الذي يعيده البنك المسحوب عليه الى الحامل أو المستفيد عميل البنك بسبب عدم وجود رصيد كاف في حساب الساحب لدى البنك أو عدم وجود رصيد نهائي واي سبب آخر - وهذا يعني أنه دال على المالية لا انه بنفسه مالية- كما أن الشيك قد يتقادم إذا مضى على تاريخ إصداره المواعيد القانونية لتقديمه للبنك المسحوب عليه ولم يقدم للوفاء به ويسقط بذلك حق الحامل أيضاً مع الرجوع على المظهرين ويؤدي الى سقوط حق الحامل أيضاً مع إقامة الدعوى المصرفية على الملتمزين

أو في حين تسجيلها مربوطة بالعروض، إلا أنها تؤول الى النقد في المراحل المتأخرة، إذن يمكن للمالك أن يسحب قيمتها من المصرف نقداً متى شاء كالشيكات تماماً، فلا ينبغي أن يختلف حسابها عن الشيكات فقهياً.

وقد يخطر في البال أن المعاملات الضخمة إنما هي بالأرقام مهما تعددت وكثر اشخاصها، بمعنى لو بيعت العروض عشر مرات لكان كل ذلك بالأرقام في خصوص المستوى الثالث، ويقبل استعمال المستوى الثاني، واما المستوى الأول فلا يفكر فيه أحداً.

الأمر الذي ينتج أن تحول القوائم المالية الى نقد أمر غير متحقق فكيف يمكن ان يقال بصحتها وإنجازها فقهياً وجوابه من وجهين:

أولاً: أن المهم عرفاً هو إمكان التحويل الى النقد متى أراد الطرف وهذا متحقق باستمرار، كل ما في الأمر أن الأفراد لا يفكرون في ذلك من أجل سهولة التعامل لا غير. ثانياً: أن المهم عرفاً هو تحقق المالية بالمعنى التجريدي أو العام، وهو متحقق في كل المستويات الثلاثة السابقة، حتى الأرقام المكتوبة في القوائم او البطاقات المالية لدلالاتها على مقادير من المال لا محالة.

الأمر الذي ينتج ان المالية متداولة في المعاملات باستمرار مهما طالت ولو الى عشر مرات أو مئة مرة.

هذا ويمكن أن يستدل على صحة الاوراق المالية للمستويين الثاني والثالث للأوراق المالية عن وجهين.

الوجه الأول: لا شك ان السيرة قائمة في السوق على تداول هذه الأوراق المالية والسيرة حجة فقهية وهي تنتج إعتبار هذه الأوراق المالية وصحة التداول بها.

وجوابه: أن حجية السيرة مع تحققها في زمن المعصومين (عليهم السلام) ليكون عملهم بها أو سكوتهم عنها هو الحجة ولا شك أن هذه السيرة لم تكن متحققة يومئذٍ فلا تكون حجة بهذا المقدار من البيان إلا أن نرجع الى الوجه الثاني.

الوجه الثاني: أنه يقال إن أكثر من شكل للأوراق المالية غير النقد كانت متداولة في العصور السابقة ولها أكثر من شكل.

الشكل الأول: الأوراق الدالة على الإعتراف بالدين من قبل المدين سواء كان الدين لقرض أو بيع أو غيره، فإنها كانت حجة عرفاً في إقتضاء الدين من المدين مع حلول أجله.

الشكل الثاني: الوصولات التي كانت تكتب عند الدفع وهي أيضاً شكل من أشكال الورق المالي إذ لولاها يمكن إنكار القبض مجرداً ولو بالمرافعة القضائية. وينتج من ذلك أن الأوراق المالية كانت موجودة صدر الإسلام وعليها السيرة العرفية والعقلانية وهو يصح فقهياً بعد التجريد عن الخصوصية كل المستويات الثلاثة للأوراق المالية.

وفيه: أن الأوراق المالية غير النقد إن كانت متداولة في العصور السابقة لكنها تبقى منقطعة عن زمن المعصومين (عليهم السلام) إذ لا يوجد ورق بما هو موجود عندنا ليكتب عليه الدين، أو القرض، ولا اقل من الشك في ذلك مما ينتج أن السيرة بهذا الشكل ليست بحجة.

هذا مضافاً الى أنها حتى وإن كانت فهي دلالة على ما في ذمة الطرف من المال وليست هي مال كما سبق وأن قلنا.

وعليه فالإستدلال بالسيرة لا يعول عليه.

وقد يشكل: أنه ثبت في بعض الفتاوى ^(١) والنصوص النهي عن الإعتماد عن

الكتابة وإسقاط حجتها شرعاً، الأمر الذي يعود بنا الى الإشكال السابق وجوابه من عدة وجوه نذكر منها.

أولاً: أن المراد بذلك الكتابات المحتملة التزوير أو غير المحرزة الصحة دون المعلومة الصدق، ولا أقل من إحتمال ذلك فقهيّاً، الأمر الذي يجعل الإجماع على عدم حجية الكتابة - لو كان - مختصاً بغير هذه الصورة.

وأما السنة الدالة على ذلك فهي قابلة للمناقشة، أما سنداً وأما دلالة بما لاحاجة الى بيانه.

ثانياً: يمكن الإستدلال بما دل من السنة المتواترة في مختلف المجالات بإعتماد الأئمة (عليهم السلام) وأصحابهم على الكتابات في الوقفيات والوصايا والإقرارات وغيرها، الأمر الذي يجعل إحتمال عدم حجية الكتاب بشكل مطلق مما لا دليل عليه فقهيّاً.

ثالثاً: وأجود من الكل، الأمر القرآني بالكتابة ولو حمل على الإستحباب كي لا تضيع حقوق الطرفين ويحصل التنازع، وهو مقدم على السنة كما هو واضح.

(١) مختلف الشيعة ج ٨ ص ٤٢٨ وما بعدها، مسالك الإفهام ج ٤ ص ١٤٧

وقد يشكل: أخرى على التعامل بالأرقام المصرفية أنه لا تتحقق المعاظة فيها مما يفضي الى عدم حجية المعاملة اساساً. فإن المعاملة انما تصح بأحد سببين.

أما العقد اللفظي المحتوي على الإيجاب والقبول، وأما المعاظة - بدون عقد واشترط فيها أن يكون هناك تعاط أو قبض من أحد الطرفين على الأقل فلو حصل ذلك حصلت المعاظة وصحت المعاملة، وأما لو لم يتحصل فالمعاظة غير حاصلة والعقد اللفظي غير حاصل كما هو الموجود سوقياً في عصرنا الحاضر فتكون المعاملة باطلة.

وفي كثير من الأحيان ان التعاطي لا يكون متحققاً من كلا الطرفين، أما العروض فلأنها تشتري وتباع وهي في المخازن لا تتحرك ولا تقبض، وأما الثمن فلأنه لا يقبض أيضاً وإنما يسجله موظفوا المصرف في حساب البائع فكيف تتحقق المعاظة؟

وجواب ذلك يكون على مستويات منها.

المستوى الأول: أن الطرفين يتحدثان ويتفقان على إيجاد المعاملة بلا شك وهو المسمى في لغة الفقهاء (بالمقولة) فنقول هنا فقهيّاً إن الحديث كاف في صدق العقد، ولا دليل على أكثر من ذلك؛ إذ يصدق عليه ((تِجَارَةٌ عَن تَرَاضٍ مِّنْكُمْ)) (النساء: من الآية ٢٩)

((وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ)) (البقرة: من الآية ٢٧٥) ^(١) وغير ذلك من العمومات.

وأما الدليل على لزوم العقد الذي تعبر الفقهاء بلزومه، فالأمر المهم منه هو الإجماع والخبر المعتبر القائل ((إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام)). ^(٢)

أما الإجماع: فهو أولاً: لم يثبت وجوده اساساً، وإن ثبتت الشهرة بالتأكيد.

(١) النساء ٢٩، والبقرة ٢٧٥.
(٢) الوسائل ب٨ من ابواب أحكام العقود ح٤.

وثانياً: ان القدر المتيقن منه هو حصول اللفظ ايأ كان (فتأمل) دون العقد (الرسمي) الذي إشترطوه، ومن المعلوم في القواعد أن الإجماع لا يكون حجة أكثر من القدر المتيقن.

وأما الخبر، فمن الواضح أن (المقاولة) ايضاً هي نوع من الكلام، وهو يصدق عليها بلا حاجة الى ما هو أكثر من ذلك.

المستوى الثاني: أنه يمكن أن يقال ان التعاطي من طرف واحد متحقق فعلاً.

فإنه يحدث كما يحدث في دفع الثمن نقداً، حيث يحدث في دفع الشيك. وكذلك يحدث في صورة أخرى هي المهم في هذا المستوى وهو أن موظفي المصرف يسجلون الرقم الجديد في حساب البائع، فهنا يمكن ان نعتبر هذا التسجيل من قبل التعاطي من أحد الطرفين وأن الموظفين يعملون ذلك بالوكالة أو الإذن من قبل البائع فإذا تم ذلك تم التعاطي لا محالة، وهو كاف في حصول المعاطاة.

المستوى الثالث: لو تنزلنا عن المستويين السابقين لم يحصل البيع، بل يكفي حصول ((الإباحة)) وذلك يحصل من البائع دلالة حالية أو مقالبيه تدل على الإذن للمشتري بالتصرف بما وصل اليه من العروض بكل أنحاء التصرف كتصرف المالك في ملكه وكذلك إيجاد نية التملك عليه وهو إعتبره ملكاً له بالقصد الى ذلك مع بيانه بقول أو فعل، وهو ما يحصل عملياً وإن لم يتم القبض كما لو إعتبره ملكاً له، ثم أراد بيعه فيكون التصدي للبيع بياناً لهذا القصد، وهذا يكفي في حصول الملكية الحاصلة في طول الإباحة المشار إليها.

المستوى الرابع: تنقسم الأموال المتداولة في المصارف من ناحية حكمها الفقهي الى عدة اقسام، ولكل قسم نتائجه أيضاً.

القسم الأول: المال المحكوم فقهيًا بالملكية الشخصية للفرد أو الشراكة التي تمتلك المصرف أو التي تمتلك رأس المال وهذا يحدث فيما لم تكن في تصرفاتها المعاملية أية مخالفات شرعية.

والتعامل معها يكون إعتيادياً كأبي تاجر آخر، والمال المقبوض منه بالمعاملات الصحيحة يعود بالملكية لمالكه الجديد.

القسم الثاني: مال الحرام كله شرعاً أو كثير منه بنسبة مجهولة، وهو يحدث فيما إذا كان المصرف ملكاً لفرد أو شركة متكونة من أفراد يتعاملون بالربا. والمال الحاصل حرام شرعاً، والتعامل مع هذه الشركة حرام ايضاً.

القسم الثالث: مال مجهول المالك بالإصلاح الفقهي، وهذا يحدث فيما لو كان مالك رأس المال عملياً هو الحكومة من الحكومات المسلمة وليس للأفراد شركة فيه، والتعامل مع هذا المصرف جائز عملياً والمال المقبوض منه حلال بشرط أن يقبض قبضاً شرعياً بمعنى أن يقصد قبضه عن الولي العادل، الذي يكون ولياً شرعياً عن المالك المجهول، والعبارة أن يقول أقبضه عن الحاكم الشرعي ثم يقول: أتملكه لنفسي.

وهذا شامل للنقد والعروض بكل اشكاله بشرط بقوله تحت يده وسلطته ليتم القبض ويصح القصد كما يشمل الشيكات والأسهم وغيرها.

أما مجرد نقل رقم معين من حساب أحد الى آخر فهذا لا يحتاج الى هذا القصد، وإنما يحتاج اليه فيما يتم قبضه من المصرف من المبيعات.

القسم الرابع: الأموال المتداولة في مصارف يملكها الكفار والمشركون، وهذا يحدث فيما إذا كان المصرف في بلد كل ساكنيه أو أكثرهم من هذا النوع، أو إذا علمنا أن رأس المال ملك لأفراد أو حكومات من هذا القبيل.

ويجوز التعامل معه مالم يحصل عنوان ثانوي محرم كتأييد الكفر ونحوه والمال المأخوذ منه يكون ملكاً للقباض بقصد التملك المدلول عليه بقول أو فعل، سواء كان نقداً أو عروضاً أو ورقاً مالياً وسواء كان من رأس أو الفائدة الربوية.

ويبقى نفس الحكم فيما لو كان المتعاملون مع مثل هذا المصرف من الكفار وأما لو كان منهم مسلمون فستكون نسبة غير معينة من المال من قبيل مجهول المالك ولا بد من تطبيق القصد الفقهي السابق الخاص به على ذلك المال بإعتبار تلك النسبة المجهولة على واقعها^(١)

وهنا ملاحظات:

الملاحظة الأولى: ما ذكر في القسم الثالث، وان المال مجهول المالك ليس بتام لعدم الدليل على كونه كذلك وتقدم منا مناقشة وبحث ذلك مفصلاً في كتابنا، مالكية الدولة ومجهول المالك^(٢)

والقول بأن أموال الدولة من مجهول المالك يترتب عليه عدة لوازم غير صحيحة نذكر منها.

النتيجة الأولى: أنه بناء على عدم مالكية الدولة أو البنك يلزم ان يكون الإيداع في البنك بمثابة تلفها شرعاً وإن لم يكن عرفاً كذلك.

(١) ما وراء الفقه ج ٤ ص ٥٢-٥٤ الشهيد الأستاذ الصدر (قده)
(٢) مالكية الدولة ومجهول المالك - المؤلف

والوجه في ذلك: أن الإيداع لدى البنك هو عبارة عن إقراضه المال ولكن من هو المقرض له الذي يمتلكه مع إشتغال ذمته بالضمان عند الإقتراض هو تمليك الطرف الآخر بشرط الضمان، فهل هو الموظف المستلم للمال أو هو عنوان البنك؟ وكلاهما لا يمكن الإلتزام به.

أما الأول بإعتبار أن الموظف لا يقترض لنفسه المال ولا يصير بشخصه مالكا له ومشغول الذمة بضمانه وهذا أمر واضح.

وأما البنك -الثاني- فبإعتبار ان عنوان البنك لا يملك حيث لا دليل على تحقق مالكية الجهة، ولا اقل لا يوجد ممثل شرعي كي يقبل الإقتراض عن عنوان البنك، والإقتراض لا يتحقق إلا مع القبول والبنك بعنوانه لا يتمكن من القبول، ولا يوجد له ممثل شرعي يقبل نيابة عنه، وعليه لا يتحقق الإقتراض حقيقة، وبالتالي يصير المودع لأمواله في المصرف كأنه دافع لطرف لا يتمكن من الإقتراض والتملك، وهذا معنى كون المودع بمثابة التلف لماله.

وترتب عليه وجوب الخمس بمجرد الإيداع بدون الإنتظار لسنة لأن الإمهال لأحتمال حصول مؤونة يصرف فيها ذلك المال، فإذا انتهت السنة وكان المال أو بعضه باقياً وجب تخميسه، وأما مع عدم بقاءه كما لو القاه البحر مثلاً حينما يحصل عليه فلا إمهال فترة سنة بل يجب تخميسه فوراً، لعدم إحتمال الصرف في المؤونة، وحيث لم يصرف في المورد في المؤونة فيجب تخميسه فوراً، ومن إلتزم بذلك السيد السستاني^(١)

(١) منهاج الصالحين ج ١ ص ٤٣٠ مستحدثات المسائل مسألة ٢٥

النتيجة الثانية: لو أراد المودع سحب أمواله، فإن ما بسحبه لا يكون ملكاً له، ولا يترتب عليه عنوان ماله الأول، بل هو شيء جديد بأسم مجهول المالك، لأن ماله قد تلف بالإيداع وما يأخذه بعد ذلك يكون شيئاً جديداً بحاجة إلى الإذن من الحاكم الشرعي.

النتيجة الثالثة: إذا أراد شخص أن يستلف من البنك مقداراً من المال فإنه موجب للفائدة عليه، وهنا يمكن توجيه ذلك بأن يقال إنه حينما يأخذ المال من البنك لا يقصد أخذه بعنوان القرض، وإنما يأخذه بعنوان مجهول المالك، بل لا يمكن قصد عنوان القرض لأن المقرض إما الموظف أو البنك، وكلاهما غير ممكن، أما الموظف فهو لا يملك ما يدفعه.

ليقصد الإقراض ولا يتمكن أن يقرض عن البنك لأنه ليست له ممثليه شرعية، وأما نفس البنك فلأنه لا يملك الأموال ليتمكنه إقراضها أو لا أقل لا ممثل شرعية له ليتمكنه ذلك، فالشخص حينما يأخذ المال من البنك يأخذ بعنوان مجهول المالك ثم حينما يطالب بالفائدة يجوز له دفعها لأنه مجبر عليها وإلا يعاقب طبق القانون، وهذا ما ذهب إليه الخوئي والسستاني وحسين الحلبي (قده).

وهذا البيان غير واضح، لأنه مع كون المال مجهول المالك لا يصح للبنك التصرف فيه ليأخذه، المستلف، وأن مجرد القصد بتغيير عنوان المال إلى مجهول المالك لا يغير من واقع المعاملة ويجعلها ليست بقرض.

وقد يقال كما قيل: أنه يمكن تصحيح الأخذ من دون إنطباق عنوان مجهول المالك، ولا حاجة إلى إذن الحاكم الشرعي، وذلك بأن يقال: أن المودعين أموالهم في

البنك يأذنون للموظفين ويوكلونه في إقراضها في إقراضها الى الآخرين بشرط أن يدفع له ما يماثله في الموعد المقرر، وبهذا يكون الموظف وكبيراً عن اصحاب الأموال وحينما يستلف شخصاً آخر من البنك لا يطبق عليه عنوان مجهول المالك لأن مالكة قد وكل الموظف في دفع ماله الى الآخرين ورضي بذلك فلا يلزم محذور مجهول المالك، ولا يلزم عدم تحقق عنوان الإقتراض من البنك كما أشرنا اليه.

وعلى هذا فالأخذ من البنك يكون ممكناً من الإقتراض، وحيث أنه إشتطرت عليه الفائدة فيلزم محذور الربا.

فإنه يقال: هذا الوجه وجيه لو كانت أموال البنوك كلها من هذا القبيل بأن تكون كل أمواله مودعة من قبل الناس وليس له أموال أخرى ومن الواضح أن هناك أموال أخرى للبنك يأخذها من الدولة حينما تأتيها الأموال من بيع النفط وغيره حيث تجعل قسماً منها في البنك وبذلك سوف تختلط أموال المودعين بتلك الأموال من دون تشخيص بينها وبذلك يعود مجهول المالك.

نعم لو بقي المال المودع من شخص بيد الموظف، ودفعها الى شخص آخر ففي مثله لا يلزم المحذور ويمكن أنذاك قصد الإقتراض، ولكن الأمر ليس دائماً كذلك. أقول وهذا غريب لأن الموظف لا صلاحية له في أن يقبض المال لنفسه بل يقبضه الى البنك إذ هو مجرد وسيلة لقبض البنك.

والمودع لا يوكل الموظف بإقراضها بل يوكل البنك، هذا هو الواقع الخارجي للبنوك وعليه فهذا التوجيه غير واقع.

وان مجرد بقاؤها بيد الموظف لا يلغي عنوان مجهول المالك عليها بعد دخولها البنك وإيداعها فيه، فهي بمجرد دخولها تتعنون بعنوان مجهول المالك.

النتيجة الرابعة: بناء على كون اموال المودعين في البنك مجهولة المالك، يلزم منه أن أي شخص يتمكن من سحب أموال الآخرين يجوز له ذلك متى ما كان فقيراً، لأن الأموال الموجودة في حساب فلان وفلان ما عادت مملوكة لهم بل هي مجهولة المالك، وما دامت كذلك جاز لأي شخص فقير التصرف بها من دون ضمان لعدم صدق إتلاف مال الغير إذ الأموال المودعة في البنك ليست ملكاً للمودعين بل هي من مجهولة المالك.

وإذا قيل لا بد من كسب إجازة الحاكم الشرعي، فهو لا يجيز ذلك للزومه التلاعب بالنظام وإختلال الوضع، إلا أن هذه قضية اخرى ترتبط بالتكليف وهو لا يجيز ذلك أما لعدم وجود إجازة الحاكم الشرعي أو محذور إختلال النظام، إلا انه وضعا لا يلزم منه الضمان لعدم صدق إتلاف المال الغير.

هذا وقد ذكر السيد الخوئي (قده) حينما طرح عليه الإشكال، بأن ذلك لا يجوز

حيث يلزم إيقاع الغير في الخسارة، ومقصوده من الغير ظاهراً هو صاحب المال^(١)

وهو غير تام: لأن الموجود في البنك ليس ملكاً للأفراد حتى يلزم خسارتهم؛ بل الجميع صار مجهول المالك الذي لا يمتلك إلا بالقبض فعند قبض الشخص له بإجازة الحاكم الشرعي وإفتراض كونه فقيراً يصير ملكاً له، وإلا فهو قبل القبض ليس ملكاً للأفراد.

قاسم الطائي (٨١)

ويمكن القول بأن المودعين أتلّفوا أموالهم وخسروها بمجرد إيداعها في البنك وصيرورتها مجهولة المالك، ومع ضمان البنك لأموالهم فالحسارة تقع عليه لا على الأفراد.

هذا وقد نناقش فكرة لزوم تطبيق عنوان مجهول المالك على أموال الدولة والبنك.

بـ

أولاً: ما دل على لزوم التصدق بمجهول المالك وكسب إجازة الحاكم الشرعي خاص بأموال الأشخاص الذين لا يعرف حالهم ولا يحرز رضاهم بإعتبار أن التصدق أقرب طريق لوصول المال الى صاحبه، ومن الواضح أن أموال الدولة ليست كذلك، إذ هي أما ليست ملكاً لأشخاص قد تركوها أو أنهم حينما تركوها فهم راضون بالتصرف فيها، ومعه.

فأموال البنك أما هي أموال الدولة، وهي ليست ملكاً للأشخاص أو أموال المودعين، وهم يرضون بالتصرف بها، ومعه فلا ينطبق عليها أحكام مجهول المالك، من لزوم التصدق، أو الإختصاص بالفقراء، أو كسب إجازة الحاكم الشرعي، وقد ورد في صحيح يونس ((رفيق لنا بمكة فرحل منها الى منزله ورحلنا الى منازلنا، فلما ان صرنا في الطريق اصبنا بعض متاعه فأبي شيء نصنع به؟ قال تحملونه الى الكوفة، قلنا لسنا نعرفه ولا نعرف بلده كيف نصنع؟ قال: إذا كان فبعه وتصدق بثمنه، قال له على من جُعلت فداك قال: على أهل الولاية^(١) وهي عن الرضا (عليه السلام)

(١) الوسائل ج ٢٥ ب ٧ من ابواب اللقطة ص ٤٤٩ وغيرها في نفس الباب

أو صحيحة هشام بن سالم التي ورد فيها: ((كان عند أبي أجير يعمل عنده بالأجرة ففقدناه وبقي من أجره شيء ولا يعرف له وارث؟ قال: فأطلبوه، قال: قد طلبناه فلم نجده، قال فقال، مساكين—وحرك يده— قال: فأعاد عليه، قال: إطلب وأجد فإن قدرت عليه والا فهو كسبيل مالك حتى يجيء له طالب، فإن حدث بك حدث فأوصي به: إن جاء له طالب يدفع إليه^(١)

وهذه التعابير ناظرة الى اموال الاشخاص الذين لا يُعرف خبرهم ولا يدري هل يرضون بالتصرف فيها أو لا؟ واين هذا من أموال الدولة والبنك فإنها ليست كذلك كما هو واضح.

والفرق بين الرواتين، أن الأولى ناظرة الى مجهول المالك والثانية لمعلوم المالك، والا لو كان مجهول كالأولى، للزم التصدق به.

ثانياً: ما ورد في جوائز الأجراء والعمال من جواز أخذها بلا حكم بإختصاصها بالفقراء، أو لزوم التصدق بها، وهكذا ورد ما يدل على جواز الشراء من العمال والأجراء. بالرغم من أن أموالهم هي أموال الدولة فلو كان يطبق عليها عنوان مجهول المالك، فكيف حكم الأمام (عليه السلام) بالجواز من دون إشتراط لكسب الإجازة او كون المشتري فقيراً أو التصدق بها.

وهاتان الروايتان وغيرها كما إستعرضناه في كتابنا مجهول المالك، إن دل على شيء فإنما يدل على ان أموال الدولة ومرافقها لا يتعامل معها معاملة مجهول المالك.

(١) الوسائل ب٦ من ميراث الخنثى ح١

وأنظر صحيحة معاوية بن وهب^(١) وصحيحة محمد بن مسلم ووزارة^(٢) وقد أفتى الفقهاء على طبقها.

وقد يناقش فيهما: لعل جواز التصرف الذي حكم به الامام (عليه السلام) هو من جهة أن الأموال المذكورة مجهولة المالك، ولكنه (عليها السلام) أجاز التصرف فيها؛ إذ لا يلزم أن يقول (عليه السلام) للسائل بشكل صريح أنني قد أجزت لك التصرف، بل تكفي الإجازة الضمنية المستبطنة، ومعه لا دليل يدل على أن الروايات المذكورة تدل على عدم إنطباق عنوان مجهول المالك على أموال الدولة.

وجوابه: أن هذا تام لو فرض ان الروايات خاصة بزمان الحضور فلو كان مقصوده (عليه السلام) من القول جواز العمال لا بأس بها، النظر الى خصوص زمانه باعتبار أنه قد أجاز فيتم ما ذكره.

ولكن من الواضح أن الروايات مطلقة لكل زمان كما فهم الفقهاء ذلك، وهم يصرحون أن جوائز العمال يجوز أخذها في زمان الغيبة بلا حاجة الى كسب إذن من الحاكم الشرعي^(٣)

كما يمكن ان يقال: ان الأموال لو كانت مجهولة المالك لا يستدعي ذلك الإجازة منه (عليه السلام) وحيث لم يجز يعلم أنها ليست كذلك. كما ويمكن أن يكون للعمال موارد مالية غير راجعة الى الدولة، وهنا يمكن اخذها، ولا يصح لمن كانت كل أمواله من الدولة حيث لا يصح تطبيق قاعدة اليد في حقه.

(١) الوسائل ب ٥١ ما يكتسب به - ح ٥

(٢) الوسائل ب ٥٢ ح ٦

(٣) فقه البنوك ص ٩٠ - ٩٢ - باقر الإيرواني

مؤيدات عدم التعامل مع أموال الدولة ومنها البنك معاملة مجهول المالك والتي

منها:

المؤيد الأول: أن تشكيل مرافق الحكومة لكل بلد ومنها البنوك قضية ضرورية لا يمكن الإستغناء عنها وتشكيلها كالحكومة أمر ضروري، إذ لابد للناس من أمير بر أو فاسد كما هو مضمون قول الأمير (عليه السلام)

وموقف الشريعة من تأسيس البنوك يدور بين إحتتمالات ثلاث:

الأول: رفض تأسيس البنك من الأساس.

الثاني: تمويل هذه البنوك مع تطبيق فكرة مجهول المالك عليها بحيث لا يجوز التصرف في هذه الأموال إلا معلقاً على الإذن من الفقيه الجامع للشرائط.

الثالث: قبول تأسيسها وإلغاء التعامل مع أموالها تحت عنوان مجهول المالك، وبطلان الأوليين بعين الإحتتمال الثالث.

أما بطلان الإحتتمال الأول لأن تأسيس البنوك حالة حياتية ضرورية لا يمكن ان تحدث حركة إقتصادية مالية في زماننا بدونها ولا يحتمل

في حق الإسلام وشريعته لخالدة أن يرفض ما هو ضروري حياتياً، بل الاسلام لايرفض أية فكرة تخدم المجتمع الإنساني وتطور أدائه الإجتماعي نعم يتدخل فيما يكون تقنياً لعمل هذا الشيء بحيث لا يخالف الثوابت الإسلامية العامة أو يتجاوز عليها.

أما بطلان الإحتتمال الثاني: أن تطبق فكرة مجهول المالك على الأموال العامة إذا لم ترد عليها الإشكالات المتعددة ما ذكرته وما لم اذكره لأنها في نظري ليست إشكالات

والتي منها لزوم عدم وجود بعض عناوين، كعنوان سهم الإمام أو سهم السادة وما شاكل ذلك، ويصبح الكل - الأموال الموجودة والمنقولة الى البنوك من مجهول المالك، فإنه يحل المشكلة، من الناحية الفردية دون الإجتماعية -المجتمعية والعالمية- والإسلام جاء كنظام للدولة بل وللعالم ولا يصح النظر اليه من الزاوية الفردية الضيقة، واليك بعض الأمثلة.

المثال الأول: ان الأصوليين ذكروا من مقدمات دليل الإنسداد للوصول الى حجية مطلقة الظن بان باب العلم والعلمي - الظن المعتمد- منسداً أي لا يوجد علم وخبر الثقة ليس بحجة، وما دام منسداً فيتعين المصير الى حجية الظن إذ لولا حجية الظن، أما أنه يجب الاحتياط أو البراءة جارية في كل مورد شك في ثبوت الحكم له.

وكلاهما باطل: أما الإحتياط فلزومه العسر والخرج.

وأما اصل البراءة، فالأنه يلزم أن يكون مجموع الدين مركباً من براءات فكل حكم تجري فيه البراءة وهو أمر غير محتمل في الدين - كلاً أو بعضاً- أن يكون عبارة عن البراءات.

وأشكل على الأول: ما المانع من أن يكون المرجح هو الإحتياط، وإن كل قضية شك فيها المكلف يقال له عليك بالاحتياط ما دام لا يلزم منه في حقك العسر والخرج وإذا لزم فأرفع يدك عن الإحتياط وخذ بالبراءة وبناء عليه لا تصل النوبة الى حجية الظن فلا ينحصر الأمر في حجية الظن.

والجواب عنه: إن نظام الإسلام العالمي لا يمكن في حقه ان يكون مبنياً على الإحتياط بالشكل المتقدم فإن ذلك ممكن ومحتمل في حق بعض الأفراد أو مع التنزل في حق جميع الأفراد، ولكن النظام العالمي لا يحتمل فيه أن يكون مبنياً على ذلك.

المثال الثاني: قاعدة (لا ضرر) فإن معظم الفقهاء فسروها بنفي الحكم الضري فمعنى لا ضرر انه لا يوجد في الإسلام حكم مبني على ضرر، فكل حكم متى ما لزم من أدائه الضرر فهو مرفوع، كما في وجوب الوضوء أو الغسل حيث يرفع إذا لزم منه الضرر ويصار الى التيمم.

واشكل عليه: بلزوم تخصيص الأكثر أو لا أقل الكثير، فإن كثير من أحكام الإسلام مبنية على الضرر كالخمس والزكاة والكفارات والحج والجهاد حيث يلزم منها الضرر المالي والبدني.

والجواب عنه: بعدة اجوبة ذكروها.

منها: أن ما ذكره هي أحكام مبنية على الضرر ومؤسسة عليه من البداية وقاعدة لا ضرر منصرفة عن مثل هذه الأحكام.

وهو غير تام: لعدم صحة الإشكال من الأساس إلا أنه قائم على ملاحظة الأسلام كدين ونظام للأفراد وأما إذا نظرنا اليه كنظام دولة ومجتمع وعالم فمن الضروري وجود مثل هذه الأحكام إذ المجتمع بلا ضرر - كالضرائب - يعيش من خلالها الفقراء لا يستقيم وكذا لو كان بلا قانون للقصاص ولا يستقيم فهذه الأمور فهذه الأمور تعتبر نفع للمجتمع لا ضرراً عليه، بل عدمها نقص في النظام، وعليه فلا مجال للاشكال من الأساس.

والصحيح ان بطلان فكرة مجهول المالك وعدم إمكان تطبيقها على أموال الحكومة إنما يكون لعدم إمكان تطبيق أدلته في مورد اموال الدولة ومصادرها، وان أمكن تطبيقه في نطاق ضيق وهو فيما لو كانت المعاملات من الجهة الرسمية غير شرعية في أنفسها، وأخذ بعض الضرائب الحكومية من دون مسوغ شرعي ولكن مع ذلك لا تتبعه النتيجة النهائية في أن يعامل مجموع المال معاملة مجهول المالك.

كم انه مبني على ضيق افق الفقيه القائل به، وإنه تخيّل أو حصر موارد الدولة في هذا النطاق أو في نطاق معاملاتها مع الأفراد ولم يلتفت الى وجود مصادر أخرى للثروة في البلد.

على ان تطبيق الفكرة يعقد مسألة التعامل مع البنوك بدلاً من أن يسهلها ومذاق الشارع مبني على السير والسهولة.

ودعوى ان الحاكم الشرعي يجيز العمل مع المؤسسات وفيها من الأول إجازة عامة يسير نظام البنوك على ما يرام غير سديدة، لأن إجازة الفقه ليست بأولى من إجازة الشارع للتعامل مع البنوك دون تطبيق الفكرة لمجهول المالك حتى لا يقع المكلفون في محذور العسر والحرج، إذ لا يتيسر لكل أحد أخذ الإجازة من الحاكم الشرعي أو معرفة أنه أجاز بشكل عام لكل أحد على أن الإجازة تعني إلغاء مجهول المالك بالمرّة، فلا مجهول المالك ليتم التعامل مع أموال الدولة وفق ضابطته.

نعم قد يقال: كما نُقل عن الخوئي (قده) أن القول بمجهول المالك لأموال الدولة من جهة المصلحة في الجعل لا في المجعول وإلا فالأموال ليست من باب مجهول المالك كما يشهد ذلك بعض الفتاوى والبيانات الصادرة منه (قده) ^(١)

المؤيد الثاني: لا شك في أن حكومة اسلامية قد تشكلت في عصر رسول الله (صلى الله عليه وآله) وبعض المعصومين (عليهم السلام) ومن البعيد ان تلك الحكومة لم تكن مالكة أو بحاجة الى الإجازة من المعصوم (عليه السلام) لتصحيح تصرفاتها، وإذا ثبت ذلك في حكومة المعصوم (عليه السلام) فقد يسرى لك الى كل حكومة عادلة بإعتبار عدم إحتمال الفرق بل ربما يمكن لتعميم الى مطلق الحكومة ولو كانت غير عادلة.

وقرب ذلك: إن الموقف إذا كان يتغير من حكومة المعصوم (عليه السلام) الى حكومة غيره من أهل الظلم والجور لأنعكس ذلك على أصحابهم ولسألوا عن الوقف الشرعي أو أشار الأئمة (عليهم السلام) الى ذلك إذ ما أكثر أن يختلط الإنسان بأشخاص يعيشون على أموال الدولة، وعدم إنعكاس ذلك يدل على عدم الفرق من هذه الناحية. وقد تسأل عن جعل هذا مؤيداً لا دليلاً:

فإنه يجاب: لوجود إحتمال أن تكون الدولة غير مالكة حتى في عصر المعصوم (عليه السلام) غايته قد أجاز (عليه السلام) جميع التصرفات. أو يقال أنها وإن كانت مالكة ولا يحتاج تصرف موظفيها الى الإجازة إلا ان تعميم ذلك الى بقية الحكومات بدعوى القطع بعدم الفرق أمر مشكل.

(١) مالكية الدولة ومجهول المالك للمؤلف ص ١٥٩

والصحيح أن الحكومة مطلقاً غير مالكة سواء أكانت عادلة أم غير عادلة وبيننا ذلك مفصلاً في كتابنا مجهول المالك، ويرشد الى ذلك الى بعض الرويات من قبل كلام الأمير (عليه السلام) الى أخيه عقيل وكيف وهي أموال المسلمين.

والمعنى أنها مملوكة لبيت مال المسلمين، والحكومة قائمة عليها، وتصرفاتها في أموال بيت المال نافذة وصحيحة، كيف لا تكون كذلك والمعصوم هو القائم عليها بنفسه. وعليه فالقول لأحتمال أنها غير مالكة حتى في عصر المعصوم، لا حاجة له لأنها غير مالكة قطعاً، لا على نحو الإحتمال، والبحث ينبغي أن يتوجه الى صحة تصرفات الحكومة وإمضائها شرعاً لا في ملكيتها للأموال، وعليه يكون السؤال في تسرية صحة تصرفات الحكومة العادلة الى غيرها من الحكومات غير العادلة.

وأما انعكاس ذلك على اصحاب الأئمة (عليهم السلام) وسؤالهم عن الموقف الشرعي فهذه المسألة موجودة؛ إذ تكثر السؤال منهم في مناسبات عديدة عن موقفهم من التعامل مع السلاطين، وكيفية التصرف بالأموال الواصلة إليهم وهناك العديد من الروايات المثبوتة في الوسائل، كتاب التجارة ج ١٢، وقد ذكرنا بعضاً منها في إستعراض روايات مجهول المالك في كتابنا مجهول المالك فراجع.

نعم، يمكن أن يقال بأن الأئمة (عليهم السلام) لم يشيروا الى ذلك إبتداءً من باب التقية التي كان يعيشها المعصوم (عليه السلام) من باب التسهيل على الأصحاب وعدم إيقاعهم في العسر والحرج، وهذا واضح.

مضافاً الى ان عدم الإنعكاس لو ثبت، فإنه لا يدل على عدم الفرق، لأحتمال دلالاته على قلة التدبر وضعف الألتفات الى هذا الفرق أو لعدم إرادة ذلك كي لا يوقع

الأصحاب أنفسهم في إلتزام جديد، أو لأرتكاز الفرق عندهم بما لا حاجة الى السؤال عنه أو لتوفر الدواعي الكثيرة لأخفاء هذا الأمر من قبل مبغضي أهل البيت (عليهم السلام) أو غير ذلك

المؤيد الثالث: ان إيداع الأفراد لأموالهم في المصارف أمر مُتعارف في زماننا وهم يجيزون التصرف بها من قبل البنك فيدفعها الى آخرين أو يضارب بها أو يعمل ما يراه البنك مناسباً لسياسته المالية، والإجازة ليست مطلقة بل هي مشروط لضمان المثل، وعلى هذا فكل مال يؤخذ من موظفي البنك يُحتمل أنه من ذلك المال الذي أجاز صاحبه التصرف فيه ومعه فلا يلزم التصديق مباشرة أو بإجازة من الحاكم الشرعي لأن ذلك خاص بحكم مال مجهول المالك والعنوان المذكور لا يحرز إنطباقه على المال المأخوذ من الموظف فلا نطبق أحكامه آنذاك بل مقتضى الأصل عند الشك عدم صدق العنوان المذكور وهذا المؤيد يستبطن وجود نسبة من المال المجهول المالك في أموال البنك.

وحيث لم يحرز إنطباق المأخوذ من المال على عنوان مجهول المالك لقلّة نسبة المال المجهول المالك الى الأموال المودعة مع إذن اصحابها فيكون المورد من جريان الاصل، وبهذا فالمؤيد لم ينف مجهول المالك ولكنه يحكم بالتعامل مع المال لها بهذا العنوان لعدم الإحراز.

ويرد عليه:

أولاً: ان الأذن من قبل المودعين قد يكون للبنك خاصة لا للموظفين وليس للبنك أن يجيز التصرف بهذه الأموال للغير، ومع الشك فالأصل للعدم.

ثانياً: أنه لو تم فإنه يتم لعدد قليل ومحدود من هم متسرعة ومتفقهون ويبقى الأعم الأغلب غير ملتفت الى ذلك بل يودع أمواله في البنك والإيداع في العرف البنكي يعني الإقراض، اي يملك البنك شرط ضمان المثل.

ثالثاً: إن إجازة البنك لآخرين في التصرف بالأموال المودعة يعني الالتزام بالشخصية المعنوية - الحقوقية- للبنك والا فكيف يجيز ويتعامل فإذا لم يلتزم بهذا فلا محيص من إجازة الحاكم الشرعي لتصحيح التصرف وعدم الإكتفاء بإجازة اصحاب الأموال.

رابعاً: يفترض المؤيد ان معظم مالية البنك من قبل الإيداع مع الإجازة حتى تتخلص من إشكالية مجهول المالك والأمر ليس كذلك، والأمر ليس كذلك، وان واردات البنك من الدولة التي مصادرها متعددة للمال.

نعم تبقى نسب معتدّ بها من المعاملات الجارية مع المتعاملين في غير نطاق المعاملات الشرعية، وربما تكون نسبتها أكثر من نسبة الإيداع وعليه فلا يحرز إنطباق العنوان وأنه غير مقطوع به وربما لهذا أو غيره جعل هذا مؤيداً لا دليلاً. وقد يأتي مزيد بيان عن الإيداع في مستقبل البحث.

خامساً: ان هذا لو تم فإنما يتم في مجهول المالك لأفراد المودعين وليس مجهول المالك بعنوان أموال البنك، وهذا ما أشارت اليه الراويات.

وعلى هذا لا يمكن تطبيق فكرة مجهول المالك على اموال الدولة لعدم إمكان تطبيق أدلته على هذه الأموال التي تحت تصرف الحكومة وإذا أمكن تطبيقه فإن ذلك في نطاق ضيق لا يجعل النتيجة كذلك على ما تقدم.

ولم يلحظ في الروايات ما دل على ان الشارع قد طبق فكرة مجهول المالك على الأموال المأخوذة من الدولة في زمن المعصوم (عليه السلام) لغير دولة المعصوم وهو ما يسمى بزمن الهدنة.

الى هنا تبين ما يلي:

أولاً: لا يمكن تطبيق فكرة مجهول المالك على أموال الدولة والتي هي تحت تصرفاتها.

ثانياً: أن عنوان الحكومة غير مالك وإن عنوان الحكومة غير مالك وان إندرج تحت مطلق العنوان الذي قلنا بملكيتته للأموال، وعنوان الحكومة غير مالك للأموال لا عنوان ولا معنوياً.

أما من ناحية العنوان فهو سنخ عنوان متقوم بالولالية والحاكمية ولا معنى لأضافة الأموال اليه على نحو الملكية.

وأما من ناحية المعنون فالأعراف العقلائية الجارية الآن على عدم ملكية الحكومة للأموال التي تحت تصرفها، ومعنى ذلك أن عنوان الحكومة خارج تخصصاً عن عموم العنوان الذي قلنا بملكيتته.

ثالثاً: إذا لم تكن مالكة للأموال، فهل هي مالكة للتصرف أو لا؟ ويكون تصرفها غير مشروع كما أن ولايتها غير مشروعة وبالتالي يصبح التعامل معها من منطلق الحكم على الأموال فيها بأنها مجهولة المالك يتوقف التصرف بها على إجازة الحاكم الشرعي، وقلنا بأنها ليست بأولى من إجازة الشارع.

وإذا كانت تملك التصرف فهل هناك مجوّز شرعي لهذا التصرف بحيث يمكن أن نفكك بين ملكية الأموال وملكية التصرف فلا تصح الأولى وتصح الثانية وقد سمي ذلك في لسان البعض بالملكية البرزخية ما بين ملك الأموال وعدم ملكها مطلقاً حتى التصرف بها وتسمى بالملكية التنزلية.

رابعاً: ان عنوان بيت المال هو غير عنوان الحكومة وهو يملك بأسباب التمليك الشرعية كالحيازة والأحياء ونحوها من الاسباب، فإستخراجها للمعادن بقصد الملكية العامة للمسلمين، وان القائم على هذه العملية هي الحكومة الوضعية فإن ذلك لا يمنع ان تكون هي المنجزة والمستخرجة بقصد الملكية العامة كبيت المال لعدم إرتباط ذلك بالولاية والتسلط فلا مانع شرعي من ذلك.

وعلى كل فلا بد من إقامة الدليل على صحة تصرفات الحكومة بالأموال التي تحت حوزتها طبقاً لما مر بأننا نتكلم على فرض واقعي هو كون الحكومة غير شرعية. ان هنا موارد عديدة فقهية في أبواب متعددة قد أفتى الفقهاء بصحتها وجوازها مع أن الطرف الآخر الذي تقع معه المعاملة هو جهة الحكومة غير الشرعية في زمن الهدنة بعد إنحسار حكومة المعصوم (عليه السلام) والتي إنتهت بترك الامام الحسن (عليه السلام) خلافة المسلمين.

ومن هذه الموارد التي أجازها الشارع المقدس نستكشف من باب الملازمة صحة تصرفات الحكومة مع كون عملها محرماً أي انه تفكك بين الجواز الوضعي والجواز التكليفي في الأول من باب التسهيل النوعي على المكلفين وعدمه في الثاني لحرمة العمل مع الظلمة السلاطين. والموارد هي:

المورد الاول: قبول هدايا السلاطين الظلمة وعمالهم.

المورد الثاني: الولاية من قبل الجائر

المورد الثالث: جواز شراء أموال الخراج والمقاسمة والزكوات.

وتفصيل ذلك قد تقدم منا في كتابنا مالكية الدولة ومجهول المالك فلا نعيد^(١)

وقد يقال كما قيل بالتفرقة بين الحكومة والبنك من جهة أن الحكومة حينما تتصرف لا تتصرف بنحو الإستقلال، فلو دفعت الى شخص بعض الأموال فالدافع سواء كان رئيس الدولة أو أحد الموظفين— فإنه لا يرى نفسه مالكاً لذلك المال بل يرى ان المالك عنوان الدولة، ولكنه يتصرف بعنوان الولاية والنيابة؛ وآذاك يأتي الإشكال، وهو ان الولاية له كيف ثبتت وهو ليس بمنصوب لذلك شرعاً. فلذلك يطبق على تلك الأموال حكم مجهول المالك.

وهذا بخلافه في البنك فإن أصحاب البنك لا يتصرفون بعنوان النيابة أو الولاية، بل هم أصحابه الحقيقيون ويتصرفون بنحو الإستقلال ومعه فلا إشكال^(٢)

وفيه: ان الأموال الموجودة في البنك هل هي ملك الأشخاص المؤسسين له أو الأمانة عليه أو انها ملك العنوان—عنوان البنك—

والأول غير صحيح لأن لازمه أنه لو مات أحد اصحاب البنك إنتقلت حصته الى ورثته، وهذا ما لا يمكن الإلتزام به.

(١) مالكية الدولة ومجهول المالك — للمؤلف صفحات متعددة
(٢) أحكام البنوك ص ١٤ محمد اسحاق الفيض

إلا ان الجواب غير تام لأنه في المصرف الأهلي وظاهر كلام الشيخ في المصرف الحكومي، ولكن يرد عليه أنهم لا يتصرفون بنحو الإستقلال بل بنحو أنهم موظفوا الحكومة، يكون تصرفهم تصرف الحكومة وهي لا تتصرف بالإستقلال.

وان قيل: هو عنوان والعنوان قابل لتملك الأموال الموجودة في البنك ولا دليل على ثبوت ملكية هذه الأموال للعنوان المذكور.

لأننا لا نسأل عن دليل الإمكان بل عن دليل الوقوع والتحقق.

ويناقش: بأن دليل الإمكان يكفي لمالكية العنوان واما دليل الوقوع فقد لا يقع على نحو دليل الإمكان، لأنه يمثل إنجاز الحكم وإمتثاله فقد يكون إمتثاله خاطئاً إذ هو متفرع من الإمكان وليس مستقلاً عنه.

والموظف حينما يدفع مقداراً من المال بعنوان القرض للطرف الآخر فلا يتحقق القرض، ولا يصير الطرف الآخر مقترضاً ومالكاً إلا إذا كان الدافع للمال هو المالك أو متولياً عنه، وهذا يصدق في المصرف الأهلي لا الحكومي إذ كلاهما مفقودان فإن الموظف ليس مالكا للمال وهذا واضح، وليست له ولاية عن هيئة الرئاسة.

وإذا قيل هم ينصبونه وكيلاً عنهم.

فإنه يقال: التنصيب عن اشخاصهم وعن عنوان الهيئة؟

والأول واضح البطلان لعدم كونهم ملاكاً لينصبوا وكيلاً عنهم فيتعين الثاني - أي ينصبونه عن العنوان، وحينئذٍ يرجع التساؤل من جديد فيقال من اين لهم الحق في نصب وكييل عن عنوان الهيئة.

ونفس الأمر يقال فيما لو أراد الشخص الدفع الى البنك فياتي نفس ما تقدم، فيقال: هل تدفع الأموال الى أشخاص الهيئة وهذا لا معنى له؛ لأن الدافع لا يريد أن يقرض الاشخاص، وان أراد قرض عنوان الهيئة فلا يوجد ممثل شرعي لها ليكون بمثابة تسلم الهيئة وتملكها^(١)

ولا فرق فيما ذكر بين ان يكون البنك حكومياً أو أهلياً بعد كون الدفع الى البنك ليس دفعاً الى الأشخاص القائمين عليه.

وهكذا الأخذ منهم ليس أخذاً من الأشخاص، ولا معنى للتمسك بمسألة التوكيل، فإن لازم ذلك لو أخذ من البنك الأهلي شيئاً من المال بعنوان القرض ومات أحد أعضاء الهيئة المشرفة أو الملاك بطل القرض ولزوم مراجعة الورثة وما شاكل ذلك.

وفيه: بعد تصحيح تصرفات الحكومة والبنك مفردة من مفرداتها فيكون تصرف القائمين عليه تصرفاً صحيحاً فيصح الإقراض والإقتراض بلا حاجة الى ضم الإذن الشرعي بعد إمضاء الشارع لتصرفات الحكومة تسهيلاً على المؤمنين.

وأما ما ذكره شيخنا الفياض من التفرقة بين الحكومة والبنك فقد ناقشناه مفصلاً في مالكية الدولة صه؛ فراجع.

وقلنا بأن الحكومات ذات شخصية مستقلة معنوية كما عليه الإعتبار العقلائي والسياسي وفي جميع دول الأرض ولكنها لا تملك وإنما هي جهة لها حق الإشراف والرعاية على المصالح العامة ومنها أموال الدولة والبلد بصفة كونها راعية وقيمة للأموال

(١) فقه البنوك ص ٦٨ - ٧٠ محمد باقر الإيرواني

لأن عنوان البنك عنوان خاص لا يستطيع إدارة شؤونه، فالإعتبار العقلاني قائم على إعتبار الشخصية المستقلة لكليهما.

كما أنه لم يذكر وجه كون عنوان البنك شخصية مستقلة وعنوان الحكومة شخصية آية مع إننا نقطع بأن شخصية الحكومة مستقلة تصلح أن تقع طرفاً في القضية على حد سواء في الموضوعية والمحمولية فيقال حكومة قوية ويقال إجراء حكومي أو تدابير حكومية وعلى هذا فهي كالبنك تملك إذا كان المناط هو الإستقلالية بالمعنى الأصولي للمفهوم إذا كان مراده من الإستقلالية والآلية ذلك.

وما ذكره مناطاً لشخصية الحكومة من الولاية أو الوكالة إنما هو مناط لمشروعيتها في تولي السلطة وليس هو مناط وموضوع لشخصيتها وعنوانها فإن الحكومة سنخ عنوان متقوم بالولاية والحاكمية على الغير، ولذا قلنا هو عنوان خارج تخصصاً عن مالكية العنوان، ومجرد مشروعيتها لا يبرر تصرفاتها إذ لا ملازمة بين الأمرين فيما هي غير مالكة له أي إذا لم تكن مالكة للأموال بالفعل.

الدولة والبنك ليسا مالكين.

هكذا يقال مع ان مالكية العنوان أمر ممكن وقد أجاب بعض المعاصرين عن ذلك

ببيانين :

البيان الأول: ان مالكية الدولة والبنك وان كانت ممكنة الا انه لا دليل على الوقوع والتحقق فالمقصود من جهة الدليل على الوقوع فمثلاً لو إشتري شخص داراً من آخر صارت ملكاً له لقيام الدليل على ان الشراء موجب للملكية للعين المشتراة، وهكذا في باب الزكاة والأوقاف حيث دل الدليل في الأول على ملكية الفقراء للزكاة كقوله تعالى

((إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ)) (التوبة: من الآية ٦٠) وقوله (عليه السلام) ((للقوف على حسب ما ينفعها أهلها ان شاء الله)) حيث دل على ملكية الموقوف عليهم.

وإذا لا حظنا الدولة او البنك نقول: صحيح هما يمكن ان يكونا مالكين فإن الولة مثلاً يمكن ان تكون مالكة للمعادن والغابات وما شاكل ذلك من ثروات البلد ولا شك في إمكان ذلك، ولكن ما الدليل على الوقوع أي ما هو الدليل على أن النفط ملك الدولة، وهكذا غيره إذ لا دليل بالفعل على وقوع الملكية.

فالمشكلة في القصور في الدليل على وقوع الملكية بالفعل. وهذا ما سُمع عن السيد الخوئي (قده) حينما سئل عن وجه توقفه في الحكم بمالكية الدولة والبنك، فأجاب بأن ذلك للقصور في دليل الوقوع.

البيان الثاني: لو سلمنا بمالكية الحكومة والبنك فالأشكال يبقى من ناحية عدم وجود الممثل لهما، فالمقصود ليس من ناحية مقتضى الملكية، بل من ناحية الولاية الشرعية فالدفع من قبل موظفي الحكومة الى شخص بعض الأموال لا يصي الأخذ مالاً لأن الدافع ليس له الولاية الشرعية، فإن الملكية تحصل للشخص فيما لو فرض ان الدافع كان هو المالك أو كان ولياً شرعياً على المالك وكلاهما غير متحقق، في المقام، فإن المالك هو عنوان الدولة، وهذا الشخص الدافع ليس بمتول شرعاً، والدفع من قبل البنك لا يحقق الغرض بذلك ولا تمليك المدفوع لأن الموظف ليس له الولاية الشرعية على التصرف في أموال الحكومة، وهكذا الحال لو دفع شخصاً مالاً الى البنك كإقراض فإنه قلنا بمنزلة الإلتاف للمال لأن القابض ليس متولياً شرعياً عن الجهة ومجرد كونه جالساً في البنك لا يصيره صاحب ولاية شرعاً

وقد أشار الى ذلك السيد الخوئي (قده) في بعض فتاواه.

ويلاحظ عليه:

أولاً: مر ان عنوان الحكومة لا يملك فهو خارج تخصصاً عن عموم العنوان الذي قلناه بمليكته امكاناً.

الا ان العنوان (الحكومة) يملك درجة من درجات الملكية وهي ملكية للتصرف بالأموال العامة، فله حق التصرف فيها وضماً وان كان عملها محرم تكليفاً، والتفكيك بين الأمرين واقع في موارد فقهية عديدة فتعاملات المؤمنين مع الدولة الوضعية ممضاة من قبل الشارع تسهياً عليهم، والملكية هي لبيت المال لا لتلك الحكومات، واما تصرفاتها في بيت المال فيمضيه الولي الحقيقي من دون ان يرفع الإثم عن الوالي غير الشرعي ومن ثم بنينا على جواز تلك الدولة من دون حاجة الى الإذن من الحاكم الشرعي^(١) وقد قدمنا الدليل مفصلاً في بحث مالكية الدولة فراجع.

وعلى هذا يكون التعامل مع البنك الحكومي نافذاً وصحيحاً وإن كان في دولة غير شرعية فمن ثم الاقتراض منه بشرط الربا حرام.

ثانياً: بعد إمضاء الولي الحقيقي لتصرفات الحكومة لا حاجة الى الممثل للبنك والحكومة لتصحيح تصرفاتها، وكان ذلك الإمضاء من باب التسهيل النوعي على المؤمنين في الدولة الوضعية غير الشرعية.

نعم عمل المتولي حرام وباطل ولكن هذا غير جواز التعامل مع عنوان البنك والحكومة.

(١) انظر مالكية الدولة للمؤلف وفقه البنوك ص ٩٢-٩٣ مصطفى الأسكندري

والحاصل: أن صحة التعامل مع الدولة الوضعية بلا ضم الاذن الى ذلك كما عليه مشهور الفقهاء القائلين بمجهولية المالك للأموال العامة، وعليه تكون حال مؤسسات الدولة حال مؤسسات القطاع الخاص من حيث التعاملات التجارية حرمة وحلية على ان هذه الصحيحة لا تنفي حرمة العمل معهم والتولي لديهم بقانون ((لك المهناً وعليك الوزر) وهي صحيحة أبي داود التي يستفاد منها التفكيك بين الوضع والتكليف^(١) على ما بحثناه مفصلاً في كتابنا مالكية الدولة ومجهول المالك.

والحاصل: ان البنك مفردة ومؤسسة من مؤسسات الدولة وهو يمثل حركة المال لها في أي بلد من الأرض، وعليه يكون التعامل معه كالتعامل مع الحكومة فإن قبلنا بأن الأموال التي فيها ليست من مجهول المالك وإنما هي مملوكة (للخزينة الوطنية) أو ما يسمى بيت مال المسلمين بالمصطلح القديم وهو الصحيح على ما حققناه في بحث مالكية الدولة إن الحكومة لها الولاية والقيومية على هذه الأموال وعليه يجوز التعامل معها بلا ضم الاذن من الحاكم الشرعي بعد اذن الشارع في التعامل معها.

وضعاً وإن كان عملها محرم بمعنى أن الجواز الوضعي لا ينفي الحرمة التكليافية عليها، وعلى هذا فلا معنى للتفريق بين الحكومة والبنك كما فعل بعض الفقهاء وقد تقدم كلام شيخنا الفياض بالتفريق ونقده على ان لا يفترق الحال بين البنك الحكومي والأهلي.

(١) مالكية الدولة ص ١٨٩ المؤلف

منهجية البحث

سيتم بحث هذا العنوان - أعمال المصارف - ضمن العناوين التالية وقد اشار اليها السيد الأستاذ (قده) وهي:

أولاً: الإيداعات بأقسامها الثلاثة، الودائع الثابتة والتوفير والحساب الجاري.

ثانياً: التسليف للأفراد سواء عن رصيد سابق أو على المكشوف

ثالثاً: الإعتمادات المستندية المختصة بالإستيراد الخارجي

رابعاً: شراء الأسهم والسندات للمصارف الأخرى والشركات وبيعها

خامساً: خطابات الضمان التي يصدرها المصرف للأفراد.

وسيكون الحديث عنها ضمن عناوين مستقلة نعتد في الحديث عنها على ما

تذكره المصادر المصرفية الموثوقة^(١)

وقبل الحديث عنها لا بد من توضيح بعض المصطلحات الفقهية، لأنها ستكون

متصدرة المشهد في بحثنا هذا في الضمان والحوالة والجعالة.

أما الضمان: فهو بمعان ثلاثة:

المعنى الأول: المعنى المتداول في الفقه وهو عبارة عن التعهد بالدين للغير بحيث

تفرغ ذمة المدين بلحاظ الدائن وتشغيل بدلها ذمة الضامن.

بذلك المدين للدائن، فلو كان شخص مدين لشخص آخر بألف دينار، وجاء ثالث

وقال للدائن، أنا ضامن لك دينك الذي لك في ذمة المدين، وبهذا تفرغ ذمة المدين، ولا

يتمكن الدائن من الرجوع على الدين حيث إشتغلت ذمة الضامن له.

(١) ما وراء الفقه ج ٤ ص ٥٥ - الشهيد الصدر الثاني (قده)

وقد تسأل هل للضامن الرجوع الى المدين؟

والجواب نعم إذا أدى الدين للدائن وكان ذلك الضمان يطلب منه وبهذا يكون الضمان هنا عبارة عن نقل ما في الذمة الى ذمة الآخر.

المعنى الثاني: ما عند فقهاء العامة من ضم ذمة الى ذمة. فحينما يضمن الثالث، فلا تصير ذمة المدين بريئة وغير مشغولة للدائن بل تبقى مشغولة له غاية الأمر أنه سوف تشتغل ذمة الضامن — ذمة ثابتة — للدائن، وبهذا يتمكن الدائن من الرجوع الى ايهما شاء، وهذا باطل عندنا

المعنى الثالث: ما هو المصطلح عليه بين العقلاء في وقتنا الحاضر يقول الدائن للمدين لا اقرضك إلا بأن تأتي بضامن، يتعهد أنه لو لم تسلم المال الى الدائن في وقته المحدود يكون الضامن ملزماً بالتسليم.

وهذا المعنى يغاير المعنيين السابقين، وهذا الإلزام للضامن تكليفي لا وضعي.

وأما مشروعية هذه المعاني فنقول

أما المعنى الأول للضمان، فمشروعيتها مسلمة وتدل عليه صحيحة عبد الله بن سنان التي رواها المشايخ الثلاثة بطرقهم الصحيحة عن أبي عبد الله (عليه السلام): ((رجل يموت وعليه دين يضمنه ضامن للغرماء؟ فقال إذا رضى به الغرماء فقد برأت ذمة الميت^(١)).

ودلالاتها واضحة حيث قال (عليه السلام) فقد برئت ذمة الميت أي وأشتغلت ذمة الضامن، وإلا فلا يحتمل براءة كلتا الذمتين.

(١) وسائل الشيعة ب ٢ من أبواب أحكام الضمان ، ح ١

قاسم الطائي (١٠٣)

وأما الضامن بالمعنى الثاني: فالمعروف بين فقهاءنا عدم مشروعيته حتى وان صرح بإرادته كما لو قال الدائن أريد الضمان بهذا المعنى بحيث تشتغل ذمة المدين والضامن كليهما، وهنا يكون الضمان باطلاً بالرغم من هذا التصريح.

إلا أن السيد اليزدي (قده) قد ذكر في العروة إمكان تصحيحه من خلال العمومات، بإعتبار أن هذا نحو من العقد المشمول للعمومات ((أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)) (المائدة: من الآية ١)

والعمومات لا تشمل ما هو مفروض من بطلانه وكون ذلك من الأمور المسلمة.

وأما الضمان بالمعنى الثالث: فيمكن تصحيحه بوجهين.

الوجه الأول: السيرة العقلائية، فهي منعقدة عليه بالوجدان ولا يحتمل كونها حادثة بعد عصر المعصوم (عليه السلام) فيثبت الإمضاء وأما تقريب معاصرتها: هو القطع الوجداني الناشيء من ملاحظة أن حياة العقلاء بما هي تقتضي هذا النحو من الضمان فالمجتمع لا يتمكن أن يسير بلا تعثر إلا بإفترض ذلك، فكثيراً ما تحدث مشاكل بين طرفين يحتاج في حلها الى ضامن يتعهد بدفع نفقة الزوجة مثلاً، لو لم يقم الزوج.

وهذا من لوازم حياة العقلاء.

الوجه الثاني: التمسك بعموم ((أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)) فإنه لا مانع من شموله لمثل ذلك بعد ان كان عقداً وتعهداً عقلائياً مقبولاً^(١)

(١) فقه البنوك ص ١٤٤ - ١٤٨ يوسف أحمد الأحسائي تقرير بحث الإيرواني

هذا إذا وقع ضمن المعاملة وإلا كان إبتدائياً لا يجب الوفاء به بل يستحب، إلا أن يقال بأن مثل هذه التعهدات مثل ذات المسؤولية الكاملة تشبه عرفاً وعقلاً أية معاملة أخرى فيمكن ان يقال بأنها ليست من الوعد الإبتدائي بل تكون مشمولة للعمومات الملزمة كقوله (عليه السلام) المؤمنون عند شروطهم وغيره^(١)

والضمان متحقق في المصارف على اشكال مختلفة، وهو بمجرد لا إشكال فيه فقهيّاً، ومن المستويات الموجود فيها الضمان.

المستوى الأول: أن المصرف قد يأخذ ضمانات وتعهدات على الحساب الجاري المكشوف، من قبل مصارف أخرى وطنية أو أجنبية أو مؤسسات أو شركات.

المستوى الثاني: الشيك المعتمد أو المصدق، وهو ما تعهد المصرف بدفعه وهو نحو من الضمان والكفالة بهذا المعنى، وإذا تم الدفع أمكن للمصرف إستيفاء قيمته من حساب الساحب.

المستوى الثالث: خطابات الضمان، وهو التعهد الذي قد يصدره المصرف لصالح جهة معينة، بدفع مبلغ معين لدى الطلب نيابة عن طالب الضمان عند عدم قيام الطالب بالتزامات معينة في صالح المستفيد.

وهذا يكون عادة تجاه المقاولات التي فيها غرامات جزائية عن التأخير أو الغش أو نحوهما فيتعهد المصرف بدفعها بطلب من المقاول نفسه ثم يستردها من حسابه.

(١) ما وراء الفقه ج ٤ ص ٩١ - الشهيد الصدر (قده)

المستوى الرابع: الإعتماد المستندي وه عقد يتعهد المصرف بمقتضاه بفتح إعتماد لصالح المستفيد بناء على طلب الآخر بفتح الإعتماد، بضمان مستندات تمثل بضاعة منقولة أو معدة للنقل، وهو نوع من الكفالة للمصرف الخارجي.

وكلها لا تمر على المصرف بالمجان بل لا بد ان يستوفي المبلغ من الآخر بإصدار الضمان، وقد تكون مجانية كل ما في الأمر التسهيل على الجهة المستفيدة المضمون لصالحها بأن تطمئن أولاً، ويمكنها تسلّم المبلغ في وقته تماماً فيما إذا كان طالب الضمان مسافراً أو غير ذلك بحيث لا يتيسر له الدفع الفوري فضلاً عما إذا كان مشاكساً أو سارقاً.

وقد اشار بعض الفقهاء إن أمثال هذه الضمانات جائزة فقهياً، وهذا صحيح، إلا أنه أشار الى انه لا يجب الوفاء به من قبل المصرف إلا إذا وقع في ضمن المعاملة ملزمة أو لازمة، بالإصطلاح الفقهي كالبيع والإجارة أو القرض؛ وقد أشرنا الى كونه مشمولاً للعمومات الملزمة خصوصاً إذا وقع ضمن تعهدات ذات مسؤولية متكاملة والتي تشبه عرفاً وعقلائياً اية معاملة أخرى وعليه فهي ليست وعداً إبتدائياً.

واما جواز أخذ العمولة أو الريح تجاه هذه الضمانات أو التعهدات فهو ناتج عن عدم كون هذا الربح ربوياً فإذا لم يكن ربوياً كان جائزاً فقهياً.

والقول: بأنه من الريح الربوي بتقريب أن المال الذي يدفعه المصرف إنما هو إقراض لطالب الضمان ووفاء هذا الرجل لدينه إذا صحبته الزيادة كان ذلك من الربا مدفوع بأن الفائدة ربوية مما يمكن مناقشته ب:

فقه المعاملات المصرفية (١٠٦)

أولاً: يتوقف على قصد القرض من قبل المصرف وهو ان كان راجحاً الا أن له وجوه أخرى كالوفاء بدل المديون، فإن طالب الضمان مدين لجهة أخرى هي المستفيدة، ولأي فرد ان يقضي دين فرد آخر بطلبه أو بدونه، وليس هذا من الإقراض بشيء، وإن لم يكن إقراضاً كان الربح عليه جائزاً.

ثانياً: أن هذا يندرج في الأجر على قضاء الحاجة للغير لا بقصد المجانية وهو أمر جائز مالم ينص على خلافه - أي حرمة فقهيّاً - وهي الفائدة الربوية - وأما إذا لم نعلم بكونها ربوية أو كانت لها وجوه أخرى من الفهم الفقهي لم تكن محرمة وهذه الأجرة تختلف عن الفائدة الربوية بأمر منها.

أولاً: أن هذا الضمان غير أكيد الدفع وإنما يوقع على تقدير عدم دفع المديون بخلاف القرض الذي تحرم فيه الفائدة الربوية فإنه مستحق بكل صورته.

ثانياً: أن الذي يقبض المال من الضامن -المصرف- هو المستفيد في حين ان الذي يدفع الأجر هو الآخر - المضمون له أو طالب الضمان في حين يكون الدائن في القرض آخذاً لدينه وفائدته.

ولذا نص الفقهاء على هذا النحو من الضمان ولم يشيروا الى حرمة أخذ الأجرة عليه ومقتضى الاصل الجواز، كما أن مقتضى العمومات مع عدم قصد المجانية هو لزوم الأجرة.

وإذا عمل المصرف ذلك مجاناً بدون عمولته فالإشكال مرتفع من أساسه^(١)

(١) ما وراء الفقه ج ٢ ص ٩٠ - ٩٢ - الشهيد الصدر.

الحوالة:

وهي عبارة عن نقل المدين ما اشتغلت به ذمته من الدين الى ذمة شخص ثالث وذلك بإحالة الطرف الثاني -الدائن- عليه

وبهذا فالحوالة تشترك مع الضمان في نقطة حيث كلاهما يشتمل على نقل الدين من ذمة المدين الى ذمة الثالث، فالضمان هو نقل ما في ذمة الى ذمة أخرى والحوالة كذلك.

ويختلفان في أن الحوالة معاملة بين الدائن والمدين، فالمدين يقول للدائن: أحلتك بدينك على فلان والدائن يقبل ذلك، وهذا بخلافه في الضمان فإنه معاملة بين الضامن والدائن، فالضامن يقول للدائن ضمننت ما لك في ذمة المدين، ولا مدخلية لقبول المدين ورفضه سواء قبل أو رفض يتم الضمان ما دام الدائن قد قبل الضمان.

أقول: ويختلفان أيضاً بأنه من الحوالة يحتاج الى رضا الأطراف الثلاثة جميعاً بخلاف الضمان فلا يحتاج الا لطرفين وبه قال المحقق الحلي في الشرائع والشهيد الصدر الثاني (قده) والوجه واضح لأن بين الأطراف الثلاثة دينان لا دين واحد كالضمان، وما دام فيها دينان فهي متشكلة من ثلاثة أطراف ويحتاج الى رضاهم جميعاً. والمبادرة في الضمان (الضامن) فيما المبادرة في الحوالة من المدين (المحيل).

مشروعية الحوالة

ويمكن الإستدلال على مشروعية الحوالة بالوجوه التالية.

الوجه الأول: التمسك بالسيرة العقلائية، فإن العقلاء قد تداولوا بينهم ان يحيل المدين الدائن على شخص ثالث، ويتداولون ذلك قبل أن يكونوا متشرعة، وبقطع النظر عن ذلك فإذا لا حظنا الكفار مثلاً وجدناهم يتداولون مثل ذلك أيضاً غايته قد تختلف بعض الشروط.

وإحتمال تجدد السيرة في زماننا وعدم معاصرتها للمعصوم (عليه السلام) مدفوع بأن الحوالة من لوازم حياة العقلاء بما هم عقلاء ولذا يجزم بثبوتها في عصر المعصوم (عليه السلام) والا كان ذلك حُلف كونها من لوازم حياة العقلاء، وهذا طريق سيال يمكن التمسك به لأثبات معاصرة السيرة لعصر المعصوم (عليه السلام) نعم قد يقع التأمل أحياناً من حيث الصغرى، بمعنى أنها من لوازم حياة العقلاء أو لا؟ وأما بعد التسليم بذلك فلا ينبغي التشكيك في ثبوت المعاصرة آنذاك.

الوجه الثاني: التمسك بعموم قوله تعالى: ((أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)) (المائدة: من الآية ١) فإن الحوالة عقد عقلائي يكون مشمولاً للعموم المذكور.

وقد يدعى بأن العموم المذكور ناظر الى إثبات لزوم العقد المشروع فإذا ثبت من الخارج أنه عقد مشروع في الشريعة فبعموم الآية ثبت لزمه وأما إذا كنا نشك في أصل مشروعيته فلا يمكن التمسك بالعموم لإثبات المشروعية.

فإنه يقال: بعد فرض كونه عقداً من الناحية العرفية والعقلائية فيشملة العموم ويكون مشروعاً.

الوجه الثالث: التمسك بالروايات الخاصة، كصحيحة أيوب عن أبي عبد الله (عليه السلام) ((الرجل يحيل الرجل بالمال، أيرجع عليه؟ قال: لا يرجع عليه أبداً إلا أن يكون قد أفلس قبل ذلك^(١))

والدلالة واضحة في مشروعية الحوالة.

ويعتبر في صحة الحوالة أمور:

الأمر الاول: رضا الطرفين هما المحيل والمُحال، وأما المحال عليه فلا يعتبر رضاه الا أن يكون بريئاً أو كانت الحوالة عليه بغير الجنس الذي إشتغلت به الذمة. والوجه: أما رضا المحيل؛ فلأن المحيل -المدين- ينقل ما في ذمته الى ذمة شخص آخر وهو نحو من التصرف في ذمته فيلزم رضاه. وأما المحال، فلأن ذمة المدين كانت مشغولة له، وبالحوالة يراد تبديل الذمة المشغولة بذمة أخرى وهذا تصرف في سلطانه فيلزم رضاه. وأما المحال عليه لا يلزم رضاه بإعتبار ان ما في ذمته ملك للمحيل ومن الواضح ان كل شخص يملك شيئاً يحق له التصرف فيه كيفما شاء ما دام لا يلزم التعدي على حقوق الآخرين، وأما انه يلزم رضاه - المحال عليه لو كان بريئاً أو كانت ذمته مشغولة بغير الجنس فذلك واضح بإعتبار ان التصرف في الحاليتين المذكورتين تصرف في سلطان الغير فيلزم رضاه.

ولو لم يدفع المحال عليه ولم يعمل بمقتضى الحوالة، فهل يرجع المحال على المحال عليه، لا يرجع عليه للصحيحة المتقدمة التي يقول الإمام فيها لا يرجع عليه

(١) الوسائل ب ١١ من ابواب الضمان - ح ١

أبداً، فيلزم من ذلك إشتغال ذمة المحال عليه، وإلا يلزم براءة كلتا الذمتين وبقاء دين المحال بلا ذمة مشغولة له وهو غير متصور حتى في عالم الإعتبار^(١)

اقول فيما تقدم برضا الأطراف الثلاثة، وههنا تصرف في ذمة المحال عليه بعد ان كانت مشغولة للدائن اصبحت مشغولة للمحال، وهذا نحو تصرف في ذمته يلزم رضاه، والمجيب نظر الى طرف المحيل وانه يملك ما في ذمة المحال، ولم ينظر الى ذمة المحال وأنه تصرف بها.

الجعالة:

هي عبارة عن إنشاء يتضمن الإلتزام في مقابل عمل معين فالجاعل يقول، كل من أصلح سيارتي مثلاً فله كذا حيث يلتزم بعوض معين في مقابل إنجاز عمل معين.

وهي إيقاع وليست عقداً بمعنى أنها لا تحتاج الى قبول الطرف الثاني والوجه في كونها إيقاع أمران.

الأمر الأول: عدم تصرف الجاعل في سلطان الغير كي يحتاج الى رضاه بل يقول مثلاً من أصلح سيارتي فله كذا، وهذا إنشاء منه بالتمتازه بالعوض مقابل العمل وهذا ليس تصرفاً في سلطان الغير ليحتاج الى رضاه.

الأمر الثاني: إنعقاد السيرة العقلائية على على الإكتفاء بمجرد الإيقاع — الإيجاب — من الجاعل، فإذا أنشأ الجاعل: وقال من أصلح سيارتي فله كذا أكتفي بذلك، وجاز لكل شخص أن يتصدى لأصلاح السيارة من دون حاجة الى قبول مسبق بل

(١) فقه البنوك ص ١٥٠-١٥٢ تقرير بحث الشيخ الإيرواني.

حتى لو تصدى للإصلاح لم يكن ملتفتاً الى صدور إنشاء من الجاعل، ولم يقصد التبرع جعله، كفى ذلك في إستحقاقه للجُعل.

مشروعية الجعالة:

ولها وجوه من الإستدلال:

الوجه الأول: التمسك بالنص القرآني ((وَلَمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ))

(يوسف: من الآية ٧٢)

فإن عبارة أخرى عن الجعالة، وهذا وإن كان ثابتاً في الشريعة السابقة الا ان سكوت القرآن الكريم أو إستصحاب حكم الشريعة السابقة كافٍ في إستفادة الإمضاء، ككل حكم تعرض له القرآن في الشرائع السابقة وسكت عنه فإنه يمكن إثبات إستمراره أيضاً أما بنفس السكوت من القرآن الذي له ظهور عرفي في القبول أو بالإستصحاب.

الوجه الثاني: الروايات الخاصة كصحيحة عبد الله بن سنان ((سمعت أبي

يسأل أبا عبد الله وأنا أسمع فقال: ربما أمرنا الرجل فيشتري لنا الأرض والدار والجارية ونجعل له جُعلاء قال: لا بأس^(١)

والمقصود من قوله ونجعل له جُعلاء، ليس هو التبرع له بعد ذلك وأن ندفع له شيئاً إرضاءً له دون أن يكون ذلك بعنوان الجُعل من البداية بل المقصود اننا نجعل له على عمله شيئاً من البداية؛ إذ لو كان المقصود هو المعنى الأول - التبرع - بعد ذلك لكان المناسب أن يُعبر ((ويعطه شيئاً)) لا ونجعل له جُعلاً فإن الجعل لا يصدق إلا مع فرض القرار القبلي أو لا اقل هو منصرف الى ذلك.

(١) وسائل الشيعة ب٤ من ابواب الجعالة ح ١

وكصحيحة علي بن جعفر عن أخيه أبي الحسن (عليه السلام) قال: سألته عن جعل الآبق والضالة؟ قال لا بأس به ^(١)

فيقال أن المقصود هو الجعل على رد الآبق والضالة، والإمام (عليه السلام) امضى ذلك بقوله (لا بأس) وذلك يدل على صحة الجعالة، حتى لو فرض أن المقصود من الصحيحة هو السؤال عن كون الجعل نفس الآبق والضالة، فإنه يكفي لأستفادة إمضاء الجعالة، لو فرض أن كلمة جعل مختصة بالجعالة و لم تفسر بالأجرة وإلا أمكن أن يكون ناظرة الى باب الإجارة فكأنه يسأل عن جواز الأجرة نفس الآبق والضالة فقال (لا بأس)

والظاهر ان التفسير يعتمد على قراءة الجعل أما بالفتح أو بالضم، والأخير هو فيما لو قرأت بالضم، والتفسير الأول فيما لو قرأت بالفتح.

الوجه الثالث: السيرة العقلائية فإنها قد جرت على الأمر بالعمل، كما لو طلب شخص من آخر عملاً ويقول له: إحمل متاعي الى مكان كذا والطلب قد يوجه الى شخص عام ويقول من حمل متاعي هذا فله كذا لتداول ذلك لدى العقلاء، والجعالة ليست الا هذا - أي الأمر بالعمل - غايته يفترض فيها كون الجعل مقدرًا معينًا وهذا لا يغير من واقعها وهو طلب العمل.

وقد يوجه الى شخص خاص ويقول له ان صبغت داري فلك كذا ولا يلزم أن يكون الطرف الثاني عامًا، والوجه في التعميم لكلا المسميين هو إطلاق الروايات حيث لم حيث لم يفرض فيها كون الطلب موجهًا الى طرف عام بل ربما يستفاد من الصحيحة

(١) الوسائل ب ١ أبواب الجعالة - ح ١

الأولى النظر الى خصوص طرف خاص حيث قال السائل: ربما امرنا الرجل والمقصود
أمرنا الرجل الخاص.

والسيرة العقلائية فهي قائمة على التعميم.

الفارق بين الجعالة والإجارة:

الفارق الأول: ان الإجارة عقد يتطلب الإيجاب والقبول بخلاف الجعالة فلا
تحتاج الى قبول.

الفارق الثاني: أنه في الإجارة يملك الطرف العوض بمجرد تمامية الإنشاء ولو لم
يتحقق التسليم من الطرف الثاني، ويكون لكل طرف حق الفسخ إذا لم يتم التسليم من
الطرف الثاني؛ لتخلف الشرط الضمني على تحفظ كل منهما لنفسه بالخيار عند تخلف
الآخر عن دفع ما عليه.

وهذا بخلافه في الجعالة فإن العامل لا يملك الجعل ولا الأمر يملك العمل في ذمة
الشخص العامل. نعم بعد تصدي العامل للعمل وإنجازه يملك الجعل في ذمة الجاعل.

الفارق الثالث: يلزم في الإجارة تعيين العوضين وهذا بخلافه من باب الجعالة،
والسؤال في صححة على بن جعفر عن الجعل على رد الآبق والضالة ولم يعين الجعل
مقداراً وأجاب (عليه السلام) بقوله (لا بأس).

فمع إطلاقات الروايات فإن عموم السيرة العقلائية منعقدة على العموم من هذه
الناحية فقد يقول الجاعل: من أصلح سيارتي فله أجره عمله، ولا يدري ما تحتاج اليه
من إصلاح وكم هي أجره مثل إصلاحها، فإنه لا يتعين ذلك الا بعد تمام العمل وعليه
فلا مشكلة من هذه الناحية.

نعم ينبغي ان لا يكون الجعل مجهولاً بنحو كامل بحيث لا يقدم عليه العقلاء كما لو قال من أصلح سيارتي فله شيء، فإن الصحيحة منصرفه عن مثل ذلك وانه ليس عقلائياً وأدلة الإضاء ناظرة الى المعاملات العقلائية، وهكذا السيرة لا جزم بإنعقادها في مثل ذلك.

هذا والكلام في صميم البحث يكون في عدة أمور:

الأمر الأول: يجوز العمل في البنوك أو لا؟

فيه تفصيل كما ذكره غير واحد من الفقهاء.

بين ما إذا كانت الشعبة الخاصة من شعب البنك تتعاطى المعاملات الربوية، فلا يجوز العمل فيها بأي شكل من الأشكال، سواء كانت وظيفة العامل تسجيل المعاملة الربوية أو أخذ القرض الربوي أو دفعه أو الشهادة عليه أو ما شاكل ذلك، فإن كل ذلك محرمة والإجارة عليه باطلة ولا يستحق العامل الأجرة.

وبينما إذا كانت الشعبة لا تتعاطى المعاملات الربوية فالعمل فيها جائز من غير

إشكال. ^(١)

والمستند في ذلك، أما بالنسبة الى الحرمة في الأول فالروايات الدالة على حرمة كل ما يرتبط بالربا، كصحيحة محمد بن قيس عن ابي جعفر (عليه السلام) قال: أمير المؤمنين (عليه السلام) آكل الربا ومؤكله وكاتبه وشاهده فيه سواء ^(٢) وغيرها فالمستفاد منها حرمة كل ما يرتبط بالربا، وان لم يكن من أحد الأربعة المذكورة فيها لأنها

(١) منهاج الصالحين ج ١ ص ٢١٩ الخوئي أعمال البنوك، والسستاني ج ١ ص ٤٤٧ العمل لدى البنوك
(٢) الوسائل ب ٤ أبواب الربا - ١ ح

محمولة على المثالية لا الحصر، ولا خصوصية لها كما يفهمه العرف، وهذا هو فهم الفقهاء أيضاً حيث أفتوا بأن كل ما يرتبط بالربا محرم.

وهذا فيما إذا كان الربا محرم وأما إذا كان جائزاً كما في الدول الكافرة إذا كان المسلم هو الآخذ للفائدة فلا محذور في العمل في الشعب التي تتعاطى ذلك لأنه عمل جائز والإجارة عليه تكون جائزة تكليفاً ووضعاً، وسيأتي تفصيل أخذ الربا من الكافر إن شاء الله.

وأما مستند الجواز في الثاني - العمل في الشعب التي لا تتعاطى الربا - فالعمومات الدالة على حلية الإجارة أو التجارة وما شاكل ذلك، بعد فرض عدم وجود المقيد لها ولو فرض قصورها من هذه الناحية أمكن التمسك بأصل البراءة لأثبات الجواز. والفارق بين التمسك بالأصل والعمومات، هو أن التمسك بالأصل يثبت الجواز للتكليف وينفي إحتمال الحرمة، ولكنه لا يثبت الصحة وضعاً حتى يترتب الاثر عليها، ومقتضى الإستصحاب هو عدم ترتبه، حيث لم يكن مترتباً سابقاً - قبل إجراء المعاملة - وإذا شك في ترتبه بعد إجراء المعاملة جرى إستصحاب عدم ترتبه، وهذا بخلاف العمومات فإنها صالحة لأثبات الجواز الوضعي أيضاً.

وقد يشكل على ذلك: بأن الحكم بالحرمة في الشعبة الربوية إنما يصح اذا كان البنك أمواله من معلوم المالك، فيكون التفصيل وجيهاً، وأما بناء على مذهب المشهور من التعامل مع الأموال معاملة مجهول المالك، فيشكل الحكم بالحرمة بإعتبار ان عنوان القرض والإقتراض لا يمكن تحققها بعد فرض ان صاحب البنك ليس بمالك وليس بولي على المالك ليمنه الإقتراض للبنك أو إقراض الآخرين بل ان ما يأخذه ويعطيه ليس الا

أخذاً وإعطاءً لما لا يمكنه - أو بالأحرى لمجهول المالك - فعنوان القرض والإقتراض غير متحقق كي يصدق القرض الربوي وبالتالي ليكون محرماً وعليه فتبقى فتوى الأعلام بالتحريم تحريم العمل في الشعب الربوي - بلا موضوع في البنك الحكومي؛ إذ لا يمكن تحقق القرض الربوي مع البنك ليكون محرماً ثم ليحرم العمل.

والصحيح ان اقتراض البنك من الآخرين هو من معلوم المالك لا من مجهول المالك وسيأتي توضيح أكثر لهذه المسألة.

وأجيب عنه: ان الاستفادة من الأدلة هو حرمة إنشاء القرض الربوي فمعنى الإنشاء للمعاملة محرمة، فمن يدفع قسماً من أمواله كقرض ربوي يكون فاعلاً للحرام بنفس انشاء المعاملة والدفع والأخذ يكون محرماً آخر وبناء عليه يقال: بأن الموظف في البنك والعميل هما ينشآن القرض الربوي وان كانا غافلين عن عدم صحته، فيكون نفس هذا الإنشاء محرماً والإجارة عليه تكون محرمة وباطلة ايضاً.

وبعبارة: هما أنشأ القرض، لم يمض الشارع ذلك، وعدم إمضاء الشارع لا يعني عدم تحقق إنشاء القرض، والوجدان العرفي على ان الناس يحكمون بأن الشخص قد إقترض من البنك، والبنك قد أقرضه، وهذا يدل على ان انشاء القرض متحقق في نظر العرف بلا امضاء للشارع ومعه يحرم.

وقد يجاب عن ذلك: بأن ما ذكر وجيه لو أفرض ان دليل حرمة الربا يدل على حرمة إنشاء القرض الربوي حتى لو كان فاسداً من جهة أخرى غير عدم الامضاء الشرعي فإن فساد القرض الربوي تارة يكون ناشئاً من عدم الإمضاء الشرعي وهذا ثابت في كل قرض ربوي فإن الشارع لا يمضيه، وأخرى يكون الفساد من ناحية أخرى ايضاً،

كما في المقام حيث فرض ان أحد الطرفين ليس بمالك وإذا رجعنا الى أدلة التحريم للربا فقد يستشكل في إستفادة حرمة انشاء المعاملة الربوية في حالة كون الفساد ناشئاً من جهة أخرى، فإن المهم في دليل التحريم أحد أمرين أما الروايات وأما إرتكاز المتشعبة.

اما الروايات مثل صحيحة يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله (عليه السلام) سألته عن الرجل يسلّم في بيع أو ثمر عشرين ديناراً؟ ويقرض صاحب السلم عشرة دنائير أو عشرين ديناراً؟ قال لا يصلح إذا كان قرضاً يجر شيئاً فلا يصلح^(١)

وصحيحة علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر (عليه السلام) ((سألته عن رجل أعطى رجلاً مائة درهم على ان يعطيه خمسة دراهم أو أقل أو أكثر؟ قال: هذا الربا المحض))^(٢)

بتقريب: ان عبارة الرجل يُسلم أو عبارة عن رجل اعطى يراد به الأعم من كون الرجل مالكاً أو لا، فهي مطلقة من هذه الناحية ولم تقيّد بما إذا كان الرجل مالكاً، ومعه يثبت التحريم حتى إذا لم يكن الرجل مالكا.

ويرد: ان الروايات ليست في مقام البيان من هذه الناحية فإنها بصدد إفتراض بأن هذه المعاملة جائزة أو لا، بقطع النظر عن كون الرجل مالكاً أو لا.

فإنه عرفاً: حينما يطرح مثل السؤال المذكور بقطع النظر من هذه الناحية. وايضاً فيه: ان صدق الإعطاء هو لمن كان مالكاً لا لمن ليس بمالك ولذا فمقتضى الإطلاق ليس بموجود.

(١) الوسائل ب١٩ أبواب الدين ح ٩

(٢) الوسائل ب١٩ أبواب الدين ح ١٨

وأما ارتكاز المتشعبة، فهو دليل لبي وقدرة المتيقن منه ما إذا فرض كون الطرفين مالكين.

وعليه فإن تفصيل الفقهاء وان كان وجيهاً من حيث الكبرى الا ان تحقق الصغرى للشعب الربوية في البنوك الحكومية بناء على تعاملهم معها معاملة مجهول المالك قابل للتأمل لما أشرنا اليه ^(١) وما يمكن ان يلاحظ عليه عدة أمور.

الأمر الأول: ان حرمة الربا حتى بناء على القول بمجهول المالك والوجه فيه أولاً: ان حرمة الربا مغلظة يستفاد منها حرمة الربا في المعاملة الحقيقية، والمعاملة الصورية ايضاً بلا فرق بينها بقرينة شدة مبعوضية الربا عند الشارع لو أمكن إستظهار ذلك من الأدلة.

ثانياً: ان انشاء هذه المعاملة يحقق انشاء المعاملة الربوية عرفاً فيتحقق موضوع الحرمة، وذلك لأن موضوع حرمة الربا ليس هو القرض الصحيح بل القرض الربوي بوجوده العرفي لأن أدلة الصحة يمتاز موضوعها في العمومات المعاملية عن موضوع أدلة اللزوم بأن موضوعها بوجوده العرفي لأن المعاملة الصحيحة شرعاً لا معنى لأن يصححها الشارع وهو تحصيل الحاصل لو جعل موضوع ادلة الصحة المعاملة بوجودها الشرعي بل الصحيح العرفي يصححه الشارع بخلاف ادلة اللزوم، اذ لا معنى لأن يوجب الشارع لزوم المعاملة العرفية التي ليست بصحيحة عنده فلا بد ان يكون موضوع أدلة اللزوم المعاملة الصحيحة شرعاً.

(١) فقه البنوك - ص ١٦٦ - ١٦٧ - الإيرواني

والحال في ادلة الفساد كذلك إذ لا يمكن ان يفسد الشارع المعاملة بوجودها الشرعي - الصحيحة عنده - فلا بد ان يكون موضوعها - موضوع ادلة الفساد - المعاملة بوجودها العرفي.

ثالثاً: أن حرمة الربا خاصة أو المعاملات الفاسدة شرعاً عامة انما هو لأجل الزجر عن الجري العرفي العقلاني الموجود والمفروض ان البناء العرفي متداول وموجود وإن كانت الدولة مجهولة المالك بحسب القانون الشرعي بناءً على عدم ملكية الدولة أو وإن كانت المعاملة فاسدة من جهة أخرى الا ان الجري الربوي متداول معمول به في البناء والمفروض ان الحرمة الشرعية هي للفساد عن تداول هذا البناء.

رابعاً: تلازم الحرمة الوضعية والتكليفية والمفروض ان في المعاملة الربوية المبتلاة بالفساد من جهات أخرى كعدم الولاية ونحوها هي فاسدة وباطلة وضماً من جهة مانعية الربا عن الصحة وإذا كانت الحرمة الوضعية للربا عامة شاملة للقرض فكذلك الحرمة التكليفية لأن دليلهما واحد بلسان متحد.^(١)

ويمكن ان يقال: بأن أصل القرض غير متحقق ليقال بالتوصيف أنه ربوي أو لا بعد البناء على مجهول المالك حيث لا يملك البنك التصرف في الأموال ويكون ما بحوزته من الأموال أما مجهولة المالك أو مملوكة لأصحابها والتي نقلوها الى البنك باقية على ملكية أصحابها وعليه فكيف تنتقل الى المقترض.

فإن قلت: أذن الحاكم الشرعي بجعل تصرف البنك مشروعاً وعليه يصح إقراض البنك للآخرين.

(١) فقه البنوك ص ٩٨ - ١٠٠ تقريرات السند لمصطفى الأسكندري

قلنا: بأن إذن الحاكم ليس بأولى من إذن الشارع كما تقدم.

مضافاً الى: ان اذن الحاكم تصحيح تصرف البنك لا لتصحيح المعاملة الربوية أي ينبغي ان يكون الإذن في حدود المعاملات الصحيحة لا الفاسدة والمفروض ان اقراض البنك مع الفائدة فاسد شرعاً.

الأمر الثاني: ان حرمة الربا متسالم عليها في جميع الاديان السماوية كما في قوله تعالى ((وَأَخْذِهِمُ الرِّبَا وَقَدْ نُهُوا عَنْهُ)) (النساء: من الآية ١٦١) وصحة المعاملة جهة المسلم لا من الجهتين أو لا يعقل أن تصح المعاملة من طرف واحد، والا فهي ليست معاملة حقيقية وإذا كانت المعاملة فاسدة على الكافر فهي حرام عليه إذا اشترط على نفسه الربا وما ذكر من المستثنيات ان الربا من الطرفين (كالوالد وولده) وأما في الكافر فلم يذكروا الا من طرف المسلم.

ومن هنا ذهب صاحب الجواهر (قده) بأن الحكم بالجواز عند الأصحاب تخصصي لا تخصيصي لأنه ليس في الواقع إنشاء حقيقي ولا ارادة جديدة لأنه فيء للمسلم يملك بالإستيلاء ولا يحتاج الى معاملة فهو من باب الخروج عن الربا موضوعاً فالقول بأنه يجوز العمل في بنوك الكفار ليس بسديد لا أقل كونه إعانة على الحرام فيحرم من هذه الجهة.

الأمر الثالث: ما ذكره بعض المعاصرين: من ان جميع مؤسسات الدولة وممتلكاتها من قبيل البنوك والمصانع والشركات المساهمة والجمعيات التعاونية وغيرها من المؤسسات المالية والتجارية والزراعية وان كانت حيث انها عناوين حقوقية قابلة

للملك، فيقال ان المؤسسة الفلانية تملك كذا رصيد من المال وكذا قطعة من الأرض والأبنية وغيرها الا ان تلك العناوين على نمطين في الإعتبار العقلائي.

النمط الأول: ان يكون مملوكاً ايضاً للمالكين ذوي شخصية حقيقية ولو بترامي الوسائط نظير الشركات والمؤسسات السهامية ونظير العبد الرق المالك للأموال وهو مملوك للمالك آخر وهو الحر، ففي هذا النمط العناوين ذات الشخصيات الحقوقية ليست هي المالك النهائي فمن ثم حكم ملكيتها وولايتها تتبع ملكية وولاية من هو ورائه.

النمط الثاني: من العناوين ذات الشخصية الحقوقية، لا يكون له مالك وراءه نظير عنوان المسجد بتمليك الأموال والآليات كالعقارات وليس له مالك وراءه وكذلك المال بلحظ عنوان (بيت المال) فإنه يتملك كثيراً من الأرصدة المالية من منابع مختلفة في الفقه كالزكاة وخراج الاراضي المفتوحة عنوة ورد المظالم وغير ذلك وليس له مالك وراءه وان كان مصرفه آحاد المسلمين الواجدين لصفات معينة.

وهذا النمط من العنوان وان كان مالكاً نهائياً إلا أنه عنوان حقوقي صاحبه ليس بحي شاعر عاقل لا محالة محتاجاً الى ولي قيّم عليه يدير أموره وأمواله نظير الحي الحر المالك القاصر يحتاج لولي يدير شؤونه.

فتحصل ان كلا النمطين من العناوين الحقوقية المالكة لا بد من فرض ولي لها يدير شؤونها المالية أما لأنه مالك نهائي كما في النمط الأول أو لأضرار العنوان الجامد لقصوره الى ولي يتصرف في أمواله بما فيه من مصلحته.

اذا عرفت ذلك فعناوين المؤسسات المضافة الى الدولة من العناوين الحقوقية من النمط الأول لأنها مملوكة لمالك نهائي وذلك المالك ليست هي الحكومة والدولة بل هي

بيت مال المسلمين - الخزينة الوطنية) والحكومة موضعها موضع القيم والولي سواء كان شرعياً أو غير شرعي، أي الولي الذي يتصرف في شؤون أموال عنوان بيت المال وان أمواله وممتلكاته سائر العناوين الحقوقية الأخرى من المصانع والشركات والبنوك وغيرها، وتكون نسبة الحكومة مع عنوان بيت المال نسبة الولي مع النمط الثاني من العناوين ونسبتها مع العناوين الأخرى المملوكة لبيت المال هي نسبة الولي مع العناوين من النمط الأول.

وبالحقيقة ان المالك النهائي هو بيت مال المسلمين وعنوان الحكومة وان كان عنواناً ذات شخصية حقوقية، الا أنه لا يعتبر من التقنين العقلائي الوضعي عنواناً مالاً للأموال بل عنوان مالك للتصرف الامور العامة.

فتحصل ان العناوين ذات الشخصيات الحقوقية كالبنوك والمصارف الحكومية ((المصانع والشركات الحكومية وان كانت عناوين قابلة للتملك الا انها مملوكة لبيت المال وعلى اي تقدير فولي التصرف بها هي الحكومة في النظام الإجتماعي القائم لدى العقلاء، سواء اكانت الدولة شرعية بحسب فقه الشريعة أم ليست شرعية وان كانت شرعية بحسب القانون الوضعي أم ليست شرعية بحسبها تصرفات البنك الحكومي واية مؤسسة في الأموال حكمه حكم التصرفات للدولة لا تفكيك بينها وان كانت تلك العناوين قابلة لأن تتملك كما هو الحال في بيت المال فإنه لم ينازع أحد من الفقهاء في مالكيته وإنما اختلفوا في نفوذ تصرفات الحكومة غير الشرعية في أمواله.

وبالتالي إختلاطهم مع أموال آحاد المسلمين المالكين من الناس فمنهم من بنى على مجهول المالك لعدم نفوذ تصرفات الدولة لا لعدم مالكية بيت المال ولا لعدم مالكية العناوين، لأخرى ذات الشخصية الحقوقية.

ومنهم من بنى على نفوذ تلك التصرفات تسهياً من المعصوم – الولي الحقيقي لعامة المؤمنين وحفظاً للنظام الإجتماعي في الهرج والمرج، لا لشرعية تلك الدول غير المنصوبة من قبل الشارع.

وقلنا فيما سبق بأن البنوك من مفردات الحكومة وفرعها في النطاق المالي منها ما يقال وعنهما يقال عن البنوك بلا فارق.

الربا مع الكافر

المشهور بين الفقهاء بل إدعى الإجماع على جواز أخذ الربا من الكافر الحربي ولم يخالف فيه الا المحقق الأردبيلي (قده) من جهة إستضعاف الروايات الواردة في الباب ووافقته السيد الخوئي (قده) وقال بأن جواز المعاملة مع الكافر بالإنشاء الصوري لا الحقيقي وبنية الإستنقاذ لا الإرادة الجدية الحقيقية للتعامل معه.

وإحتمل صاحب المجوهرات ذهاب المشهور الى جواز أخذ الربا من الكافر للمسلم ليس مرادهم إنشاء القرض حقيقة بل إستنقاذ هذا الفيء والاستيلاء عليه ويشير الى القاعدة المسلمة بين المسلمين المستفادة من قوله تعالى: ((وَمَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ))

(الحشر: من الآية ٦)

وقد إعتمد في هذا الإستظهار على عدة قرائن.

القريئة الأولى: تنصيب الاصحاب على ان هذه المعاملة التي يشترط فيها الحربي على نفسه الربا (هي حرام عليه وفاسدة بينما هي جائزة من طرف المسلم لأن الربا مما تسلمت على تحريمه الأديان السماوية كما في قوله تعالى ((وَأَخْذِهِمُ الرِّبَا وَقَدْ نُهُوا)) (النساء: من الآية ١٦١) وكلامهم هذا دال على انه ليست المعاملة حقيقية؛ لأنها انما تكون بالصحة من الطرفين لا من طرف واحد إذ لا يعقل ان تصح المعاملة من طرف واحد.

القريئة الثانية: ذكر الأصحاب في المستثنيات ان الربا من الطرفين جائز (ما بين الوالد والولد والزوج والزوجة وهكذا) اما في الكافر فلم يذكروا إلا من طرف المسلم. ومن ثم قال صاحب الجواهر بأن الحكم في الجواز عند الأصحاب تخصصي لا تخصصي لأنه ليس في الواقع إنشاء حقيقي وإرادة جدية لأنه فيء للمسلم يملك بالإستيلاء ولا يحتاج الى معاملة فهو من باب الخروج عن الربا موضوعاً. لكن هذه القريئة غير واضحة؛ لأن الإستنقاذ ان يأخذ المسلم ما وقع تحت يده من مال الكافر لا خصوص الزيادة كما في الربا. وعليه فالنظر ليس الى خصوص الفائدة ليقال بالخروج التخصصي.

القريئة الثالثة: ما قاله المشهور من أنه يجوز إشتراط الزيادة للمسلم على الكافر الحربي، وأما الذمي فلا يسوغ الإشتراط عليه ولا الإشتراط له، لأنه محترم المال ولا يتملك بالإستيلاء بخلاف الكافر الحربي.

وقال: في الجواهر ان المعاملة حرام على الكافر - لو كان مكلفاً بالفروع - لأن الثمن لا يجوز له أخذه.

وأما أدلة المشهور فهي ما ورد في أبواب الربا

الأولى: عن عمرو بن جميع عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: قال: امير

المؤمنين (عليه السلام): ليس بين الرجل وولده ربا وليس بين السيد وعبيده ربا^(١)
والرواية ضعيفة لأن عمرو بتري ضعيف وكذا بعض رجال السند كمعاذ بن ثابت
لم يوثق.

وبهذا الإسناد قال: قال: رسول الله (صلى الله عليه وآله) ليس بيننا وبين أهل
حربنا ربا) نأخذ منهم ألف درهم بدرهم نأخذ منهم ولا نعطيهم^(٢) وهي كسابقاتها
ضعيفة.

الثالثة: عن زرارة عن أبي جعفر (عليه السلام) قال: (ليس بين الرجل وولده
وبينه وبين عبيده ولا بين أهله ربا، إنما الربا، إنما الربا فيما بينك وبين مالا تملك،
قلت فالمشركون بيني وبينهم ربا؟ قال نعم، قلت فإنهم ممالك فقال إنك لست تملكهم
إنما تملكهم مع غيرك، أنت وغيرك فيهم سواء فبالذي بينك ربهم ليس من ذلك لأن
عبدك ليس مثل عبدك وعبد غيرك^(٣)

والرواية وان كان فيها يس الضرير، ولكن المشهور قد عمل برواياته في مسألة حد
الطواف حول الكعبة، وكفارة الجمع في افطار الصوم وغيرها، وهو صاحب كتاب قد

(١) الوسائل ب٧ من ابواب الربا - ح ١

(٢) الوسائل ب٧ من ابواب الربا - ح ٢

(٣) الوسائل ب٧ من ابواب الربا - ح ٣

رواه عنه عدة من القات والإجلاء، فحاله مستحسن بل فوقه ولا طعن فيه فالعمل برواياته سهل.

والرواية معارضة لما سبق والمشهور حملوها على الذمي.

ورواها الكليني عن محمد بن يحيى عن محمد بن أحمد بن محمد بن عيسى عن بن الضرير عن حريز عن زرارة.

الرابعة: مرسله الصدوق قال: قال: الصادق (عليه السلام): ليس بين المسلم وبين الذمي ربا ولا بين المرأة وبين زوجها ربا^(١)

وقال بعض المعاصرين بأن مراسيل الصدوق كما ظهر لنا بالتتبع غالباً هي عن الروايات التي ذكرها الكليني والشيخ مسندة وبناءً على ان الشهرة جابرة للسند فهي منجبرة بالشهرة والشهرة موجودة بل الاتفاق مطبق حتى في زمن الأردبيلي، الا أن يوجّه بتوجيه صاحب الجواهر من انه ليس من باب ترتيب الأثر بل من باب الإستنقاذ.

والصدوق نصّ على الذمي وهو خلاف المشهور لعدم تجويزه الربا بين المسلم والذمي.

وهذه الادلة لا يحتاج القائل انه من باب الإستنقاذ فيطرح مرسله الصدوق لمخالفتها للقواعد، إذ مال الذمي محترم لا يجوز أخذ الربا منه، وهذه قرينة على دعوى الجواهر من ان مراد المشهور إستنقاذ المال ولذا لم يعملوا بمرسله الصدوق، وقال

(١) الوسائل ب٧ من ابواب الربا - ح

في الرواية الثانية ان المعاملة مع الكافر الحربي صورية، والثالثة محمولة على الذمي وطرح مرسله الصدوق.

ان قلت: إقتضاء وحدة السياق ان يكون القصد للقرض والزيادة جدياً بقريئة الوالد والولد.

قلت: كما قال البعض بأن وحدة السياق أضعف القرائن والقريئة الحالية المخالفة موجودة في البين وهي التفرقة التي أمر بها المشهور بين الذمي والحربي وبين المعاهد والحربي والتفرقة لا تتم بإرادة الإستنقاذ من الكافر وان مال الذمي محترم، وأما على القول الأول من جواز أخذ الربا حقيقة من الكافر لا من باب الإستنقاذ بل من باب ترتيب الأثر في المعاملة فلا بد من إقامة الادلة، فعلى القول مجبر الشهرة للسند للبناء في باب حجية الخبر على الوثوق بالصدور على على خصوص خبر الثقة فتراكم الظنون يولد وثوقاً بالصدور فتكون جابرة وكاسرة أو في خصوص المقام لشهرة عظيمة بل من مختصات الإمامية كما إدعاه السيد المرتضى فهي سيرة عند الإمامية دليل مستقل لا انها جابرة فقط فيمكن جعل الدليل الأول هو السيرة القطعية أو الإجماع الراجع اليها، أي الى سيرة المتشعبة، مالم تتم قرائن صارفة لكلمات القوم عن ظاهرها بإرادتهم انها من باب الإستنقاذ^(١)

وفيه ان القرينة السياقية ليست بضعيفة فضلاً ان تكون أضعف القرائن. وان الشهرة الجابرة لضعف السند على القول بها هي شهرة الرواية لا غير

(١) فقه البنوك ص ١٤١- ١٤٢ تقريرات السند

وان التراكم الظنوني هو للروايات لا لفهم العلماء من الرواية لوضوح ان فهم شخص لا يضاف لفهم شخص آخر لتراكم الظنون.

هذا كله مع ان القصد أمر باطني للمتعاقل وحده فهو ان شاء قصد أخذ الربا وانشاء قصد الإستنقاذ وليس لأحد غيره تحديد قصده، مع ان الشهرة ليست بحجة كما قرب في محله من علم الأصول.

الشاهد لحمل الرواية لزرارة على الذمي هو عدة أمور:

الأمر الأول: ان لفظ ((أهل حربنا)) في الرواية الثانية المجوزة مقيد ولفظ ((المشركون)) مطلق في الرواية الثالثة الناهية، والمقيد مقدم على المطلق.

الأمر الثاني: ان أهل الحرب فيء للمسلمين كلهم لا واحد دون واحد ولكن بالإستيلاء لا يمتلك المسلمون مع المستولي بل يمتلك هو وحده فينطبق عقد الجواز في الرواية على الحربي وإن لم يذكر في النص، إذ المستولي أحق من غيره.

وبعبارة أخرى، ان أهل الذمة هم الذين يستوون فيه المسلمون، لأن الذمة مقابل الجزية وهي أما على الرؤوس أو على الأراضي تضرب على شيء معين فهذه الجزية لا يملكها شخص بخصوصه، فالرواية الثالثة في عقد النهي (ذيلها) مناسبة مع الذمي ومنطبقة عليه، فمسلك المشهور تام، اما مرسله الصدوق فلم يفت بها المشهور هذا تخريج فتوى المشهور بحسب الروايات.

الأمر الثالث: قوله ((إنما الربا فيما بينك وبين ما لا تملك)) يفيد ضابطة عامة مقتضاها جواز الربا مع الحربي وحرمة مع الذمي وذلك لأن المراد بالملك إما الملكية الفعلية أو بمعنى التسلط و السيطرة بقريئة أمثلة ((ما تملك)) ((للرجل وولده أو عبده

أو أهله)) ولذلك تبادر للراوي المشركون بحيث أخرج الإمام (عليه السلام) المشركون لأنهم على شركة بينه وبين غيره قرينة واضحة على أنهم ليسوا أهل حرب وإنما هم أهل ذمة لأن أهل الحرب ليسوا بنحو الشركة فيما بينه وبين غيره بل بالإستيلاء يصير ملك المستولي لا ملكه وغيره.

أو أقل ان اهل الذمة هم من لنا السيطرة عليهم بالفعل متعهدون بدفع الجزية بخلاف اهل الحرب فأنهم ليسوا تحت ايدينا بالفعل، والظاهر ان ذهن الراوي قد انصرف في سؤاله عن المشركين اي خصوص أهل الذمة لكون اليد عليهم فعلية أو يكون سؤاله عن عامة المشركين - اهل حرب أو أهل ذمة والقسم الأول لنا يد عليهم بجواز تملكهم بالاستيلاء عليهم والقسم الثاني بتعهدهم على أخذ الجزية منهم إلا انه (عليه السلام) إستثنى القسم الثاني لكون اليد مشتركة بنحو الإشاعة والحق المشترك.^(١)

تتمة شواهد حمل رواية زرارة على الذمي

الرابع: صحيحة علي بن جعفر:

أنه سأل أخاه موسى بن جعفر (عليه السلام) عن رجل أعطى عبده عشرة دراهم على ان يؤدي العبد كل شهر عشرة دراهم، أيحل ذلك قال: لا بأس^(٢)

وقد إشملت الرواية على عنوان ((العبد)) بجواز التعامل الربوي معه نظير ورود العنوان المزبور في مصححة زرارة المتقدمة، وذلك بإدراج أهل الحرب في عنوان ((العبد)) وان لم يكونوا عبيداً بالفعل فيندرج في الضابطة لكونهم عبيداً بالقوة بإعتبار أنهم يملكون بالإستيلاء وحق الإستيلاء والتملك نوع من التولي عليهم، فلهم نمط من العبودية

(١) نفس المصدر

(٢) وسائل الشيعة ج ١٨ ص ١٣٦

والمملوكية بالإضافة إلينا ومن ثم يطلق عليهم وعلى أموالهم الفيء، أي: الملك الراجع من فاء يفيء، اي رجع.

وبمقتضى قاعدة الفيء يعامل معهم بأحكام كثيرة في الأبواب المختلفة مثل باب الديات وأحكام الأموال والأنفس، وليس عنوان الفيء مجاز كما توهم، فهم بالقوة القريبة والإستيلاء يملكون، وبهذا اللحاظ يتعامل معهم في كثير من الأحكام وهي من آثار حق الإستيلاء والحق هو ملكية ضعيفة أو خفيفة، وهذا الأمر يعاضده بقوة الأمر الثالث المتقدم.

الخامس: ان التعليل الوارد في أدلة حرمة الربا لا ينطبق على أهل الحرب فقد ورد في الآيات الكريمات قوله تعالى: ((فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَّا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ)) «البقرة: من الآية ٢٧٩») يظهر منها أن أحد مناشيء وحكم تشريع حرمة الربا هو الظلم من جانب المقرض على المقرض، فمورد الربا فيما اذا كان ظلماً على المقرض، فإذا لم يكن المقرض محترماً ماله، وان لم يكن قد أستولى على ماله بالفعل فلا يتصور تحقق الظلم الربوي وغيره في حقه حينئذٍ؛ إذ تحقق الظلم إنما هو فيمن له حرمة وحق وقد جعل الشرع لماله حرمة ما، فإذا تُعدي على تلك الحرمة وقع الظلم، ومتى لم يجعل الشارع الحرمة والحق لماله أو لشؤونه الأخرى فينتفي الظلم ولأجل ذلك قالو أن الظلم إنما يتصور بعد فرض نوع من الحق والحرمة للطرف الآخر.

ولو قيل بأنها حكمة وليست علة التي تُخصص وتعمم إلا أنها توجب لا أقل عدم إجراء مقدمات الإطلاق ويؤيد كون حكمة حرمة الربا في المقام هي عدم الظلم، إنه من

البعيد ان هذه الحرمة المغلضة يستثنى منها الربا فيها بين الوالد وولده وغيرها من الموارد المستثناة وان الظلم حرام.

الا في هذه الموارد، فجواز الربا في هذه الموارد قرينة على كون الربا محرماً لأنه من أنواع الظلم وعدم حرمة في المستثنيات لعدم وقوع الظلم فيها، إذ ليس على السيد لعبده حق مالي كي يفرض ظلم متولد من الربا بل للسيد حق على عبده وكذا بين الزوج والزوجة والوالد والولد فخروج هذه الموارد لتخلف حكمة حرمة الربا أي أن أخذ ما لا تملك ظلم بخلاف أخذ ما تملك، فالمقتضى بالعنوانين الثلاثة يستطيع ان يأخذ من الطرف الآخر بدون الربا فالربا المحرم حينئذ غير متصور فيها فما ذكر من ضابطة في مصححة زرارة قرينة معاضدة للتعليل الموجود في الآيات الكريمة ((ولا تظلمون)) فالإطلاق منصرف عن تلك الموارد ومقتضى الحرمة قاصر.

هذه هي الوجوه أو الأمور الذي إتضح من خلالها عدم حرمة الربا بقصد الأثر الجدي في المعاملة الربوية مع الحربي والأدلة المتعاضدة تكشف عن حقيقة واحدة ودلالاتها المختلفة تتفق على ذلك المعنى الواحد.

السادس: ان التعبير بالربا وجواز أخذه من الكافر ظاهر في إرادة المعاملة وبقصد ترتيب الأثر لا الإستنقاذ كما توهم لأن الإستنقاذ لا يقتصر على أخذ الزيادة وإنما هي وغيرها، وعليه فلا مناسبة للتعبير بالربا الذي يعني الزيادة لغة فيما لو أريد الإستنقاذ. وما ذكره صاحب الجواهر ان مراد الأصحاب من تجويز الربا بين المسلم والحربي هو لإستنقاذ المال لا ترتيب أثر المعاملة بقصد جدي إنما هي معاملة صورية لأجل ذلك، فيرد عليه:

أولاً: انه خلاف ظاهر العنوان في كلام الفقهاء ((جواز أخذ الربا)) إذ ظاهرة جواز هذه المعاملة بقصد ترتيب الأثر ولو كان مرادهم المعاملة الصورية بقصد الإستنقاذ لما ذكروه في ذيل باب الربا لأجل التوصل الى إستنقاذ المال بل لذكروه في المكاسب المحرمة، لأن كل معاملة محللة أو محرمة مخترعة أو جديدة يتوصل بها الى الإستيلاء على مال الحربي فهي جائزة لا أن يخص ذلك بالربا وإرادة الربا الصوري، والظهور الأولي للإستثناء هو كونه متصلاً لا منفصلاً.

ثانياً: ان هنا فرقاً بين تملك مال الحربي بالإستيلاء وبين تملكه بالربا؛ إذ الإستيلاء هو وضع اليد عليه أما في الربا فالتملك هو بالعقد والتملك به مقدم رتبة على الإستيلاء، ومقتضى عبائهم انه بنفس العقد يتملك في ذمته وان هذا التملك بالعقد جائز لا التملك الحاصل بعد الإستيلاء.

ثالثاً: ان الفرق بين الذمي والحربي ليس هو في الإستنقاذ بل ما ذكرنا من ان في الحربي لا يتصور ظلم، و خروج الذمي لأصل تصور الظلم في حقهم بعد عقد الذمة معهم وهذا هو وجه التفرقة لا ما ذكره في الجواهر.

وظاهر كلمات الأصحاب ان التفرقة بينهما هي في التملك بالعقد لا بالإستيلاء وهو سابق على وضع اليد.

ومنشأ حمل صاحب الجواهر كلامهم على الإستنقاذ هو إستبعاده لوقوع المعاملة الحقيقية مع المملوك، ولكنه إستبعاد في غير محله؛ لأنه نظير ما ذكروه في بيع السلاح من أهل الحرب أنه جائز في غير حالة الحرب معهم وكذلك كثير من العقود التي نصوا على جواز إيقاعها مع أهل الحرب.

نعم لو أن أهل الحرب مملوكين بالملكية الفعلية، لكان لذلك الإستبعاد مجال إذ هم لا يملكون الا بالإستيلاء، والحال في المقام هو فرض الملكية بمجرد العقد الربوي أو عقد البيع، ولذا لو إشتري مسلم من كافر متاعاً معيناً ولم يقبضها منه، أي لم يستول عليها كي يقال أنه تملك بالإستيلاء تملك بمجرد عقد البيع فلا يجوز لمسلم آخر وضع اليد عليه مع ان المسلم الأول لم يستول على المتاع بل عقد للبيع عليه مجرداً، فلو بني على كون العقد صورياً لا يملك العين إلا بالإستيلاء فيجوز للمسلم الآخر ان يستولي عليها ويتملكها الا ان هذا المثال غير واضح، لأن المسلم الأول سواء ملك البضاعة بالعقد أو بالإستيلاء وفي كليهما لم يقبضها بل بقت تحت يد الكافر فهنا يجوز للمسلم الآخر الإستيلاء عليها وتملكها مادامت تحت يد الكافر وإن قلنا أنه لا يجوز له كما لو عقد عليها بالبيع الأول فلا يجوز للثاني الإستيلاء عليها أيضاً، بعد دخولها في ملك الأول. فالتفرقة بين ما إذا عقد أو إستولى الأول لا يفرق عند الثاني بعد ان كانت تحت يد الكافر.

رابعاً: لو كان أخذ الزيادة الربوية من الكافر هو من باب الإستيلاء والإستنقاذ لا التعاقد لكان ذلك جائزاً حتى في الذمي والمعاهد؛ لأن عقد الذمة والمعاهدة لا يشمل الموارد التي يلزم أهل الذمة أنفسهم بأحكام ضرورية على أنفسهم - ألزموهم بما ألزمو به أنفسهم- فالتفرقة بينهما وبين الحربي عند الأصحاب لا بد ان تكون مبنية على إفتراق حكم ذات العقد لا حرمة ذات أموالهم فالذمي والمعاهد الذي يقدم على التعامل الربوي وهو قد ألزم نفسه بذلك وألغى حرمة ماله فتجري حينئذ قاعدة الإلزام لو كان الربا صورياً.

نعم يبقى لما ذكره صاحب الجواهر وجه؛ من جهة ان تجويز المعاملة الربوية مع الحربي، تعني جواز أخذ الزيادة الربوية بالعقد وأما ما زاد عليها، فإن قيل بعدم جواز أخذها فهذا يعني حرمة ماله والمفروض هو فيء للمسلمين.

وإن قيل بجواز أخذها؛ إذ لا حرمة لماله فهذا يعني ان أخذ الزيادة بالعقد هو بصورة تحصيل الحاصل مادام ماله فيء للمسلمين، فكونه فيء للمسلمين يعني هو مملوك بالقوة لهم وبالفعل بعد وضع اليد والإستيلاء عليه، وما دام مملوكاً فمأذون يكون للعقد من تأثير سوى أخذ الزيادة وهي مملوكة بالأساس.

ولك ان تقول: إذا كان مال الحربي مملوك بالإستنقاذ فلا حاجة الى العقد، وان لم يكن مملوكاً به، فما فرض كونه فيء للمسلمين ليس بفيء.

هذا نهاية الكلام في جواز أخذ الربا من الكافر.

تفاصيل أعمال المصارف:

أولاً: الودائع المصرفية، وقد عرفت المصادر المصرفية بـ

الوديعة: عبارة عن مبلغ معين من النقود يطلب العميل إيداعه في البنك التجاري، وتكون الوديعة أما في حساب جارٍ تحت الطلب، أي يوضع تحت تصرف العميل في أي وقت وبالتالي لا يستحق عنه أية فوائد، و أما يودع في حساب لأجل ثابت، أي لمدة محددة يتم الاتفاق عليها كتابة بموجب خطاب من العميل يحدد فيه مدة الوديعة وبالتالي أجل الإستحقاق، وأما ان تكون الوديعة متمثلة في ودائع التوفير بنوعيه العادي وذي الجوائز وهي نوع من أنواع الودائع القاصرة على الأفراد الطبيعيين فقط، وأما ان تكون الوديعة في شكل شهادة إيداع أو شهادة إيداع قدر عائداً تجارياً بصفة منتظمة ولمدة محددة أيضاً أو عائد ريع سنوي أو نصف سنوي أو عائد سنوي، وقد تكون الشهادة ذات قيمة متزايدة، والودائع تكون من حيث المودع أما ودائع حكومية أو ودائع قطاع عام أو ودائع قطاع خاص أو ودائع القطاع العائلي، وجميع أنواع الودائع تستحق الفائدة بإستثناء الودائع تحت الطلب^(١)

وللبنوك عمالان متعاكسان، في أحدهما يفترض ان العميل يقدم أمواله الى البنك بنحو التوديع عنده، والآخر يفترض العكس والبنك هو من يدفع الأموال الى المستلف.

وبحثنا الآن عن العمل الأول تحت عنوان (الودائع المصرفية) ثم نبحت عن العمل الثاني تحت عنوان (السلف البنكية).

أما الكلام عن الودائع المصرفية فله أنحاء ثلاثة.

(١) المطلحات المصرفية تحت رقم (٢٥٧) - عبد المعطي محمد حشاد

النحو الأول: ان الشخص يدفع مبلغاً معيناً من أمواله الى المصرف على ان يكون له حق في أخذه متى أراد وشاء ويصطلح عليه (بالحساب الجاري) أو بالوديعة تحت الطلب على ما ذكر في التعريف المصرفي المتقدم.

وفي هذا النحو لا يقدم البنك أية فائدة الى الشخص كما ان الشخص لا غرض له سوى الإيداع والمحافظة على أمواله من السرقة ونحوها.

النحو الثاني: أن يدفع الشخص مبلغاً معيناً من المال الى البنك على ان يبقى المبلغ لدى البنك فترة معينة (محددة) يتفق عليها الطرفان، ولا يكون له حق في أخذها اثناء المدة، وفي هذا النحو يقدم البنك فائدة الى الشخص تحدد بينهما حسب الاتفاق ويصطلح على هذا النحو (الودائع الثابتة) أو الودائع لأجل.

النحو الثالث: أن يدفع الشخص مبلغاً معيناً من المال الى البنك، ويكون له الحق في أخذه متى ما أراد، وكلما بقي فترة أطول إستحق الشخص على البنك فائدة أكثر، وعليه ففي هذا النحو يفترض وجود كلتا الخصوصيتين للنحوين السابقين، خصوصية النحو الأول - الأخذ متى أراد - ثابتة، كما ان خصوصية النحو الثاني - إستحقاق الفائدة ثابتة ايضاً، ويصطلح على هذا النحو (بودائع التوفير).

وقبل الشروع في حكم هذه الأنحاء يطرح السؤال الثاني وهو:

هل الودائع البنكية قرض أم دين؟

والمعنى ان الحديث عن عناوين البنك هل تعتبر مصداق لعنوان شرعي صحيح وحلال، أو هي مصداق لعنوان شرعي صحيح وحرام، فالوديعة بالعرف المصرفي هل ينطبق عليها عنوان الوديعة الشرعي أو ينطبق عليها عنوان القرض الشرعي، وقبل

الإجابة لا بد من بيان بعض المصطلحات الشرعية والتفرقة بينهما وهي الوديعة، العارية، القرض.

أما الوديعة: فهي إستنابة في الحفظ، بمعنى ان المودع يودع أمواله الى شخص ثاني ليكون هو من يتولى حفظها وكالة عنه، فيأخذها وهو ما يسمى بالودّعي و يحفظها في مكان محرز مأمون وليس له حق التصرف فيها من دون إذن المودع؛ لأن ذلك مناف لمقتضى الإستئمان ولا يجوز التصرف في مال الغير من دون طيب نفسه، بل يمكن القول ان الإذن غير ممكن إذ لو أُذن في التصرف إنقلبت الوديعة الى العارية، فإن الفارق الأساسي بين الوديعة والعارية بعد كون المال في كليهما يكون باقياً على ملك صاحبه الأول ويكون أمانة لديه، غايته في العارية يفترض الإذن في التصرف بخلاف الوديعة لا معنى للإذن في التصرف؛ لأن الوديعة متقومة بعدم الإذن في التصرف، وهذا يعني ان الوديعة مع الإذن في التصرف لا يجتمعان لأنهما أمران متنافيان.

وأما العارية: فقد إتضح معناها مما سبق، فهي عبارة عن إستنابة في حفظ المال مع إجازة في التصرف فيه تصرفاً غير متلف للعين، كما لو دفع شخص المال الى الغير ليكون أميناً في التحفظ عليه، ولكن مع الإجازة في التصرف فيه تصرفاً غير متلف للعين، كما لو أعاره كتاب وأذن له بمطالعتة ولا معنى ليأذن له في بيعه أو إهدائه أو حرقه فإن ذلك يتنافى مع عنوان العارية، إذ العارية تشترك مع الوديعة في لزوم إفتراض بقاء العين من دون إذن في إتلافها، غايته أما من دون الإذن في أي تصرف، وهذه هي الوديعة أو مع الإذن في التصرف الغير المتلف وهذه هي العارية.

وأما القرض: فهو عبارة عن إخراج الشخص المال عن ملكه وتمليكه للطرف الثاني مع إشتراط ضمان البديل فيكون المال خارجاً عن ملكه مع ضمان بدله وفي الوديعة والعارية يكون المال باقياً على ملك صاحبه، وهذا فارق أساسي بين القرض وكل منهما. وبعد هذا العرض يتضح ان الأموال التي يدفعها الأفراد الى البنوك بعنوان الإيداع ليست هي مصداق للوديعة الفقهية كما لا ترجع الى العارية وانما ترجع الى القرض فالشخص يقرض ماله الى البنك.

وإفتراض ان المودع يأذن في التصرف للبنك في ماله، فنقول ان لازم كون ذلك وديعة بقاء المال على ملك صاحبه المودع، ومن ثم يلزم ان تكون الأرباح ملكاً له ايضاً لأنها تابعة للمال وليست ملكاً للبنك.

نعم لو إشتغل بها البنك تكون له أجره عمله - أجرة المثل - لا ان تكون جميع الأرباح له، والواقع الخارجي على عكس ذلك فالبنك يعمل بأموال المودعين وتكون الأرباح له.

فإن قلت: لو وسع من دائرة الإذن في التصرف للبنك كما لو قال صاحب المال أذنت للبنك في التصرف بالمال حتى بإزالته عن ملكي وكأنه قال له: تصرف بالمال بأي شكل حتى بإخراجه عن ملكي ومعه تكون الأرباح عائدة للبنك من دون محذور.

قلت: إذن الشخص في إزالة ملكية ماله عنه هل هو مجاناً أو بشرط ضمان المثل - البديل - المتعين هو الثاني وليس ذلك الا القرض كما بئين.

وعليه فما يدفع للبنوك لا يمكن ان يكون الا بنحو القرض؛ والا لو لم يكن بقرض فإن إخراج المال من ملك المودع عمل سفهي وإسرافي غير صحيح والعاقل لا يقدم على ذلك.

يبقى لماذا يطلق عنوان الوديعة على الأموال المعطاة للبنوك؟

والجواب عنه: أولاً: لأن عمل البنوك نشأ في البداية بشكل إيداع حقيقة فكان الناس في البداية يضعون أموالهم في البنوك تحفظاً عليها من دون أن يتصرف البنك بها، ثم تطور الأمر وتحول الدفع على شكل قروض مع بقاء الإسم السابق - الوديعة - على ما هو عليه.

ثانياً: ان يكون الدفع حصل بداعي إغراء الناس في إيداع أموالهم وتقديمها للبنوك فأصطلح عليها بالوديعة لإيحاء الناس بأنهم يتحفظون على أموالهم من التلف ولا غرض لهم سوى ذلك.

ثالثاً: أن ذلك نشأ من الغفلة وعدم الإطلاع على واقع الحال، وهنا لا معنى للغفلة من قبل المودعين فإن تعلق المسألة بأموالهم تدفعهم لمتابعة الأمر والوقوف على حيثياته وواقع حاله.

والصحيح في الجواب: هو ان إستعمال مصطلح في مجال ليس من الضروري ان يكون المراد هو في مجال آخر، فإستعمال الصيارفة إسم الوديعة مع أنها في الفقه نفس المصطلح لا يعني انها هي وان المراد منهما واحد من قبيل الإشتراك اللفظي ليس الا، ويؤيده ان الصيارفة مصرون على انها وديعة وليست قرضاً.

هذا وحاول بعض المعاصرين تصوّر الوديعة، وذلك بإفتراض ان الإيداع متعلق بمالية المال وليس بأشخاصه وأوراقه، وحيث تكون المالية هي المتعلق للإيداع وهي محفوظة لا تتغير مع التصرف وإنما الذي يتغير هو الأوراق أو بعبارة ان المتغير هو اللون والمظهر الخاص للمال ومعه فلا إشكال في تصور الوديعة على هذا.^(١)

وأجاب البعض: بأنه لا بقاء للمالية وان المتغير هو المظهر الخارجي كما لو وضع البنك بدل الأوراق الأولى أوراقاً أخرى، ففي مثله يقال بأن المالية بُعد محفوظة في البنك وهي المتعلق للإيداع ولكن أحياناً قد تخرج من الأساس من البنك ولا يوضع بدلها أموالاً أخرى، غايته ان البنك يدفع للشخص الأول متى ما جاء اموالاً جديداً وانه في مثل هذه الحالة - حالة غالبية في البنوك- لا تعود المالية محفوظة في البنك.

وهذا الجواب غير تام بأن ما ذكر لو تم فهو يتم في فرض ان المال يبقى في البنك والذي يتغير هو مظهره الخارجي فقط، كما إذا وضع البنك بدل الأوراق الأولى أوراقاً أخرى، أنه في مثل ذلك يمكن ان يقال: ان المالية بُعد محفوظة في البنك، وهي المتعلق للإيداع ولكنه أحياناً قد تخرج المالية من الأساس من البنك بمعنى ان الموظف يدفع تلك الأوراق المودعة الى شخص آخر من دون أن يضع بدلها أموالاً أخرى، غايته أن البنك يدفع للشخص الأول متى ما جاء أموالاً جديدة، أنه في مثل هذه الحالة التي هي حالة غالبية في البنوك - لا تعود المالية محفوظة في البنك^(٢)

الا أنه غير تام لأن متعلق الإيداع وهو المالية تبقى محفوظة في البنك ما زال البنك يحتفظ بالأموال، فتكون الوديعة من قبيل الكلي في المعين، حيث يبقى حق المودع مادام

(١) مجلة أهل البيت عدد ٧ ص ٥٦ - ناصر مكارم الشيرازي
(٢) فقه البنوك - ص ١٦٩ - باقر الإيرواني

مقدار ماليته موجودة في البنك، وهذا ما مثل له الفقهاء بصاع من الصبرة، وعليه فالمالية محفوظة ما دام مقدارها موجود في البنك.

فإذا قيل: ان المالية وان خرجت من البنك ولكنها بالتالي هي محفوظة في ذمة البنك.

قيل: بناءً على هذا يصير كل قرض وديعة أي يكون القرض مصداقاً للوديعة باعتبار ان مالية المال المقترض محفوظة في ذمة المقترض، وهو ملزم بحفظها وأداءها. وفيه: ان عهدة البنك مشغولة لا ذمته ما دامت أموالاً موجودة فيه بمقدار المال المودع أو أكثر ألا اذا أفلس البنك.

للوديعة معنيان فقهيان:

أحدهما: الوديعة بالمعنى الخاص أو الأخص، وهو ما تقدم من الكلام من أنها عبارة من إستئمان شخص لحفظ مال معين من دون أي تصرف فيه.

وثانيهما: الوديعة بالمعنى الأعم، وهي ما تشمل العارية والإجارة والمضاربة والوديعة بالمعنى الأخص، فإن العين في جميع هذه الحالات أمانة بيد الطرف الثاني ولا يضمن لو تلفت من دون تعدٍ وتفريط، فعنوان الوديعة الأعم صادق في جميع ذلك، وما يدفع للبنوك ليس هو وديعة بأي معنى منهما.

أما انه ليس وديعة بالمعنى الأخص فلفرض الإذن في التصرف، وقد مر ان الوديعة بالمعنى الفقهي الأخص لا تجتمع مع الإذن في التصرف ولو كان تصرفاً جزئياً، ولذا لا يذكر الفقهاء في باب الوديعة أن الودعي يجوز له التصرف إذا أذن له المودع بل يقولون: لا يجوز التصرف أبداً إلا في حدود حفظ العين.

وأما انه ليس وديعة في المعنى الأعم فباعتبار ان الوديعة بهذا المعنى يلزم منها بقاء العين من دون اذن في اتلافها، ومن الواضح ان من يدفع أمواله الى البنك يأذن له بإتلافها ولكن بشرط ضمان المثل.

إذن كلا المعنيين للوديعة لا يتصور في المقام.

ولا مانع من تحقق الوديعة بالمعنى الأخص كمن يملك مجموعة من الأموال النفيسة كالمجوهرات ونحوها وأراد حفظها في البنك حيث يضعها البنك في صندوق خاص ويدفع له مفتاحاً خاصاً به، وهنا يأخذ البنك أجره على تحفظه على تلك الأموال، وربما عند البعض يدفع البنك فائدة لصاحب المال بإعتبار ان البنك قد ارتفع مستوى إعتباره في الأوساط بسبب ذلك الإيداع، والوديعة بالعين الخاص حيث تبقى عين المال من دون أي تصرف فيها، وأخذ الأجرة أو إعطاء الفائدة على ذلك جائز لا محذور فيه لأن الفائدة إنما تحرم في مجالين - هما القرض والبيع - والمقام ليس مورداً أو مصداقاً لهما.

ولكن هذا خارج عن محل كلامنا، إذ كلامنا هو في الوضع المتعارف للأموال في البنوك الذي يعبر عنه بالحساب الجاري بأقسامه الثلاث المتقدمة.

وقد حاول بعض الفقهاء تصوير الودائع البنكية أنها ودائع حقيقية لا قروض وهذا ما قال السيد الشهيد الصدر الأول (قده) وبناء على إمكان تصوير ذلك خلافاً لما ذهب اليه المشهور للمتأخرين في هذه الأعصار ولما ذكره الشيخ حسين الحلبي (قده) حيث بنى أنها قروض لا ودائع بشواهد ثلاثة وكلام السيد الصدر الأول ناظر الى ما استدل به من الشواهد.

الشاهد الأول: ان المودع التي يتعامل مع البنك لا يحتفظ له البنك لشخص ماله وهذا خلاف الوديعة.

الشاهد الثاني: أنه لو كانت وديعة وتلفت عند البنك من دون تفريط فلا يكون البنك ضامناً، مع ان الإرتكاز المعاملي البنكي الجاري على الضمان، وهذا موافق مع القرض.

الشاهد الثالث: ان البنك يأخذ الأرباح كلها ويدفع قليلاً منها للمودع.

وأجاب الشهيد الصدر الأول (قده) على تلك الشواهد بصياغتين:

الأولى: ان يقال بأن الودعي يعطي ماله للبنك كوديعة ويأذن له في الإتجار بها كمضاربة، فهي وديعة مع الإذن بالإتجار، فهما كشريكين غاية الأمر يشترط المودع عليه الضمان، والضمان ليس من القسم الأول ولا الثاني بل هو من القسم الثالث أو الرابع -المتقدمة- اعني ضمان شرط الفعل أو تنزل القيمة، وهذا لا يخالف المضاربة وفي الشركات ايضاً لا تحفظ خصوصية مال المالك مع ان الشركة ليست قرضاً بل هي نوع إيداع أحد الشريكين عند الآخر والضمان المشترط فيها بعد عدم كونه من القسم الأول والثاني -بل ضمان شرط الفعل- فيغاير القرض حيث ان الضمان فيه من القسم الأول وضعي من حيث إعطاء القرض.

الشاهد الرابع: بإمكان جعل البنك الحصة الكبيرة لعامل المضاربة ويأخذ لنفسه الحصة القليلة.

الثانية: وهي فكرة صاحب الجواهر (ره) وبلورها الشهيد الصدر الأول (قده) وبيانها: ان إعطاء الأموال الى البنك ليس من الضروري ان يكون قرضاً بل شركة بنحو

الكلي في المعين لا بنحو المعهود من الكلي الإشاعي، فصاحب الحساب المتعامل مع البنك يتعاقد معه بصيغة أجعل مالي عندك، ككلي في المعين في الأموال التي لديك لا الإشاعي.

والفارق بين الكلي في المعين والكلي المشاع يظهر في باب الخمس والزكاة والبيع والضمان والتلف وغيرها، وحقيقية الكلي المعين و الإشاعي على أشهر الأقوال ان كلاً منهما خارجيان وليسا ذميين، غاية الأمر في الكلي المشاع في كل جزء جزء من المال يشتركان في الملكية، وأما المعين فماهيته ملكية كلي بدلي في مال معين خارجي كملكية صاع من الصبرة على البديل، كعموم بدلي لا عموم إستغراقي كما في المشاع.

والجديد في كلام الجواهر إنما هو إنشاء الشركة بنحو الكلي في المعين ابتداءً، لا أنه يتبع شيء آخر فعلى صحة ذلك يصور الصدر (قده) الصياغة الثانية، بأن يأذن المودع للبنك في المضاربة والتعامل بمجموع المال المشترك بهذا النحو من الشركة، ويشترط المودع عليه إن لو اقدم البنك على تجارة خاسرة يجب ان يقابل الكلي المعين في رأس المال مع العوض في التجارة الخاسرة بنفسه والخسارة تكون في غير الكلي.

مثال ذلك: المودع له عشرة دنانير والبنك له مائة دينار، فيقع من البنك في معاملاته خسارة كمائة دينار بثمانين، ويكون المودع قد إشتراط في بدء الشركة مع البنك أنه لو اقدم على تجارة خاسرة فالخسارة لا تقسّط بل تكون كلها على العامل - البنك - وان كان هناك ربح فبالنسبة ويهب الباقي له وبالتالي لن يكون هناك خسران يتحملة المودع وسوف يشترك في الربح، وهذا طريق لبقاء الوديعة على حالها.

وقالوا بالفرق بين الكلي في المعين وبين الكلي الإشاعي وهو ان الثاني لو لم يجر عليه التعاوض وتلف منه شيء يكون التالف بالنسبة عن كلا الطرفين - أصحاب الشركة - ولو نَمى يكون بالنسبة الى كليهما أيضاً، وأما الأول فإذا تلف منه شيء لا تسري الخسارة الى صاحب الكلي في المعين وإنما تختص بصاحب المجموع وإذا نَمى يكون النماء لصاحب المجموع ولذا قالوا لو تلف الصبرة وبقي منها صاع فهو يُسَلَّم لصاحب الكلي في المعين.

وأما في التعاوض فقالوا بأنه يشترك بالكلي الإشاعي مع الكلي المعين في الربح والخسارة، أما في الكلي الإشاعي فواضح وأما في المعين فالربح يكون بنسبة الكلي الى المجموع وكذلك الخسارة.

ولكن قد يقال: ما الفرق بين التعاوض وغيره، ولمَ لا يقال في الكلي في المعين كالكلي الإشاعي، غاية الأمر نماؤه في الربح بدلي، كما ان مقتضى القاعدة في التعاوض في الكلي في المعين ان يكون الربح لصاحب الكلي بحسب نسبته الكسرية غاية الأمر ليست إشاعية، وهذا غير ما يريد صدر (قده) فلولا الإشتراط لكانت الخسارة عليهما بحسب مقتضى القاعدة، وبالإشتراط تكون الخسارة على صاحب المجموع لا على صاحب الكلي.

وصيغة الإشتراط ان يقول: ان عشرة الدنانير في المائة ليست لك ان تعاوضها بغير العشرة بل بها فما زاد، ففي المعاملة التي يقع فيها خسارة ليس لك ان تعاوضها بأقل وتكون الخسارة في مالك لا في مالي، وهذا شرط غير مخالف للكتاب والسنة؛ إذ مآله عدم الإذن في المعاوضة بنحو معين.

وأما كون أكثر الأرباح للبنك فيمكن تصويرها بتمليك صاحب الكلي أرباحه بعد تملكه لها بإشترط كونها للبنك مآلاً والتعليق ههنا في الشرط لا إشكال فيه إذ لا إجماع قائم على بطلانه، كما ذهب الى ذلك المحقق النائيني (قده) فالشرط ههنا تمليك صاحب الكلي مقداراً من الأرباح للبنك معلقاً على تملكه.

وقد أجاب بعض المعاصرين عن الوجهين —

اشكال صغروي فيها، فإن قول السيد الصدر (قده) بأن البنك يكون وكيلاً من قبل أصحاب الأموال لإيقاع المضاربة مع أصحاب الأعمال فليس في البين قرض وإنما هي وكالة في الأخذ من المودعين لإيقاع المضاربة مع أصحاب الأعمال، من انه ليس من وكالة متحققة في البين؛ لأن المال المتداول ليس نقدياً، بل الغالب الأكثر فيه هو في الذمة وصاحب الأموال لا يعطي البنك النقد فغالب الأموال ذمم مثل الصك والحوالة فيتملك في ذمة البنك هذا المقدار، وعلى هذا لا يكون البنك وكيلاً بل يكون مديناً، هذا في العلاقة بين البنك وأصحاب الأموال وأنها دين لا وكالة في أعيان الأموال.

وكذلك العلاقة بين البنك وأصحاب الأعمال ليست وكالة في المضاربة أو عقود جائزة أخرى وإنما هي ديون ايضاً، لأن أصحاب الأعمال إنما يتداولون في أعمالهم بالتعامل على ذمة البنك ويستوفي البنك لكل منهم ماله في حسابه من ذمة البنك، وهذه خاصية الدين لا الوكالة في اعيان الأموال فالتعامل بعوض في الذمم لا محالة يكون ذلك العوض وجوده السابق على المعاملة في الذمة من باب الدين والقرض فتصوير الوديعة في كلا الحالتين ممتنع صغروبياً^(١)

(١) فقه البنوك ص ٢٣ - ٢٤ - السند تقاريرات مصطفى الألكندري

ويلاحظ عليه :

أولاً: ان العقود تابعة للقصد وما لم يقصد الدين لا يتحقق بل يتحقق ما قصد وهو الوديعة لا غير.

ثانياً: لو تنزلنا وقلنا انه دين لا وكالة فإنما ذلك من الجهة الأولى وهي ما بين البنك وأصحاب الأموال لا ما بينه وبين أصحاب الأعمال إذ هو ليس وكيلاً عنهم.

ثالثاً: القول بأن أصحاب الأموال لا يعطون النقد البنك على الغالب دعوى بلا دليل، وكون بعض الأموال ذم مثل الصك والحوالة في أحيان قليلة لا غالبية ولا دائمة.

رابعاً: ان ضمان قيمة الوديعة للمودع في حال خسارة رأس المال لا مانع من قيام البنك بذلك بإعتبار انه يلعب دور الوسيط لا دور العامل كي يقال بعدم جواز ضمان العامل رأس المال في عقد المضاربة، ويقصد بهذا الضمان تعهد البنك للمودع بقيمة الوديعة عند وقوع الخسارة عليها في عقد المضاربة أتلفت بغير تفريط من العامل وتقصيره وهذا المعنى من الضمان يمكن ان يتصور في الديون كما يمكن ان يتصور في الأعيان معاً.

ففي الديون لا يكون معناه نقل الدين من ذمة الى ذمة أخرى وهي ذمة الضامن - البنك - ولا ضم ذمة الى ذمة فإنه باطل شرعاً، بل معناه التعهد بأداء الدين مع بقاءه على ذمة المدين - العامل - ومن هذا القبيل قبول البنك للشيكات فإنه لا يقصد به نقل الدين من ذمة المدين الى ذمته، بل يقصد معنى آخر للضمان وهو يتعهد بأداء الدين الى الدائن خارجاً مع بقاءه في ذمة المدين وعدم إنتقاله الى ذمته ونتيجة هذا التعهد ان للدائن ان يرجع الى الضامن - البنك - إذا امتنع المدين عن الأداء ومطالبته بذلك على أساس تعهده به.

ولو وقعت الخسارة للعين يتعهد البنك بتكفل خسارتها حال وقوعها مع ان مقتضى القاعدة كون تلف المال يعتبر خسارة على المالك لا على غيره ولكن إذا تعهد غيره بتكفل الخسارة وتداركها إذا وقعت، كان عليه لا على مالكة، وما نحن فيه من هذا القبيل، فالبنك يتعهد للمودع بتكفل خسارة وديعته حال وقوعها وبدلها حال تلفها من دون تقصير من العامل، وبهذا تتعزز ثقة المودع بالبنك وان وديعته مضمونة ولا ترد الخسارة عليه حال تلفها^(١)

وأما الإشكال الكبروي فهي:

أولاً: ان في الحيلة الأولى صحة شرط الضمان فيها مختلفة، وقد ذكرنا انه في المضاربة يشكل إشتراط الضمان من المالك على العامل ولو بالقسم الثالث أو الرابع من اقسام الضمان، ومن المحتمل التزام المشهور بذلك.

وهذا ليس بشيء لما تقدم بأن البنك يلعب دور الوسيط لا دور العامل كي يقال بعدم جواز ضمان العامل رأس المال في عقد المضاربة.

ثانياً: ان الحيلة مبتنية على التعليق، ومقتضى دليل بطلان التعليق شامل للعقود والشروط.

الا ان هذا التعليق الباطل هو التعليق الجعلي المجعول بالشرط لا التعليق الذاتي لنفس العقد وهو هنا كذلك.

ثالثاً: ان فيها تمليك للمعدوم؛ لأن البنك ليس فيها عامل المضاربة بل ودعي وسيط بين صاحب المال وعامل المضاربة فإشتراط تمليك صاحب المال نمائه للبنك —

(١) البنوك ص ٢٩- ٣٠ الفياض

تمليكاً فعلياً - تمليك للمعدوم لأن الأرباح لم تظهر حين التعاقد مع البنك، مضافاً الى مخالفتها لقانون ماهية المعاوضات.

وجوابه: انه من الواضح أن يكون هذا الإعطاء على أساس عقد الجعالة والبنك ليس طرفاً لعقد المضاربة بين المالك والمستثمر، والعقد لا يتطلب اشتراكه في الأرباح، ولكن عمله محترم لقيامه بعملية المضاربة بين المالك والعامل وإنجازها والإشراف عليها الى نهايتها، فمن حقه أخذ العمولة لقاء هذا العمل وهذا يخرج على أساس الجعالة فإن المورد يطلب من البنك قيامه بعملية المضاربة لودائعه وإنجازها والإشراف عليها لقاء جعل محدد ولا مانع من ذلك، فإن كان الجعل من ماله الخارجي المملوك له بالفعل فلا إشكال فيه.

وإن كان حصته من الربح فقد يشكل فيه تارة بأنه مجهول وأخرى بأنه معدوم فعلاً وكلا الإشكاليين لا أثر لهما في المقام.

أما الأول: فلا يعتبر معلومية الجعل فإن كونه مجهول لا يضر بصحة عقد الجعالة، إذ لا يعتبر كون الجعل معلوم القدر، نعم يعتبر أن لا يكون أصل وجوده مجهولاً كما يعتبر أن لا يكون من المجهول المطلق كالشيء.

وأما الثاني: فلاينه لا يعتبر في الجعل أن يكون قابلاً للتمليك في عقد الجعالة حتى يعتبر في صحتها. بل يعتبر الجعل ان يكون شيئاً موجوداً في الخارج ومملوك للجاعل بالفعل فيملكه المجمعول له بالجعالة، أو يكون شيئاً ثابتاً في الذمة، وذلك لأن المجمعول له لا يملك الجعل بنفس عقد الجعالة من الجاعل وإنما يملك بعد إنجاز العمل المأمور به خارجاً، وفي هذا الظرف لا بد ان يكون الجعل قابلاً للتمليك من الجاعل،

وإن لم يكن قابلاً له حين العقد، والمقام أن المودع كان يجعل للبنك حصة من الربح إذا أنجز المضاربة وواصل الإشراف عليها إلى إنتهاء مدتها وفي هذا الظرف تكون حصة من الربح موجودة في الخارج ومملوكة للجاعل فعلاً وقابلة للتمليك كذلك.

فإن قلت: ان الربح غير مضمون فإنه قد يتحقق وقد لا يتحقق فلا يصح للمودع أن يجعل حصة منه جعلاً في عقد الجعالة.

قلت: ان الربح إنما يكون مشكوكاً بالنسبة إلى كل مضاربة مستقلة، إلا إنه بالنسبة إلى مجموع عقود المضاربة التي قام البنك بإنجازها كان مضموناً عادةً، على أنه ليس من الضروري أن يكون الجعل من الربح كما لو كان من ماله الخارجي.

ولا يمكن جعل حصة من الربح للبنك على أساس عقد المضاربة لأنه ليس طرفاً فيها بل هو وسيط بين المالك والعامل وإشرافه على عملية المضاربة وإنجازها، والربح بين المالك والعامل بنسبة مئوية من الربح دون غيرها كالبنك الذي هو خارج عن طرفي العقد، وإفتراض عقد مضاربة جديدة بينه وبين المودع خُلف.^(١)

وأما مخالفته لقانون المعاوضة - دخول العوض في ملك من خرج منه العوض وكذا العكس وهو ما يُعبر عنه بتقابل العوضين في إضافة الملكية والتبديل فيها وهذا المعنى ذاتي لا يتخلف عنه كما ذهب إليه الشيخ الأنصاري (قده).

فلا مخالفة لأن الأرباح تدخل في ملك المودع وبعد تملكها يملكها للبنك لا أنها تذهب مباشرة للبنك لتقع مخالفة لقانون المعاوضة.

(١) البنوك ص ٣١-٣٣ الفياض

هذا والعمولة التي يأخذها البنك من المودع على أساس الجعالة كما تقدم، يمكن تخريجها على أساس الإجارة، حيث سيستأجر المودع البنك للقيام بعملية المضاربة لأمواله والإشراف عليها الى نهايتها لقاء أجره معينة ومن المال القابل للتملك حين العقد، بأن يكون شيئاً خارجياً مملوكاً للمودع بالفعل، أو شيئاً ثابتاً في ذمته، ولا يتم هذا التخريج إذا جعل الأجرة حصة من الربح لسببين هما.

الأول: أن الحصة من الربح مئوية مجهولة، ويعتبر في عقد الإجارة معلومية الأجرة.

الثاني: أن الأجرة لا بد وأن تكون قابلة للتملك من قبل المودع حين العقد لأن الأجرة يملكها الأجير حين العقد، والمفروض أن الربح غير موجود حين العقد حتى يملكه المودع البنك - الأجير - فالأجرة لا بد أن تكون شيئاً ثابتاً في الخارج المملوك للمودع بالفعل أو شيئاً ثابتاً في الذمة، وإلا فلا تصلح أجره. وقد يقال: بأن ضمان العهدة مما لا دليل عليه.

فإنه يقال: أن ههنا وجوهاً أقيمت لصحته وهي:

الأول: أنه عقلائي يكون مشمولاً لعمومات الضمان وتشمله ((أوفوا بالعقود))

(المائدة الآية: ١)

الثاني: جملة من الروايات الواردة في أبواب متفرقة وقد أفتى المشهور بها في مواردنا وإن لم يعنونوه في باب الضمان.

ومفادها هو هذا الضمان، ولا خصوصية لمواردنا، ومن ثم تكون ماهية مستقلة عن

بقية أنواع الضمان وتلك الموارد المنصوصة هي:

- أ - الضامن الذي يضمن البائع أو المشتري ويسمى بضمان الدرك في كتاب البيع.
- ب - ضمان الدلال الذي يدلل وكالة لبضاعة معينة كعامل المضاربة الذي هو دلال بأجرة عقد المضاربة لا بعقد الإجارة في كتاب المضاربة والبيع.
- ج - ضمان الأجير حيث أن للمستأجر أن يضمن الأجير مع كونه أميناً حيث يخاف المستأجر أن يدعي الأجير تلف المال لكي يسرقه كما يقع حالياً في النقل البحري وهو مبحوث في كتاب الإجارة فالدلال والأجير ليست ذمتهما مشغولة ولكن صحَّ فيها هذا الضمان.
- د - ضمان المستعير كما في كتاب العارية حيث وردت روايات تجوز تضمين المستعير ولا ينطبق ذلك الضمان على ضمان الغرامة لأن يده مأذونة، كما تقدم في الأجير.
- هـ - ضمان الودعي: في الوديعة مع كونه مأذوناً في وضع يده.
- و - ضمان نفقة الزوجة المستقبلية.
- ومقتضى هذه الروايات في تلك الموارد هو صحة هذا الضمان لا سيما وأنه عقلائي.
- الثالث: الآية الكريمة ((قَالُوا نَفَقْدُ صَوَاعَ الْمَلِكِ وَلَمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ)) (يوسف: الآية ٧٢)
- بتقريب ان جعل المنشأ المذكور في الآية ليس منجزاً بل هو تعليقي، ومع ذلك يصدق عليه الضمان وإنشاء المتكلم في الآية وكالة عن يوسف (عليه السلام) وفي رواية ((كل زعيم غارم)) أي كل منشيء للضمان يغرم.

الرابع: ضمان الجريمة: حيث أنه ليس من نقل الدين من ذمة الى ذمة أخرى ولا هو من قبيل ضمان الغرامة، وصورته تعاقد شخصين على دفع الدية بشرائطها على تقدير الإلتلاف وجناية الطرف الآخر ف ضمان الدية في الجريمة ليس غرامة بالفعل مع كونه ضماناً بالفعل لا إختصاص لذلك الضمان بذلك المورد^(١).

ومنه تخريج ضمان التأمين لأن التأمين هو تعهد الشركة بجبر الخسارة من التلف مقابل أقساط شهرية أو سنوية يدفعها المؤمن له.

ولو فرض أن الإيداع هو قرض حقيقة كما عليه المشهور لا أنه وديعة كما يقوله البعض فإن الزيادة على أساس القرض تتصور على أقسام:

١- للمقرض على المقرض

٢- للأجنبي على المقرض

٣- للمقرض على المقرض

٤- للأجنبي على المقرض

ولا شك في عدم حرمة القسمين الأخيرين، كما لا شك في حرمة القسم الأول، وإنما وقع الكلام في ملاك الحرمة وهل هو عود النفع الى المقرض فقط أو عود الضرر الى المقرض، فعلى الأول تختص الحرمة بالقسم الأول، وعلى الثاني تشمل القسم الثاني ايضاً.

وقد يقال كما قيل بأن ظاهر الأدلة هو الأول.

(١) فقه البنوك - السند

والبحث يقع في أن مطلق النفع وإشتراطه في القرض هو محرم - ولو كان لأجنبي - أو لا؟

وهذا البحث لم يعنون في كتب القدماء والمتأخرين إلا في العروة^(١) وللحكيم في منهاجه وكذا الخوئي والسيد السبزواري.

فهذه المسألة مستحدثة فلا إجماع في البين.

وأما الأدلة التي أقاموها على حرمة شرط الزيادة مطلقاً - ولو كانت لأجنبي - فهي إطلاقات باب الربا كقوله تعالى: ((فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ)) ((البقرة: الآية ٢٧٩)) وقوله (عليه السلام) ((كل قرض جر منفعة فهو حرام)) ((إنما جاء الربا من الشروط)) وغيرها من الأدلة.

وأجيب عنه: بأن الأدلة منصرفة الى حرمة الزيادة التي يأخذها المقرض لا الأجنبي فقوله تعالى: ((فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ)) يعني لكم ايها المقرضون وأما الأجانب فلا دليل على دخولهم تحت مفاد الآية وقوله (عليه السلام) (لا تأخذ الا مثل ما أقرضت) يعني لا تأخذ ايها المقرض.

فإذن هنا كبرى مسلمة وهي حرمة اخذ الزيادة الراجعة الى المقرض.

وفيه أن هذا الإستظهار غير تام، إذ في قوله تعالى: ((فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ)) ومن الواضح أن الظلم قد وقع على المقرض وإذا كانت الزيادة للأجنبي إذ لا يفرق عند المقرض ان الزيادة للمقرض أو للأجنبي ما دامت زيادة على القرض يتعين عليه دفعها وكون الزيادة للأجنبي إنما هي بشرط الشارط وهو المقرض

والمشروط عليه هو المقترض فيتحقق إشتراط المقرض على المقترض، ومعناه أنه من حق المقرض أن يُلزم المقترض بأن يدفع المال للأجنبي فدفع المال للأجنبي ملك حقي للمقرض على المقترض، كما لو أمره بصدقة كان الدافع كأنما هو المقرض وإليه يعود الثواب فذات المشروط إحسان يقوم به المقرض بتوسط الإشتراط، فما يشترطه المقرض على المقترض - ولو بالدفع الى الأجنبي إنما يتم الدفع منه وإن لم يدخل في ملكه لكنه بمنزلة دخوله في ملكه فذات المشروط زيادة عينية عائد نفعها للمقرض.

نظير ما إذا إشتراط كون الخيار للأجنبي فحينئذٍ من يستطيع إسقاط الخيار هو نفس من له شرط الخيار لا الأجنبي وإن إشتراط إن له إعمال الخيار ولكن إسقاطه بيد الشارط وإن لم يتملك الشارط لفسخ أو الإمضاء.

وفي ما نحن فيه لما كانت ملكية الشرط للمقرض، فالنفع يعود إليه حقيقة، نعم ليس هذا نفعاً مالياً بل هو نفع حكماً لأن الإحسان للغير أو عمل البر ككنس المسجد نفع حكمي لا مالي، وبناء على حرمة، جميع الزيادات فهذا ايضاً حرام، لكن كون ذلك منفعة حكمية لا مالية يتم على القول بكون مقتضى الشرط مفاداً تكليفاً بحتاً وهو وجوب الوفاء بالشرط.

وأما بناء على انه يفيد حكماً وضعياً وهو ثبوت حق للشارط وإن هذا الحق يكون مضموناً على المشروط عليه لو فرط في أدائه، أي ان الشارط يملك مالية ذات الشرط على المشروط عليه فيكون حينئذٍ شرط الزيادة للأجنبي عن الزيادة والمنفعة المالية.

وعلى هذا فالزيادة هنا المقرض هو من أخذها وإن كانت للأجنبي فلا يصدق عليه لا تأخذ الا مثل ما أقرضت، والذي معناه لا تأخذ ايها المقرض وقد أخذ، فهي زيادة راجعة الى المقرض فتكون حراماً.

ويمكن الإستفادة من بعض الروايات كصحيحة يعقوب بن شعيب المطلقة من هذه الناحية حيث قالت ((...إذا كان قرضاً يجر شيئاً فلا يصلح))^(١) ولم يقيد بها اذا جر نفعاً الى صاحب المال فيتمسك بإطلاقها فتشمل ما إذا جر نفعاً الى غير المقرض.

الحساب الجاري

عرفته المصادر المصرفية بأنه عقد بين البنك والعميل يتم بمقتضاه إيداع العميل مبلغاً من المال في خزانة البنك أو فتح إعتقاد بمبلغ معين يسحب منه، وفي كلتا الحالتين يصبح للعميل الحق في سحب كل المبلغ أو بعضه عن طريق تحرير الشيكات لأمره، أو لأمر آخرين، أو امر دفع أو صرف بمجرد الطلب ولا يعد حساباً جارياً ذلك العقد الذي يكون فيه أحد الطرفين مودعاً فقط من دون أن يكون له حق السحب والحسابات الجارية بالنوك على قسمين:

الأول: حسابات جارية دائنة.

والعميل هو الذي يبدأ بإنشاء الحساب وإيداع مبلغ معين به.

الثاني: حساب جاري مدين.

(١) وسائل الشيعة ج ١٨ ص ٣٣٥

وفي هذا القسم البنك هو الذي يبدأ بإنشاء الحساب بفتح اعتماد مصرفي بسلفة بملغ معين متفق عليه بينه وبين المدين^(١)

في القسم الأول: كأنما الشخص يقرض البنك وفي الثاني البنك يقرض الشخص بفتح اعتماد له يسحب منه متى شاء.

وفي القسم الأول: يكون السحب من البنك مصداقاً لأستيفاء القرض وتسديد الحق السابق.

قال بعض المعاصرين، ويحتمل تفسير الحساب الجاري بالإقراضين، لا بالإقراض والاستيفاء، وذلك بأن يكون الدفع الى البنك بعنوان الإقراض وللبنك والسحب منه بعد ذلك بعنوان الإقراض ايضاً، بمعنى أن البنك سوف يقرض صاحب المال وبعد ذلك يتحقق التهاثر القهري فيما إذا تساوى مقدار القرضين، أو يتحقق التهاثر بمقدار ما إسترجع مع فرض الإختلاف في المقدارين.

والإحتمال القريب هو الأول لبعده الإحتمال الثاني لأن الطرفين لا يقصدان سوى الإستيفاء والتسديد لما أستلم أولاً ولا يقصدان الإقراض الجديد أي التمليك بشرط الضمان.

مضافاً الى أن السحب لو كان مرجعه الى إقراض جديد من طرف البنك للشخص الأول، فيلزم أن لا يصح إلا بالقبض، لأن صحة القرض هو القبض فالقرض مالم يقبض فهو غير صحيح فلا يحقق أي لا يصير المبلغ ملكاً للمقترض ما دام لم يملكها لو قبضها فلو كان ما يؤخذ من البنك هو إقراضاً جديداً فيلزم أن لا يصح القرض الا إذا قبض

(١) المصطلحات المصرفية ص ٩ عبد المعطي محمد حشاد

الشخص الأول المال من البنك والحال أنه قد لا يقبضه كما إذا كتب شيكاً لشخص بالمبلغ وذلك الشخص الآخر لم يستلم المبلغ حتى يقال بأن القبض قد تحقق من الوكيل بل يطلب من البنك تسجيلها في حسابه^(١)

وعلى أي حال سواء كان مرجع الحساب الجاري الى إقراض وإستيفاء أو الى إقراضين فهو جائز شرعاً، لعدم لزوم محذور الربا أو غيره فيه.

أقول: رجوعه الى إقراضين لا معنى له لأن الإقراض هو تمليك والمفروض أنه يملك بذمة البنك ما أودعه فلماذا يستقرضه ومع القرض فقد يفرض البنك فائدة على إقراضه الشخص وهو لم يؤخذ منه فائدة على الإقتراض منه، وهذا غريب.

نعم يحسب للبنك فائدة لما أخذه العميل زيادة على ماله من إيداع في البنك ويقال له ((السحب على المكشوف)) أي قد كشف الدين وقد تم وإستوفى ماله من الدين فتصبح ذمة البنك بالنسبة اليه مكشوفه - خلية- فيحسب البنك لهذا المبلغ فائدة - ربا - ، ومعنى عدم أخذ البنك فائدة على إستيفاء المبلغ الا بعد تجاوزه من قبل الساحب وعلى الزيادة فقط بأن الإستيفاء هو الأصح لا الإقراض كما قيل.

نعم ذكر بعض الأعلام أن الشخص إذا دفع أمواله الى البنك على أن تكون بنحو الحساب الجاري، فيجب عليه تخميسها بمجرد وضعها في البنك ولا ينتظر الى سنة، والوجه في ذلك هو أن البنك يتعامل معها معاملة مجهول المالك ووضع المال فيه يعني اتلافها حيث صارت مجهولة المالك بحيث حينما تُرجع اليه فترجع شيء جديد هو ملك الفقراء يسمى مجهول المالك، وأما ماله الأول فقد أتلفه وصار بحكم العدم ومن

(١) فقه البنوك ص ١٨٠ - ١٨١ - الإيرواني

المعلوم أن من كان عنده مال وأتلفه يجب عليه تخميسه كما لو ألقاه في البحر فلا يمهل سنة في تخميسه بل يجب عليه تخميسه فوراً لأن الإمهال سنة جاء تسهيلاً من الشارع على المكلفين لأحتمال تحقق مؤونة وبعد فرض إتلاف المال فلا يمكن صرفه في المؤونه وبالتالي لا مجال للإمهال، ومن الذاهبيين الى هذا الرأي الشيخ حسين الحلبي (قده) والسيد السستاني^(١).

وقد يشكل عليه بأن وضع الأموال في البنك لو كان إتلافاً لها لزم ان يكون محرماً والحال ان حرمة بعيدة جداً ومن البعيد الإلتزام بها لفقيه بحيث يكون البديل وضع الأموال في البيوت وتكون عرضة للإتلاف والسرقة أكثر مما لو كانت في البنك.

واجيب عنه: بأن دفع الأموال في البنك هو إتلاف لها شرعاً وليس حقيقة لأن البنك لا يطرح الأموال في البنك حين اخذها من المودعين وإنما يستفيد منها في مجالات إقتصادية متعددة، فالإتلاف حقيقة غير ثابت لتثبت الحرمة، وإنما هو إتلاف شرعي بمعنى ان المكلف قد اخرج ماله من ملكه شرعاً^(٢)

أقول: بل لا يصدق الإتلاف، لأن العرف يرى أنه ما زال مالاً ولم تنقص ماله في شيء والدليل على ذلك عرفاً أنه يستطيع أن يسحب منها متى شاء وإذا كان مالاً لتلك الأموال واجتمع فيها شرائط الخمس وجب عليه.

(١) بحوث فقهية تقرير بحث الشيخ الحلبي ص ٩٩- منهاج الصالحين ج ١ ص ٤٣٠ مسألة ٥ السستاني
(٢) فقه البنوك ص ١٨٤

ونوقش من قبل السيد الشهيد الأستاذ (قده) أن العرف وان كان يرى ملكية الفرد لودائعه المصرفية، إلا ان حجية هذا الرأي العرفي متفرع على حجية السيرة والتي قلنا في مثلها، ان كل سيرة حادثة متأخرة عن صدر الإسلام ليست بحجة^(١) وان أموال الفرد المودع وان اختلطت بسائر أموال المصرف الا أن عليها الدليل المحدد لها والدادل على صحتها، وذلك عن طريق الأوراق المالية والقوائم (البطاقات) الموجودة في المصرف والقوائم تدل على ملكية المالية بمعناها العام وإنتسابها الى فرد معين بصفته مالكا، إذن فالأموال المودعة لم توضع فضلاً عن ان تتلف وإنما بقي لها وجود عرفي أولاً ودليل مادي ثانياً، وهذا يكفي في الملكية.

وبذلك يمكن ان يجاب عن الحالات السابقة فلو أودع أمواله التجارية أو أمواله الشخصية، وجب الخمس عند شرائط وجوبه الإعتيادية، ولم يكن الإيداع شكلاً من اشكال التهرب عن دفع هذه الفريضة الدينية، ومن هنا لم يكن الإيداع حراماً لأنه ليس مقدمة للحرام وإنما الحرام عدم دفع الخمس مع إستحقاقه لشرائطه، سواء كان من الأموال المودعة او غيرها.

ولا يختلف الحال في ذلك الودائع الثابتة والتوفير والحساب الجاري للدائن من حيث أنها جميعاً تشترك في حصول الإيداع الفعلي للأموال المملوكة بخلاف الحساب الجاري المكشوف حيث عرفنا أنه لا يصبح مملوكاً الا بالقبض لا قبله، مما ينتج ان القرار المصرفي بإعتماد الحساب إذا كان صادراً ولم يكن مسحوباً لم يجب فيه الخمس لعدم تحقق الملكية الشرعية له اساساً.

(١) منهاج الصالحين ص ٢٣٠ السيستاني

ومما يترتب على ذلك ان الإيداع المصرفي لا يغير العناوين الشرعية للأموال وإن كان يترتب عليها زوال ذاتها وشخصيتها، الا ان العنوان كما هو متعلق بالشخص كذلك هو متعلق بالمالية وهي محفوظة في المصرف بعد زوال شخصيتها بالإيداع. واما دفع الحقوق الى المستحقين، فإن الفرد تارة يسحب من المصرف نقداً ويقبضه قبضاً شرعياً يخرج به عن كونه مجهولاً للمالك ويعطيه المستحق فيرتفع الإشكال من هذه الناحية وأخرى يدفعه بأشكال أخرى كما يلي:

أولاً: الدفع بالاوراق المالية كالشيكات.

ثانياً: الدفع بالترحيل من حساب الدافع الى حساب المستحق بنية كونه معنواً بأخذ العناوين الشرعية كحق السادة وحق الإمام ورد المظالم والكفارات وأجور العبادات وغير ذلك.

ثالثاً: فتح حساب جديد الى المستحق كما لو كان المستحق من الفقراء أو ما يصرف في سبيل الله أو غير ذلك.

وكل هذه الأساليب تكون مجزية شرعاً مع قصد العنوان الى جانب قصد القرية فإن مثل هذا الدفع يعتبر عبادة يجب قصد القرية فيها ويترتب على ذلك أن المال المودع بصفته حساباً جارياً مثلاً لو كان كله معنواً بأخذ العناوين الشرعية كحق السادة أو حق الإمام، وأستعمله الفرد في الإسترباح التجاري، كان

كله لمستحق المال الأصلي وليس للفرد العامل فيه شيء سوى أجور العمل أحياناً.

نعم بالنسبة الى الفائدة التي يدفعها المصرف لا يمكن أن تدخل تحت شيء من الحقوق الشرعية مهما فسرناها بأحد التفسيرات السابقة ويبقى الحق الشرعي متعلقاً بمقدار رأس المال المودع فقط.

ومعه فقد يقال: أنه يجوز للفرد قصد التملك على الفائدة المقبوضة عن الحقوق الشرعية المودعة بصفتها مجهولة المالك، والتصديق بها تصرفاً شخصياً أو ملكياً، ولا يبعد أنه لا يمكن أن يقصد بها العنوان الشرعي إذا كانت زائدة عن رأس المال، كما لو كان الحق الشرعي مائة والفائدة عشرون وأراد سحبها وقبضها جميعاً، لم يكن له أن ينوي العنوان الشرعي على كل الكمية لأن العشرين الزائدة لا ينطبق عليها العنوان الشرعي^(١)

أقول ههنا ملاحظات:

الملاحظة الأولى: يظهر من عبارته (قده) فإن الفرد تارة يسحب من المصرف نقداً ويقبضه قبضاً شرعياً يخرج به عن كونه مجهولاً للمالك، ان ما سحبه من الحق كان وهو في البنك معنواً بالمجهول للمالك كيف؟ مع انه يبقى محتفظاً بعنوانه ولو بمالئته لا بشخصئته كما ذكره وإن الأيداع لا يغير العناوين الشرعية للأموال وان مجرد الاختلاط لا يغير من عنوان المال المودع حتى يصير مجهول المالك، واذا فرض كفائته فلماذا يتغير المال المودع به ولا يتغير المال الموجود في البنك، الا إذا قلنا بأن كمية المال القليل يذهب عنوانها بالاختلاط الى عنوان المال الكبير، ولو فرض أن المال المودع أكبر

(١) ما وراء الفقه ج ٤ ص ٦٧ - ٦٩ الشهيد الصدر الثاني

قاسم الطائي (١٦٣)

من المال الأصلي في البنك أنقلب عنوان مجهول المالك له الى عنوان المال الودع، وهذا لا يقبل.

الملاحظة الثانية: ان الفائدة إنما هي فائدة مقدار الحق الشرعي وهي بمنزلة النماء له فترجع لأصحابه - أصحاب المستحق للحق الشرعي - بل يمكن ان يقال بإنطباق الحق الشرعي عليها لو قبضت قبضاً شرعياً.

الملاحظة الثالثة: أن الوديعة لو كانت حقاً شرعياً ومودعة بصيغة الحساب الجاري فهو مما لا فائدة عليه.

تكيف الحساب الجاري فقهيًا

ليس على الحساب الجاري الدائن فائدة، وتعتبر هذه نقطة قوة فقهيًا أو شرعيًا في هذا النوع من الإيداع عن باقي الإيداعات التي تكون عليها فوائد ربوية.

ونقطة المناقشة فيه هي صفة الجريان، حيث الفكر التقليدي المصرفي هو إعتبار مجموع المعاملات التابعة لهذا الحساب بمنزلة معاملة واحدة ما دام حسابها وحدًا، مع العلم ان هذا الملك لا يكاد يصح فقهيًا بل المعاملات ذات إستقلال ذاتي لا محالة، سواءً أكانت بيعاً أو قرضاً أو إجارة، ولا مجال لتصور وحدة بين المعاملات، ولا بين ائمانها ولكل معاملة عوضها المالي لا محالة وقد يكون هو جزء من الحساب الجاري أو غيره.

وعلى طرفي المعاملة من أن يأخذوا ذلك بنظر الإعتبار فتكون لكل معاملة إستقلالها والعوضين فيها. ولا يمكن ان يكون هناك، أي تداخل أو وحدة بين الأعضاض والأثمان أوبين مجموعة من المعاملات بدون تمييز.

ولو أخذ ذلك بنظر الإعتبار أمكن التحويل على الحساب الجاري كضمن لكل معاملة تحصل لديه فإذا بقي من الحساب باقي كان لصاحبه، وهذا الإيداع شكل من أشكال الإحتياط للمعاملات التجارية ككل، لأنها ستكون برصيد مضمون على اية حال.

هذا للحساب الجاري الدائن وله رصيد، أما المكشوف وفيه ثلاث ملاحظات.

الملاحظة الأولى: إعتقاد المصرف لمثل هذا الحساب لا يجعل الفرد مالكاً للحساب

الذي تُسبب اليه من الناحية الفقهية، مالم يصدر الأمر به من الولي العادل أو من يخوله.

وقد يقال: اننا قلنا بملكية الإيداعات بصفتها مالية كلية مدلولاً عليها من قبل الفرد كذلك يمكن القول بملكية الحساب الجاري المكشوف بعد ان خوله المصرف ذلك بنفس الصفة المالية الكلية فقهيًا، وإن لم يرتبط بالولي العادل. فإنه يقال: أنه إن لم يرتبط بالولي العادل، فسوف يدخل الطلب الفقهي فيما ناقشناه من وجود الشخصية المعنوية سابقاً.

الملاحظة الثانية: أنه يترتب على ذلك ان الحساب إنما يتم ملكيته مع القبض، الأمر الذي ينتج عدم إمكان المعاملة عليه بين الناس لأن المشتري لا يملكه قبل القبض لجعله ثمناً لأي شيء.

نعم، لو قبض هو المال قبضاً شرعياً، ودفعه الى البائع فلا إشكال وأما لو أعطى البائع شيئاً على المصرف ليقبض، فإذا تم القبض لم يكن هذا المال المقبوض ثمناً للعروض، بل هو من قبيل المال المجهول المالك المستقل عن تلك المعاملة. نعم للبائع أن يقبض هذا قبضاً شرعياً ثم يبرئ ذمة المشتري لأنه قبض مقدار دينه.

كما ان للمشتري ان يشترط عليه في المعاملة الإبراء عند حصول القبض ولو كان هذا الأمر متعارفاً ومفروضاً كان بمنزلة الشرط، فلا يجب على المشتري تكرار الدفع.

الملاحظة الثالثة: ان الحساب الجاري المكشوف بصفته غير مملوك لا يترتب عليه حكم الإيداع، بما فيه الحساب الجاري الدائن الذي عرفنا تفاصيله قبل. فالدفع من الحساب المكشوف لا يبرئ الذمة من الدين ولا من الحقوق الشرعية ولا يوجب الإستطاعة للحج ولا ينتقل الى الورثة ولا غيرها من الآثار.

وإذا تم القبض له قبضاً شرعياً فهو يصبح ملكاً، وتترتب عليه أحكام الملكية، إلا أنه يخرج عن كونه حساباً جارياً مكشوفاً كما هو واضح.

والخلاصة بأن ما يترتب عليه الأثر من الحساب المصرفي هو الإيداع والحساب المكشوف ليس إيداعاً كما هو معلوم أيضاً، وإنما هو اعتماد بمبادرة من البنك نفسه.

الملاحظة الرابعة: قيل في بعض المصادر انه إنما يتم اعتماد الحساب الجاري بعد استحصال توقيع العميل على إستمارة عقد الحساب الجاري المكشوف بمبلغ يعادل مبلغ الاعتماد المخصص مضافاً اليه ٢٠٪ بالنسبة لجميع أنواع الإعتمادات المكشوفة، ومعناه ان المصرف يأخذ توقيع العميل على أنه مديون للمصرف بألف ومئتين مثلاً ولكن الإعتماد هو ألف فقط وتكون مائتين ربحاً خالصاً للمصرف.

ويمكن القول في حدود المصارف التي نتحدث عنها والتي تتصف بوجوداتها في الغالب بكونها أموالاً مجهولة المالك من الناحية الفقهية بأن هذه النسبة من الربح ليست من الفائدة الربوية فقهياً بدليل فقهي قد يفهم من جميع ما قلناه.

الملاحظة الخامسة: لو كان المصرف شخصاً أو شركة مساهمة من عدة أفراد، ان الفائدة المستوفاة على الإعتماد المكشوف ليس ربوياً لعدة أسباب:

الأول: ان التوقيع على الفائدة قبل القبض، وقلنا ان الفرد لا يملك هذا المال الا بالقبض.

الثاني: ان القبض مشروط فقهياً بالقبض في المجلس، ولم يحصل ذلك إذن فعقد القرض غير موجود على الإطلاق لتكون الفائدة ربوية.

الثالث: أنه لو سحب من الحساب المكشوف وتصرف فيه، كان مديوناً للمصرف بضمان الغرامة لا بالقرض، وفي مثل ذلك وإن لم تكن هذه الزيادة مشروعة للمصرف، إلا أنها ليست ربوية على أية حال.

ويمكن ان يجاب ذلك: بأن ما قلناه من عدم ملكية الحساب للفرد الذي أُصدر له الإعتماد إنما هو في المصارف التي تكون أموالها مجهولة المالك، واما المصارف الشخصية فيمكن ان يكون قرضاً مملوكاً بغض النظر عن فائدته، لأن شموله للفكرة الفقهية وهو انه يمثل مالية كلية مدلول عليها بدال معين وهو ورقة الإعتماد وصادر بأذن مالك المال وهو صاحب المصرف أو من يخوّله فعلاً.

ومن هنا يكون قرضاً ويكون تسجيل ورقة الإعتماد فورياً بمنزلة القبض في المجلس ولكنه إذا كان ربوياً كان باطلاً والفائدة عليه محرمة، ويترتب على بطلان المعاملة.

أولاً: عدم استحقاق الفائدة

ثانياً: أنه اذا تم السحب والتصرف ببعضه كان ذلك من ضمان الغرامة كما قلنا قبل قليل.

وهذا التسلسل الفكري ينتج ان الحساب المكشوف لو كان من قبل مصرف شخصي ولم يكن عليه فائدة أو استطاعوا أن يكتفوا فائدته بأحد الطرق التي عرفناها كان حساباً شرعياً صحيحاً^(١)

أما الودائع الثابتة ودائع التوفير

وهما الزحوان الثاني والثالث من أنحاء الإيداع لدى المصرف، والسؤال هل هما جائزان أم لا؟

كلا بإعتبار أن مرجع الإيداع كما تقدم الى القرض أو حيث تشتت الفائدة هنا فيكون ذلك محرماً؛ لكونه من مصاديق القرض الذي يجز نفعاً، وهذا بخلافه في الحساب الجاري، فإنه وان كان قرضاً حقيقة، ولكن حيث لم تشتت الفائدة فلا حرمة. نعم ذهب بعض الفقهاء بأن الشخص لو فرض انه وضع أمواله في شعبة الوديعة الثابتة أو ودائع التوفير التي تدفع فوائد، ولكنه لم يشترط الفائدة، بمعنى انه صمم في نفسه أن لا يطالب بها ولا يلزم المصرف بها وان كان لو دفع البنك اليه فرح بها وأخذها، فلا يحرم الإيداع في مثل ذلك، لأن المحرم هو القرض بشرط الفائدة واما مع عدم الشرط والبناء في نفسه على الإيداع من دون اشتراط الفائدة، فلا يكون ذلك محرماً ويجوز أخذ الفائدة بعد ذلك.

ولكن يتعامل معها معاملة مجهول المالك لو كان المصرف حكومياً بناء على رأي من يقول بأن أموال البنك من هذا القبيل ولا يجوز التصرف فيها إلا بإذن الحاكم الشرعي، ولعل الحاكم يرى وجوب التصديق بمجموعها أو بأغلبها؛ لأنها حصلت من دون كسب ومقابل، وتبقى القضية مرتبطة بتشخيص المصلحة في نظر الحاكم.

ولو كانت الفائدة ربوية من البنوك كما لو كانت أهلية فيما لو دفعت الأموال بنحو الوديعة الثابتة أو ودائع التوفير وإشترطت الفائدة وهو أمر محرم فهل من ثمة طريق شرعي لتحليل أخذ الفائدة؟

ونلفت نظر ان بعض طرق التحليل انها تتم لو لم نبن على كون أموال المصارف من مصاديق مجهول المالك أو نفترض أن التعامل كان مع شخص أو بنك اهلي، اما لو كان البنك حكومياً وان أمواله من مصاديق مجهول المالك كما عند البعض فهنا لا يتصور القرض من الأساس؛ إذ البنك ليس مالكاً ولا ولياً عن المالك ليُقرض أو يقترض ومعه لا يتحقق القرض الربوي المحرم، ويتمكن الشخص من أخذ الأموال من البنك لا بعنوان القرض بل بعنوان الإستيلاء على مجهول المالك بعد كسب الإجازة من الحكم الشرعي، وعند مطالبة البنك بالفائدة يجوز له دفعها لأنه مجبر على دفعها فالطريق لتحليل الأخذ بفائدة ثابت بلا حاجة الى ما يأتي من الطرق.

وهذه الطرق لتحليل الفائدة يحتاج اليها في غير ذلك في غير المصارف الحكومية بناء على كون أموالها مجهول المالك.

والطرق هي :

الطريق الأول: إبدال عملية القرض بعملية البيع، فبدلاً من الإقتراض من البنك أو إقتراض البنك من الشخص، يستعان بالبيع فيدفع الشخص الى الثاني، سواءً كان بنكاً أو غيره - مائة دينار بنحو البيع فيقول بعتك هذه المائدة بثمان مؤجل الى شهر، والثمان هو مائة وعشرون، ولا يلزم من ذلك الربا لأن شرط الربا في البيع كون العوضين من المكيل أو الموزون، وحيث أن الأوراق النقدية ليست من المكيل أو الموزون بل هي من

المعدود فلا يلزم محذور الربا، وكل قرض ربوي يمكن تبديله بالبيع شريطة كون العوضين من المعدود كما في الأوراق النقدية، وهذا ما ذهب اليه بعض الفقهاء منهم الشيخ حسين الحلبي (قده) ^(١).

ويشكل كما عن الخوئي (قده) بأن المعاملة في واقعها قرض ولكنها ألبست لباس البيع، فإن شرط البيع، التغير بين العوضين ولا تغاير هنا، فإن المائة والعشرين هي عين المائة وليس بينهما تغاير، سوى وجود زيادة في تلك والزيادة لا توجب التغير، إذن البيع غير متحقق لعدم تغاير بين العوضين وإنما ذلك قرض، هكذا ذكره (قده) ^(٢).

وقد يُدفع ذلك: بأن التغير موجود لأن المائة عين خارجية ويقول أحد الطرفين للآخر خذ هذه المائة الخارجية بينما المائة والعشرين هي كلي في الذمة. وهذا المقدار يكفي للتغير بين العوضين فأحدهما عين خارجية والآخر كلي في الذمة.

وقد يقرر الأشكال بشكل آخر وهو أن يقال: ان المرتكز في الأذهان العرفية والعقلانية ان القرض عبارة عن تبديل العين الخارجية بمثلها في الذمة، وهذا صادق في المقام فإن المائة الخارجية قد أُبدلت بمائة كلية في الذمة، غايته مع الزيادة، فحقيقة القرض بنظر العرف والعقلاء صادق على المقام، وحينما يسمع العرف تبديل القرض الى البيع يستهجن ذلك ويشعر بأن ذلك قرض غايته حصل التلاعب بالألفاظ.

وقد يقال كما قيل: أن المعاملة متقومة بقصد إنشائها، فإذا قصد إنشاء البيع تحقق البيع وإذا قصد إنشاء القرض تحقق القرض والمعاملات شرعاً تدور مدار القصد

(١) بحوث فقهية تقرير بحث الشيخ حسين الحلبي - ص ١٠٦
(٢) منهاج الصالحين ج ٢ ص ٢٢٠ الخوئي

وإنشاء مفهوم المعاملة، فما قصد إنشاؤه هو الذي يتحقق ويقع شرعاً، وبما أنه في المقام قد قصد البيع فيتحقق البيع^(١)

وأجاب البعض ورده: بأن المعاملات على قسمين، قسم لا فارق ثبوتي فيه سوى القصد والإنشاء، وقسم الآخر يوجد فيه فارق ثبوتي.

ومثال الأول البيع والصلح، فيمكن ان يقال بعدم الفارق بينهما إلا من ناحية القصد والإنشاء، فلا فرق بين قولك بعثك هذا الكتاب بدينار، أو بين قولك صالحتك على هذا الكتاب بدينار، سوى أنه في الأول قصد البيع وفي الثاني قصد الصلح، أنه في مثل هذا القسم يصح ما تقدم من دوران أمر المعاملة مقدار القصد.

ومثال القسم الثاني: البيع والإجارة، فإنه هناك فارق ثبوتي بينهما كما هو واضح، وهكذا الحال بين القرض والبيع، فإنه في القرض يفترض تبديل العين بمثلها ولكن في الذمة والى أجل، وهذا بخلافه في البيع، فإنه تبديل عين بعين أخرى مغايرة للأولى وليست مثلاً لها وإذا كانت مثلاً لها فيلزم ان لا تكون في الذمة بل تكون عيناً خارجياً، كما إذا أبدل كتاب بكتاب آخر يماثله، فإن الكتاب المماثل إذا كان عيناً خارجية ايضاً فذلك مورد البيع، وأما إذا كان عيناً في الذمة الى أجل فهو مورد القرض، وعلى هذا الأساس يكون مقامنا مصداقاً للقرض وأن أنشئ بصيغة البيع، إذ العوض مماثل للعين الخارجية وهو في الذمة الى أجل، وبهذا أتضح ان هذا الطريق ليس بنافع^(٢) الطريق الثاني: أن يفترض بيع أحد الطرفين على الآخر عملة معينة الى أجل كشهر مثلاً، ويجعل العوض عملة أخرى، مع ملاحظة الزيادة بمقدار الفائدة بعين

(١) أحكام البنوك ص ٤٤ - إسحاق الفياض

(٢) فقه البنوك ص ١٨٨ - ١٩٠ باقر الإيرواني

الإعتبار، فلو فرض ان الشخص أراد وضع مائة دولار في البنك الى فترة شهر مثلاً مع فائدة بمقدار عشر دولارات فبإمكانه ان يجعل العوض عملة أخرى كالدينار، فلو كانت المائة دولار يساوي الف دينار ومقدار الفائدة - عشر دولارات - تساوي مائة دينار يقول الشخص للبنك بعتك مائة دولار الى شهر بمقدار ألف ومائة دينار وبعد ذلك يرجع البنك الى الشخص المبلغ المذكور - الف ومائة دينار- فيكون حصل على الفائدة ولكن من عملة أخرى، وهو غير مهم؛ إذ المهم الحصول على الفائدة ولو بتوسط عملة أخرى، بل لو كان الشخص يتعلق غرضه بإرجاع الدولار فبإمكانه ان يشترط على البنك في اثناء المعاملة الأولى إبدال ما يستحقه وهو ألف ومائة دينار بالدولار فيرجع اليه في نهاية الشهر مائة وعشر دولارات وهذا جائز ايضاً ومن الذاهبين الى هذا الرأي السيد السستاني (حفظه الله)^(١)

وهذا الطريق جيد لولا وجود شبهه الارتكاز العقلائي الذي أشرنا اليه في كتابنا بيع الدولار بالآجل، إذ من المحتمل وجود ارتكاز عقلائي لدى العقلاء على ان جميع النقود الورقية هي شيء واحد وجنس واحد وان اختلفت اسمائها كالدولار والدينار وما شاكل ذلك، ومع هذا الارتكاز يكون بيع الدولار بالدينار عبارة أخرى عن بيع الدولار بالدولار - بيع الشيء بمثله - وتقدم ان بيع النقود الورقية بمثلها هو في الواقع قرض قد ألبس لباس البيع ومع فرض الزيادة فيكون قرضاً ربوياً.

وعلى تقدير عدم الجزم بهذا الارتكاز لكنه احتمال وجيه ومن هنا يستشكل في صحة هذا الطريق، ويكون الاحتياط بالترك هو المتعين.

(١) منهاج الصالحين - السيستاني

الطريق الثالث: ان يهب احد الطرفين الى الآخر ما يساوي مقدار الفائدة التي تبانى عليها الطرفان، فلو كانت الفائدة بمقدار عشرين ديناراً أمكن ان يقول أحد الطرفين للآخر، وهبتك هذا الكتاب الذي قيمته عشرون ديناراً بشرط ان تقرضني مائة دينار أدفعها لك بعد شهر أو يفترض ان يبيعه شيئاً بأقل من قيمته السوقية، فلو كانت قيمته السوق مائة فيبيعه بثمانين، بشرط ان يقرضه مائة الى شهر من دون زيادة أو يفترض أنه يؤجر له بيته بأقل من أجرته السوقية، بشرط ان يقرضه مقدراً معيناً عن المال قد يصطلح عليه بين الناس بالرهن الذي هو قرض في واقعه لا غير، وقد صار الى هذا الطريق بعض الاعلام كالسيد الخوئي^(١).

وللايضاح أكثر: ان المسألة اصلاً وعكساً - أي الاقراض بشرط الاجارة، والاجارة بشرط الاقراض - وقعت محلاً للخلاف بين الفقهاء وتعرض لها صاحب الجواهر وذكر في المسألة الأولى - القرض بشرط الاجارة بالأقل - ان الصحيح هو الحرمة وفاقاً للشيخ كاشف الغطاء والوحيد البهبهاني (قدهما) ونقل الخلاف عن السيد بحر العلوم أنه أجاز ذلك ثم نقل عن الوحيد أنه ألف رسالة في إثبات التحريم وأدعى اتفاق الاصحاب على ذلك، ثم علق صاحب الجواهر على ذلك بقوله، أن التحريم وأن كان هو الصحيح لصدق عنوان - قرض جر نفعاً - ويكن المسألة ليست اجماعية بل هناك خلاف وقائل بالجواب كالسيد بحر العلوم كما قلنا ثم تعرض للمسألة الثانية - الاجارة بشرط القرض - وذكر ان المشهور هو الجواز ونقل عن العلامة (قده) في المختلف أنه استدل على الجواز بخمسة وعشرون دليلاً، وعلق صاحب الجواهر على تلك الوجوه بقوله ان جملة

(١) منهاج الصالحين ج ١ ص ٤٠٦ الخوئي

منها تكرر أو لا يرجع الى محصل ثم اختار هو الجواز وتمسك بذلك بالقاعدة، إذ هي تقتضي الجواز فإن المحرم هو القرض اذا جر نفعاً، وإن الإجارة أو الهبة إذا جر نفعاً فأنهما ليسا بمحرمين، بل يمكن ان يقال: شرعاً لجر النفع، هكذا قاله.^(١)

والتحقيق: هو كلما افاده من الحرمة في المسألة الأولى لصدق عنوان ((قرض جر نفعاً)) والمسألة الثانية فالقاعدة تقتضي الجواز الا انه توجد روايات قد يستفاد منها الحرمة مثل صحيح يعقوب بن شعيب ((سألته عن الرجل يُسلم في بيع أو تمر عشرين ديناراً، ويفرض صاحب السلم عشرة دنانير أو عشرين ديناراً؟ قال: لا يصلح إذا كان قرضاً يجر شيئاً فلا يصلح)).^(٢)

ودلالاتها: ان السائل قد افترض وجود عقد سُلم في البين، وافترض في ضمنه اشتراط القرض، والإمام (عليه السلام) اجاب بعدم الجواز مطلقاً مطبقاً القاعدة كل قرض جر شيئاً فهو حرام.

نعم يحتمل ان يكون جواب الإمام (عليه السلام) ناظراً الى حالة اجراء عقد القرض بشرط السلم فيه، وكأنه (عليه السلام) يريد ان يقول متى ما كانت المعاقدة ابتداءً على القرض وحصل السلم أو غيره شرطاً في عقد القرض آنذاك يصدق عنوان ((قرض جر شيئاً)) فلا يجوز والذي يجعلنا نبدي هذا الاحتمال هو ان الواو في قول السائل (ويفرض ..) لا تدل على الترتيب، فآنذاك يكون السؤال ما دامت الواو لا تدل على الترتيب فعلاً لكنتا الصورتين - السلم بشرط القرض وعكسها- والإمام فصلّ قائلاً: متى ما كان

(١) الجواهر ج ٢٥ ص ٦١
(٢) الوسائل ب ١٩ من ابواب الدين والقرض ح ٩

العقد ابتداءً قد جرى على القرض وجعل السلم شرطاً فيه فآنذاك يصدق عنوان ((قرض جر شيئاً)) فلا يجوز.

فالصحيحة اذن لا تدل على عدم الجواز في الصورة الثانية بل الإمام (عليه السلام) حكم بعدم الجواز في خصوص الصورة الأولى، هكذا قد يقال.

ولكنه احتمال مخالف للظاهر، وان مثل هذا يحتاج الى توضيح زائد للصورتين. نعم لو كانت هناك رواية تدل على الجواز في الصورة الثانية أمكن بسببها حمل صحيحة يعقوب على خصوص الصورة الاولى جمعاً بينهما، وأما مع عدمها فظاهر هذه الصحيحة يبقى على حاله ولا وجه لحصره بخصوص الصورة الأولى.

ويمكن ان يقال: بأن العقد هو مجموع الشرط والمشروط وكأنهما وحده واحدة وإذا كانا كذلك فلا يفرق الحال بين كون القرض مشروطاً أو شرطاً فهو بلحاظ المجموع قرض فيكون محرماً على كلا التقديرين، ولعل جواب الإمام ناظر الى ذلك.

وموثقة محمد بن قيس عن ابي جعفر (عليه السلام) ((من أقرض رجلاً ورقاً فلا يشترط الا مثلها، فأن جوزي اجود منها فليقبل ولا يأخذ أحد منكم ركوب دابة أو عارية متاع يشترطه من أجل قرض ورقة... الخ))^(١)

وتقريب الاستدلال: أنه (عليه السلام) نهى عن اشتراط ركوب الدابة أو عارية المتاع لأجل الاقراض والنهي مطلق يشمل كلتا الصورتين ولا يختص بالصورة الأولى لصدق أنه لأجل القرض أراد منه الاجارة بالأقل أو ما شاكل ذلك.

(١) الوسائل ب١٩ ابواب الدين والقرض ح ١١

وصحيحة سلمان بن صالح عن أبي عبد الله (عليه السلام) ((نهى رسول الله (صلى الله عليه وآله) عن سلف وبيع وعن بيعين في بيع وعن بيع ما ليس عنك وعن ربح ما لم يضمن))^(١).

والاستدلال بها مبني على ان المراد من (سلف) في الفقرة الأولى هو للقرض كما في لسان العرب، وعلى هذا يكون المقصود نهيه (صلى الله عليه وآله) عن المعاملة الواردة التي تشمل على قرض وبيع وهو شامل لكلتا الصورتين أي صورة القرض بشرط البيع بالأقل، والبيع بالأقل بشرط القرض.

والاستدلال وجيه لو تم ما ذكر في لسان العرب، ولكنه مجرد استعمال لا يصلح دليلاً؛ لاحتمال كون المراد هو السلف بالمعنى المتداول ويبقى المهم هو الروايتان الاوليّتان.

ولو اسقطت الروايتان بالمعارض على تقدير وجوده، فيبقى الأمر بلا دليل على المنع في الصورة الثانية، وهي السلف بشرط القرض.

وقد تجعل رواية محمد بن اسحاق بن عمار قال: ((قلت فيها لأبي الحسن (عليه السلام) ان سلسبيل طلبت مني مائة الف درهم على ان تربحني عشرة آلاف، فأقرضها تسعين ألفاً وابعها ثوب وشيء تقوم علي بألف درهم، بعشرة آلاف درهم؟ قال لا بأس.))^(٢)

ودلالته على الجواز واضحة، حتى في الصورة الأولى أي القرض بشرط البيع ومعه يلزم تأويل الروايتين السابقتين، ولو بالحمل على الكراهة.

(١) الوسائل ج ١٨ ص ٢١
(٢) الوسائل ب ٩ احكام العقود ح ١

ونوقش في دلالتها باعتبار ان الكليني (قده) حينما نقل الرواية ذكر في آخرها ما نصه: ((وفي رواية أخرى لابأس به اعطها مائة الف وبعها الثوب بعشرة آلاف وأكتب عليها كتابين))^(١) فأن التعبير بفقرة (وأكتب عليها بكتابين) كناية عن كون المعاملتين لا بد وأن تكونا مستقلتين، فالقرض ينشئ بإنشاء مستقل، وبيع الثوب ينشأ بإنشاء مستقل آخر، ومعه تسقط الرواية عن الصلاحية للمعارضة؛ لأنها ناظرة الى حال وجود معاملتين مستقلتين، وهذا خارج عن محل البحث.^(٢)

والجواب عنه: بأن تفسير الكتابين بذلك أمر خلاف الظاهر والاقرب بقاؤه على ظاهره، ولكن الإمام (عليه السلام) اعتبر ذلك من باب ان القرض يعتبر فيه على مستوى الاستحباب الأكيد الكتابة فيكتب كتاب لأجل القرض تحقيقاً للاستحباب الشرعي، وكتاب للبيع وعليه فالدلالة تامة الجواز، الا ان فيها مشكلة سنديّة حيث ان سندها علي بن حديد وقد ضُفّ ولا أقل لم يوثق.^(٣)

والنتيجة من كل ذلك هو الحكم بعدم الجواز حتى في الصورة الثانية لعدم حجية المعارض فتبقى الروايتان على حالهما من الحكم بعدم الجواز مطلقاً لكلتا الصورتين .. أي حتى في الصورة الثانية ولا أقل على مستوى الاحتياط باعتبار دلالة الروايتين على عدم الجواز، والمعارض موجود ولكنه ضعيف السند والمشهور قد أفتوا بالجواز وبهذا يكون الجزم بالجواز مشكلاً كما أن الجزم بعدمه كذلك مشكل، والأولى هو التوقف أو الاحتياط في مثل الحالة المذكورة.

(١) مجلة فقه أهل البيت عدد ٧ السنة الثانية ص ١٤

(٢) مجلة فقه أهل البيت عدد ٧ السنة الثانية ص ١٤

(٣) ضعفه الشيخ في التهذيب ص ١٠١ قانلاً .. فالطريق اليه علي بن حديد وهو مضعف جداً لا نعول عليه ما ينفرد بنقله، وفي الاستبصار ج ١ ص ٤٠ - فأول ما في الخبر أنه مرسل رواية ضعيف وهو علي بن حديد، وترحم له النجاشي ولم يذكره بمدح ولا قدح.

الطريق الرابع: ان يبيع أحد الطرفين بضاعة بثمن حال ثم يشتري هو نفس البضاعة بثمن مؤجل أكثر من السابق كما لو فرض ان شخصاً أراد ان يودع لدى البنك ألف دينار الى مدة سنة، ويريد على ذلك فائدة قدرها مائة، فيمكن للبنك ان يبيع بضاعة على الشخص المذكور بألف حاله فيدفع الشخص الى البنك الفاً ويأخذ البضاعة من البنك وبذلك يكون البنك قد حصل على غرضه وهو الألف، ثم بعد ذلك يشتري البنك البضاعة من الشخص بثمن مؤجل الى سنة ومقداره الف ومائة وبذلك تعود البضاعة الى البنك وقد حصل على الالف حاله، وفي المقابل عليه ان يدفع ألف ومائة في نهاية السنة على انها ثمن للبضاعة.

وهذه الطريقة جيدة ويتمكن كلا الطرفين من الحصول على فائدة محللة بسلوك هذا الطريق بالتعويض عن القرض بالبيعين المذكورين.

ويمكن أن يرد عليه: ان لا يكون البيع الثاني قد أخذ شرطاً ضمن البيع الأول وإن كان ضمنياً ومعنى ما كان كذلك وقع البيع الأول من الاساس باطلاً والحكم بالبطلان هو المشهور، وقد ادعي عليه بالإجماع كما ذكر ذلك في الجواهر ولكنه (قده) ذكر ان الصحيح عدم كون الحكم بالبطلان اتفاقياً وإنما هو معروف ومشهور.^(١)

والحكم بالحرمة لا لمحذور الربا فإنه لا يلزم بل لبعض الروايات الخاصة^(٢)، أما لو فرض ان البيع الثاني قد تواطأ عليه ولكن من دون إلزام فالبنك مثلاً قال للشخص اني قد اشتري منك البضاعة بألف ومائة وقد لا أشتريها، ولكن ذلك الشخص يعرف ان

(١) جواهر الكلام ج ٢٣ ص ١١٠
(٢) الوسائل ب٥ احكام العقود

البنك قد جرت عادته على الشراء وإن لم يكن ملزماً فلا محذور في المعاملة المذكورة وعليه يكون هذا الطريق صحيحاً بلا مشكلة.

هذا وقد ذكر الشهيد الثاني (قده) في مقام تعليل الحكم بالبطلان وجهين:

الوجه الأول: التمسك بفكرة - الدور - وذلك بأن يقال: أن البيع الثاني متوقف على نفسه حيث ان البائع في البيع الثاني لا يمكنه البيع الثاني الا اذا كان مالكا للمبيع الذي يريد ان يبيعه ولا يكون مالكا لـه الا اذا عمل بالشرط المشروط عليه في البيع الأول، وذلك الشرط هو نفس البيع الثاني، وذلك يصير امكان البيع الثاني موقوفاً على نفس البيع الثاني وهذا هو الدور.

وأورد عليه: أن البيع الثاني وأن كان موقوفاً على ملكية البيع الا ان الملكية المذكورة ليست موقوفة على العمل بالشرط المأخوذ في البيع الأول، فإن المتوقف على الشرط هو اللزوم دون أصل الملكية والنقل والانتقال فمن لم يعمل بالشرط كان البيع من ناحيته منزلاً وجائزاً، الا أنه لا ملكية في حقه من الاساس وعليه يصح قولنا: ان البيع الثاني وإن كان موقوفاً على الملكية الا ان تحقق الملكية ليس موقوفاً على العمل بالمشروط وإنما لزومها موقوف على العمل بالشرط فلا دور إذن.

الوجه الثاني: أنه لو أخذ البيع الثاني شرطاً في البيع الاول فالبائع في البيع الأول سوف لا يكون قاصداً حقيقة للبيع والنقل، ومن الواضح ان شرط صحة أية معاملة هو قصد تحققها وحيث لا قصد في المقام حقيقة الى البيع فيقع البيع الأول باطلاً.

وأورد عليه: ان البائع في البيع الأول قاصد الى البيع حقيقة غايته هو قد قصده ليتوصل من خلاله الى البيع الثاني ومن ثم الى الفائدة فهو إذن قاصد للبيع الأول ولو

لأجل الحصول على الفائدة الثابتة بسبب البيع الثاني، بل ان قصد البيع الثاني يؤكد قصد البيع الأول، لا أنه ينافيه، إذ لا يمكن ان يتحقق البيع الثاني الا اذا قصد البيع الأول فأخذ البيع الثاني شرطاً في البيع الأول يؤكد قصد النقل والبيع في البيع الأول لا أنه ينافيه.

والشهيد الثاني (قده) بعد ان نقل الوجهين وناقشهما بما ذكر، ذكر أنه لا مدرك إذن للحكم بالبطلان بعد اتضاح عدم تمامية الوجهين المذكورين سوى الشهرة بين الاصحاب، فمن قبلها حكم البطلان، لأجلها لا للوجهين.^(١)

ويمكن ان يقال بوجود دليل آخر على البطلان وهو صحيحة علي بن جعفر عن أخيه موسى (عليه السلام) قال ((سألته عن رجل باع ثوباً بعشرة دراهم ثم اشتراه بخمسة دراهم أيحل؟ قال: إذا لم يشترط ورضيا فلا بأس.))^(٢)

ودلالته واضحة فأنها تشير الى البيعين اللذين اشرونا اليهما في هذا الطريق غايته فرض فيها تقديم البيع المؤجل وتأخير البيع الحال، باعه بالاكتر الى أجل ثم اشتراه بالأقل حالاً وهذا لا خصوصية له جزماً، بل الصحيحة تعمم صورة العكس ايضاً، الى البيع بالأقل حالاً، ثم الشراء بالاكتر الى أجل فالصحيحة إذن تامة الدلالة وإذا كان فيها تأمل بنظر الشهيد (قده) فلا أقل كان من المناسب له الاشارة اليها ثم بيان المناقشة.

وقد رويت هذا الرواية بسندين:

(١) الروضة البهية في شرح اللمعة دمشقية ج ١ ص ٣٩٠ كتاب التجارة
(٢) الوسائل ٥٥ احكام العقود ح ٦ وقال في الوسائل رواه علي بن جعفر في كتابه الا انه قال بعشرة دراهم الى اجل ثم اشتراه بخمسة دراهم نقد.

الأول منهما: سند قرب الاسناد ولكنه ضعيف بعيد الله بن الحسن حيث أنه مجهول الحال.

الثاني منهما: طريق الحر العاملي (قده) فقد رواها من نفس كتاب علي بن جعفر وطريقه اليه صحيح من انه ذكر في خاتمة الوسائل ان طريقه الى كتاب علي بن جعفر وسائر الكتب الأخرى التي نقل عنها تنتهي الى الشيخ الطوسي (قده)^(١) والشيخ الطوسي الطوسي له في الفهرست والمشيخة طريق صحيح الى كتاب علي بن جعفر^(٢) فتحصل بذلك على طريق صحيح الى الكتاب المذكور وبهذا يمكن تصحيح جميع الروايات التي ينقلها صاحب الوسائل (قده) من كتاب علي بن جعفر.

والنتيجة من كل هذا ان هذا الطريق غير تام لوجود هذه الصحيحة.

الطريق الخامس: ان يقال بأن البنك حينما يدفع أموالاً الى الشخص بعنوان القرض فهو لا يدفع من أموال نفسه، بل من أموال الناس المودعة عنده، ومعه لا محذور في أخذ البنك للفائدة لأنه يأخذها على اموال غيره والفائدة المحرمة هي ما كانت على أموال الشخص نفسه لا على اقراض اموال الغير.

وفيه: ان الناس المودعين اموالهم لدى البنك.

اما ان يفترض انهم يقرضونها الى البنك كما مر وان التعبير بالوديعة ليس بصحيح بل الواقع هو قرض، وبناءً عليه تصير الاموال ملكاً للبنك وحينما يقرضها الى الناس يكون قد اقرض ماله وبالتالي تكون الفائدة التي يأخذها البنك فائدة على اموال نفسه.

(١) خاتمة وسائل الشريعة ج ٣ ص ١٧٧ الفائدة الخامسة
(٢) ذكر الشيخ في الفهرست طريقين للكتاب ترجمة ٣٧٧ وطريق في المشيخة ٨٦

واما ان يفترض كونها باقية على ملك اصحابها غايته هم وكلوا البنك في اقراضها، وبناء على هذا يتم هذا التخريج لو فرض ان الفائدة المحرمة تختص بما اذا كانت على اموال الشخص نفسه.

ولكن الاستفادة من الروايات تحريم الفائدة مطلقاً حتى لو كانت راجعة الى شخص آخر، لاحظ صحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر (عليه السلام) من أقرض رجلاً ورقاً فلا يشترط الا مثلها، فأن جُوزي أجود منها فليقبل، ولا يأخذ أحدكم ركوب دابه أو عارية متاع يشترطه من أجل قرض ورقة^(١)، فإنه يمكن ان يدعى اطلاقها وشمولها لما إذا كانت الفائدة الزائدة على المثل راجعة الى القرض أو الى غيره حيث قالت ((فلا يشترط الا مثلها)) أي لا يجوز اشتراط الفائدة حتى إذا كانت للغير. وعليه فهذا التخريج غير تام.

الطريق السادس: هو ان البنك حينما يدفع مقدراً من المال الى الشخص يقول له: لا أدفع لك بعنوان القرض بل بعنوان الشريك معك في نصف الدار أو السيارة مثلاً التي تريد شراؤها فيكون نصفها ملكاً للبنك، ومتى ما أرجع له ذلك بعد سنة - أرجع له البنك النصف- فيصير الكل ملكاً للشخص، ثم أنه في الفترة المتخللة بين شراء ذلك والاسترجاع يؤجر البنك نصفه على ذلك الشخص لفترة سنه مثلاً في مقابل أجره عن كل شهر تعادل مقدار الفائدة التي يروم البنك الحصول عليها.

وهذا الطريق صحيح لكنه ضيق في مجال شراء دار أو سيارة وأما لو اقترض لحاجات استهلاكية ضرورية أو غيرها فلا سبيل إليه.^(٢)

(١) الوسائل من ابواب الربا ح
(٢) فقه البنوك ص ٢٠٧ الايرواني و اشار الى الطرق الاربعة المتقدمة.

هذا وقد يقال: أنه يمكن اقتراض وجود اشتراط مسبق بأن يقول المشتري لصاحب الدار: أشتري منك ريع الدار ولكن بشرط ان تستأجره مني كل شهر بكذا، ولا محذور في ذلك، فإن ما دل على عدم جواز أخذ المعاملة والثانية شرطاً في المعاملة الأولى هو صحيحة علي بن جعفر المتقدمة وتخص إذا كانت المعاملة الثانية بيعاً ولا تعم ما اذا كانت اجارة.

نعم لو فهم عدم الخصوصية من هذه الناحية، ولكنه أمر صعب وعلى تقدير افتراضه وتسليمه لا يضرنا ذلك بعد ان فرضنا ان المشتري لا يجبر صاحب الدار التصرف في حصته لأنها ملكه فيضطر صاحب الدار الى استئجارها، ولو لم يكن هناك شرط.

ثم ان ملكية الحصة ثابتة للمشتري الى ان يسلم صاحب الدار مقدار ما أخذه من المال، وهذا ما يعبر عنه ببيع الخيار أو الخيار برد الثمن، ولكن الأولى ان يصطلح عليه البيع الى فترة، وقد دلت الروايات على صحته فيشتري شخص من آخر سيارته أو ما شاكل ذلك بمقدار من المال ويتفقا أنه متى ما أرجع المال انفسخ العقد فإن ذلك معاملة صحيحة لا مشكلة فيها.

وهناك طرق أخرى أعرضنا عنها.

والمتحصل من كل هذا ان الايداع لدى البنوك إذا كانت بنحو الحساب الجاري فهو جائز لعدم وجود الفائدة فيه، وأما اذا كان بنحو الودائع الثابتة وودائع التوفير فلا يجوز لدخولهما في عنوان القرض بفائدة.

والطرق المذكورة وخاصة الاربعة الأولى قابلة للمناقشة وينحصر طريق التحليل بطريق واحد، وهو ان يدفع الشخص ماله الى البنك الى أجل دون إلزام بالفائدة، وإن كان يعلم بأن البنك يدفع له ذلك، فلو فرض ان الشخص عنده الف فيودعها لدى البنك الى سنة، ويصمم في قراره نفسه على أنه لو لم يدفع البنك له فائدة لما ألزمه بها، ومن الواضح ان تلك الفائدة إذا كانت من البنوك الحكومية فيتعامل معها مجهولة المالك على المشهور وإذا كانت من بنوك أهلية أو من شخص معين فيمتلكها الشخص دون أي محذور.

وفيه: محذور الربا لأنه ليس تملكاً مجانياً بعنوان الهدية وإنما هو تملك بعنوان الربا وقد خصص من عمومات صحة الهدية فلا يصح وقوع هذا العنوان.

فأن قلت: بأن القرض وقع صحيحاً مع المالك الشرعي وان لم يكن بنكاً.

قلت: اشكاله لأن الفرض ان المالك لا يدفعها الا بذلك العنوان ولا يصح أخذها بذلك العنوان لأنه ربا محرم ولا بعوان آخر لأنه لم يقصده المالك.

فإن قلت: ان المالك مملّك الزيادة تملكاً مجانياً غاية الامر انه بداعي الوفاء بالشرط الربوي وتخلف الداعي لا يخل في قصد التملك والزبون يملكه لا بقصد ذلك الداعي.

وإن العمل بالشرط من قبيل الداعي وهي لا يضر تخلفها وإنما المهم قصده لماهية المعاملة وهي التملك المجاني، وذلك لأن الوفاء بالشرط ليس من قبيل الوداعي نظير شراء اللحم من القصاب بداعي الضيوف فلو لم يحضروا في البيت لما أضر بالبيع.

وذلك لإن الشرط هو الالتزام القانوني المعاملي وانشاؤها للتمليك ليس تمليكاً ابتدائياً وبرضى مستقل بالتمليك بل هو يتبع رضاه بأصل الاشتراط (الاشتراط الربوي) وليس بانشاء للرضا بطيب خاطر بل هو يتبع الالتزام بالشرط فحينئذ يكون التمليك غير صحيح، وهذا التمليك ليس مجانياً لأنه بعنوان الربا لا الهبة كما تقدم.

فإن قلت: لم تقع المعاملة باطلة وإن الزبون قد اشترط الزيادة على نفسه صورياً في مقام الانشاء وبنائه ان لا يشترطها كغرم حدي في باطن نفسه فلا تقع المعاملة باطلة ولا محرمة لا أقل من طرف واحد وإن كانت محرمة من الطرف الآخر - البنك الأهلي - فبهذه الحيلة يمكن ان يتخلص من الحرمة في مقام الانشاء دون مقام اخذ الزيادة في المعاملة مع البنك.

قلت: مع وقوع المعاملة من دون نفوذ الشرط تكون صحيحة من جهته ولكن لا يسوغ له أخذ الزيادة لأنه حرام أخذها مورداً كما لو كانت الزيادة في متن المعاوضة القرضية كما لو قال اقرضتك مائة بمائتين، أو شرطاً كما لو قال اقرضتك مائة بشرط الزيادة، فعلى كلا التقديرين لا يسوغ لأخذ الزيادة.

وهذا الطريق يبنتني على التفكيك بين الارادة الظاهرية المبرزة باللفظ والارادة الجدية الباطنية مع ضم كون المعاملة منوطة بالارادة الجدية وإن كانت باطنة، ومؤدى الطريق هو أنه إذا كانت المعاملة محرمة شرعاً وتكليفاً ووضعاً أو شرطاً معيناً محرماً تكليفاً ووضعاً فطريق التخلص من تلك المعاملة هو عدم الارادة الجدية في الباطن لتلك المعاملة.

فهذا الانشاء الصوري غير الجدي إذا لم ينو في الباطن وإن أظهر في الصورة والعلن الارادة الجدية وتلفظ وأنشأ وأمضى ورقة العقد ولم ينصب قرينة مخالفة لا بدءاً ولا نهاية، فهل يعد هذا انشاءً صورياً أم جدياً؟

والبحث ان ما يبرزه من انشاء الشرط على المشروط عليه من دون إظهار عدم الارادة الجدية بل الظاهر دال على الارادة الجدية ولكن يبني في نفسه على انه لا يريد العمل بذلك الشرط فحينئذ لا يكون هذا الانشاء نافذاً فهو يُنشئ شيئاً ولا يُظهر أي مخالفة له ومع ذلك لا يريد المنشأ، والذي يُظهر الانشاء ويظهر اللفظ لا محالة له ارادة جديّة في الابرار وفي التلفظ باللفظ الا ان الكلام في الداعي لذلك أي في الارادة وراء الارادة لأن لو لم يكن لديه إرادة جديّة في الابرار لما وقع منه التلفظ ولما أبرز شيئاً والارادة الجديّة للإبراز والإظهار مترتبة ومتأخرة ووليدة الارادة أخرى، فهل تلك الارادة الاخرى هي الارادة غير الجديّة من قبيل ارادة الهزل أو ارادة الاستغفال واستنفاذ الأموال ونحوها من العناوين أو هي الارادة الجديّة لأصل المعنى باعتبار المعنى في الذهن، فيعتبر الشيء في زمنه ثم تتولد له ارادة جديّة اخرى لإظهار ذلك المعتبر اذ الفرض انه اظهر آلة انشاء معينه تنشي وتوجد اللفظ ولم ينصب قرينة معارضة دالة على عدم ارادة المعنى بل كل ما ابرزه من القرائن دالة على ارادة المعنى وعلاوة على ذلك أنه يجري عملاً على الالتزام بمفاد الشرط ايضاً وهو على علم من نفسه بأنه سوف يجري عملاً على مفاد الشرط فكيف يكون عنوان الارادة الثانية استنفاذ الاموال واستغفال الطرف الآخر ونحو ذلك ومع كل ذلك فكيف يمكن تصور القول بأن هذا ليس انشاءً جدياً؟

وقد ينقض بالمكره والمستهزئ ان كل منهما لا يريد البيع جداً وإنما تلفظ بألفاظ الانشاء ظاهراً أو الذي يلقق لسانه لأجل التدرب على التلفظ ولتعليم لصيغة الانشاء فإنه ليس له إرادة جدية للشرط وإنما هو تلفظ ظاهري، فما ذكره الاعلام لا غرابة فيه.

وفي مورد التقية الحال أولى بتخلف الارادة الجدية من دون نصب قرينة على الخلاف بل ينصب قرينة على الوفاق مع ان الارادة الجدية متخلفه ولا يستبعد ذلك في باب التقية، وما نحن فيه من هذا القبيل ايضاً، وبهذا يكون هذا الطريق تاماً.

وأجيب عنه: ان مورد النقوض يختلف عن المقام ومغايرة لما نحن فيه، وتلك الامثلة شاهداً لنا لا علينا والوجه فيه، أما بالنسبة للمستهزئ أو المتدرب الذي يتابع الاخرين في التلفظ لقصد التعلم أو يقلد الاخر استهزاءً به فالقرينة الحالية واضحة على الاستهزاء أو التعليم غاية الأمر ربما لا يلتفت للطرف الآخر المخاطب لكن العقلاء حيث يلتفتون الى مجلس التخاطب الذي يستهزئ فيه بالطرف الآخر يطلعون على القرائن الحالية، وهذا غير ما نحن فيه حيث لا توجد في البين قرينة أبداً، وهل يمكن ان يتعقل استهزاء من دون قرينة ولو الحالية خفية؟ وكيف يكون هذا استهزاءً بحيث لا يلتفت اليه أحد الى نهاية المطاف أي لا تكون هناك قرينة عقلائية ولو الحالية عليه أي بحيث يتقيد في البناء العملي بكل الاثار فهل هناك معنى للإرادة الجدية وراء ذلك؟

ونظير هذا البحث أثير في الكلمات في مسألة التشهد بالشهادتين فقد ذكر الشهيد الثاني (قده) وصياغة أنها طريق وأمارة على الاسلام القلبي فمع العلم بنفاق المقر بالشهادتين أو عدم اعتقاده القلبي يكشف عدم ارادته الجدية في الانشاء فلا يرتب الاثر على اقراره بهما.

وظاهر المشهور الاعتداد بإقراره وهو الصحيح للشواهد الروائية المتعددة، وإن هناك نمطين من الإرادة الجدية وراء الإرادة المتعلقة بالإنشاء والتلفظ والابراز احدهما الإرادة البنائية وما يعبر عنها بالقانون الوضعي إرادة التعاقد والالتزام العملي بمقتضى العقد أو الإيقاع أو الإقرار أو الإنشاء.

وثانيهما: الإرادة المنبعثة ملائمة ذلك الشيء المراد والميل إليه والاستئناس به والانجذاب إليه، وما هو اللازم في باب الإنشاء هو النمط الأول الإرادة التعاقدية والتقييد العملي بمقتضى العقد أو الإيقاع والإقرار لا النمط الثاني التي هي موضوع الآثار الأخروية التكوينية أو بعض الآثار الاعتبارية الشرعية في هذه النشأة ولعل سبب الخلط بين الإرادتين هو اشتراط الصحة في العقود التجارية أو غيرها بصورها عن رضا فجعل ذلك الرضا معنى للإرادة الجدية مع ان الإنشاء بتمام مرحلة الشامل للإرادة الجدية مغاير لمنشأ صدوره عن رضا تارة أو عن إكراه وتقييد التجارة عن تراض في الأدلة وكذا تقييد عناوين بقية المعاملات والإيقاعات بصورها عن رضا في الأدلة شاهد على ان تلك العناوين في وجوداتها الإنشائية غير متقومة برضا والإرادة الناشئة عنها، ومن ثمّ يعتد بالإنشاء الظاهري والإقرار بالشهادتين ما دام المقرّ يريد التقييد بأحكام الدين اجمالاً وإن كان الداعي له خوف سيطرة السيف.

وهذا الخلط بين النمطين من الإرادة وقع أيضاً في بيع المكره والمضطر بل مطلق عقودهما وإيقاعهما حيث استشكل الشهيد الثاني للتمسك لعدم نفوذ عقدهما بدليل الرفع بعدم الحاجة إليها وذلك لقصور انشائهما في نفسه بعد عدم الإرادة الجدية وتابعه جماعة على ذلك كالسيد اليزدي والشيخ الاصفهاني، والحال ان المكره والمضطر له إرادة

بنائية تقيّدية بمقتضى العقد ولو بسبب الاكراه أو الاضطرار، نعم ليس لهما إرادة من النمط الثاني.

والمضطر بالتقية كذلك في الجملة حيث يريد المنشأ بإرادة بنائية تعاقدية بمعنى انه ينوي التقيّد بالعمل بمقتضى انشائية ولو بسبب الخوف، كما انه لا ينافي الارادة الجدية من النمط الأول صدق القضية التعليقية المخالفة، ففي المكره أو المضطر أو الخائف في التقية يصدق التعليق التالي بأنه لولا الاكراه والاضطرار والخوف لما تقيّدوا بمقتضى العقد أو الانشاء نظير لو لا خوف السيف لما أقروا بالشهادتين ولو لا خوف السيف بقاءً لما بقوا متقيدين وملتزمين بأحكام الاسلام فأن صدق هذه القضية التعليقية بعد عدم تحقق التالي فيها لعدم تحقق المقدم لا ينافي وجود الارادة الجدية من النمط الأول المضادة، وهذا شأن المتضادين حيث يتلائم وجود أحد الضدين الفعلي مع امكانية وجود الضد الآخر، فكذلك الحال في مثال اشتراط الربا فأن الزبون عندما يقترض من البنك ويشترط على نفسه الزيادة للبنك مع عدم نصب أي قرينة على الخلاف وتقييده عملاً بدفع الزيادة ولو بسبب إلزام القانون الوضعي فأن هذا منه إرادة بنائية تعاقدية بالتقيّد بالعمل وأن كان بنحو التعليق لو لم يُلزم لما دفع فالإرادة الجدية من النمط الأول صادقة وإن لم تصدق الثانية - النمط الثاني - فكيف يكون هذا استهزاءً عند العقلاء؟ أو يعدّ عندهم أن لديه إرادة جديد على الخلاف من دون نصب قرينة على ذلك، نعم قد تكون القرينة لا يلتفت اليها المستهزئ به غالباً، ولسنا بصدد نفي القرائن المختلفة الصنف عند العقلاء كما في مورد التورية، المورى عليه لا يلتفت ولكن الموري يتعمد

ينصب قرينة خفيه على الخلاف ولذا قالوا أنه إذا لم ينصب قرينة خفيه على الخلاف لا شخصية ولا نوعية يعد كلاماً كذباً وليس بتورية.

وأما المتدرب الذي يتعلم كيفية التلفظ فهو أيضاً لديه إرادة إيجاد اللفظ تكويناً وإن لم تكن له إرادة إيجاد المعنى ومجرد إيجاد الصوت لا يعتبر كلاماً فهو يختلف من المورّي حيث أنه في التورية يقصد المعنى باستعمال اللفظ فيه أي الإرادة الاستعمالية كما يقصد افهام ذلك المعنى لكنه لا يريد به جداً بشرط ان ينصب قرينة خفية على ذلك وإلا عدّ كلامه كذباً، فالإرادة الاستعمالية والتفهيمية لا بد منها بل قد يكون للتعلم للمتكلم له إرادة استعمالية وتفهيمية أيضاً دون الجدية ولا يتوهم ان في مثال المقام أو التقية أو التورية هو مجرد لقلقة لسان من دون ارادة المعنى استعمالاً ولا تفهيماً وذلك لأنه خلاف الفرض من إيجاد الصوت بصورته الكلامية والداعي لذلك هو تداعي المعنى لدى المخاطب وفهمه لذلك المعنى وهذا معنى الارادتين المزبورتين إذ غرض المتكلم تجاوب المخاطب معه.

والنقض بموارد التقية والاكراه حيث في الأولى توجد قرينة نوعية ايضاً وإن لم تكن القرينة الشخصية موجودة يعني الملتفت من ابناء نوع هذا المتكلم من مذهبه أو بلده يلتفت الى ان المتكلم في مقام المداراة للطرف الآخر وليس هو بصدد الارادة الجدية، والارادة التفهيمية موجوده والا لا يمكن تحقق التقية بمجرد الارادة الاستعمالية فلا بد ان يفهم الطرف الآخر كي يتخلص من شره.

ونفس سطوة العدو على المتكلم هي قرينة حالية وكذا تهديد العدو وهذا يختلف عما نحن فيه حيث لا قرينة في البين أبداً، بل الصحيح في مورد التقية وجود الارادة

الجديّة من النمط الأول، والمنتفي هي الإرادة الجديّة من النمط الثاني وهذه القرائن الحالّيّة المذكورة هي لنفي الإرادة الجديّة من النمط الثاني إذ لو لم تفرض الإرادة الجديّة من النمط الأول - أي إرادة التقيّد العملي بما انشأه تقيّة وترتيب الآثار عليه - لم يتحقّق أداء التقيّة ولأختل غرض التقيّة فهذه قرائن دالة على تخلف الإرادة الجديّة الناشئة من طيب النفس والرضا التي هي مورد الاحكام التكليفيّة الأخرى ومران منشأ الخلط بين الإرادة الجديّة المقومة للانشاء مع الإرادة الناشئة من الطيب هو اشتراط الطيب والرضا في صحة المعاملات والايقاعات الانشائيّة.

وأما مورد الاكراه فقد ذكروا في مبحث بيع المكره في وجه عدم صحة بيعه ان المكره ليس له إرادة جديّة ولا تفهيميّة فبيعه من الاصل ليس بتمام الشرائط فلا حاجة الى اقامة دليل على عدم الصحة ذكره الشهيد الثاني (قده) وأنه في نفسه غير تام لعدم وجود الإرادة الجديّة والانشاء بدونها ليس بانشاء فالبيع ليس بمنشأ وما وقع مجرد تلفظ بالبيع أو إفهام البيع من دون إرادة جديّة بانشائه.

والنقوض السابقة في ما نحن فيه من قبيل اشكال الشهيد الثاني كما تقدم. الا انه يشكل على هذا التقريب في بحث المكره على المشهور الذاهب - بناء على صحة بيع الفضولي - الى صحة بيع المكره إذا جازه المكره بقاءً فتصح المعاملة الاكراهية عندهم ولو بالرضا المتأخر.

مع أنه على تقريب الشهيد حيث فرض انتفاء الإرادة الجديّة لم يتحقّق أصل البيع كي يمض.

وأجيب عنه من قبل البعض بوجوه:

منها: ان الارادة الاستعمالية لا ريب في تحققها وكذلك الارادة التفهيمية إذ غرض المتكلم ان يدفع اكراه المكره ولا يندفع الا بإفهامه ومن ثم فالارادة الجدية موجودة أيضاً لأن المتكلم يريد إفهام المكره بالبيع الانشائي والتزامه وتقيده البنائي به فيكون نصاب الانشاء تاماً، نعم لو التفت المكره الى أنه بإمكانه ان لا يبني جداً في مقام العمل على البيع لكان اشكال الشهيد تاماً فلا حاجة في خصوص هذه الحالة من معاملة المكره وبيعه الى إقامه دليل على البطلان، إلا ان نوع المكرهين ليس لديهم التفات الى إمكان تخلف الارادة الجدية أما لعدم استحضر التورية في ذلك الوقت أو لرؤية نفسه ملجأ الى البناء العملي على المعاملة فيرى ان البناء العملي على العمل المترتب (الملجأ اليه) في المعاملة ملزم له لأنه يريد جداً ويحدث الارادة الجدية.

ولو سُلّم بما ذكره الشهيد فلا نسلم به في المقام لأن بحث المكره يغير ما نحن فيه لأن الاكراه قرينة حالية كموارد التقية، وفرض المقام في مورد عدم وجود القرينة بتاتاً — لا نوعية ولا شخصية لا حالية ولا مقالية — بل القرائن على وفاق ما أنشأه موجودة، نعم في مورد المكره البناء العملي ملزم له على الارادة الجدية البنائية بالالتزام العملي، إلا أنها ليست الارادة الجدية الناشئة من طيب النفس فلا يصدق القول بنفي الارادة الجدية مطلقاً.

وما ذكروه ثمة نافع فيما نحن فيه بطريق أولى، إذ ليس في البين إكراه وعدم طيب ومع ذلك يعلم بوقوع البناء العلمي على الانشاء من دون تخلف بل هو موطن نفسه على العمل بمقتضى الشرط، غاية الأمر ولو بسبب الإلزام القانوني فالالغاء العملي يتناسب مع الارادة الجدية لا مع عدمها، فهذه النقوض شواهد لما نحن فيه.

والحاصل :

ان الارادة الاستعمالية موجودة كما نَقَّح في بحث الوضع في علم الاصول من التلازم بين اللفظ والمعنى وإن كان اعتبارياً في البدء الا ان مآله الى التلازم التكويني وإرادة أحد المتلازمين إرادة للآخر ولا مانع من ذلك، وكذا الحال في الارادة التفهيمية، لأن المنشئ يريد ان يفهم الطرف الاخر المتعاقد معه ولا ينصب أي قرينة على الخلاف، وهذا معنى ارادة التفهيم - إرادته للإفهام - كما ذكر ذلك عدة من المتأخرين المحققين في بيع المكره.

وهذا الانشاء بهذا القدر متوسط بدرجة الانشاء التفهيمي، فهو ناقص ليس بتام النصاب، إلا ان الارادة الجدية موجودة أيضاً في البين وإن توهم ان المتكلم يبني على العدم أو يبني على أنه مجهول المالك وذلك لأن ضابط الارادة الجدية أن لا ينصب قرينة خفية ولا جليّة ولا مقالية ولا حالية ولا نوعية ولا شخصية بل ينصب قرائن على الوفاق مع فرض علمه بأنه سوف يبني على الجري العملي بمقتضى الانشاء.

والخواطر الباطنية التي لا تجد طريقاً الى البروز في مقام العمل ولا تنتزله الى الافعال لا يعبأ بها والارادة الجدية ليست شيئاً وراء الاقدام والعلم بايقاع العمل على طبق مفاد المنشأ، فالصحيح ان الارادة الجدية متحققة كالإرادة التفهيمية والاستعمالية فيكون نصاب الانشاء تاماً فعلى القول بعموم حرمة الانشاء للربا على أموال مجهول المالك تكون الحرمة فعلية لفعلية الموضوع فهذه الطريق لا يفيد التخلص من الحرمة.

نعم لو فرض في تلك الموارد وجود قرائن حالية دالة على عدم الارادة البنائية بمقتضى المنشأ لانتفى الانشاء التام وانتفت الحرمة.

ويجب الالتفات في مورد تطبيق الصغريات الى انه قد توجد قرائن خفية نوعية حالية موجودة وإن لم تكن قرائن جلية.

وقد يقال في موارد مجهول المالك أو موارد التعامل مع الحربي بأن المورد نفسه يصلح قرينة خفية نوعية حالية، كما في موارد التقية فقد تكون قرينة على عدم الارادة الجدية غايته أنها خفية حالية نوعية لمذهب المتكلم وليست شخصية بالنسبة الى السامع، فإذا بني في مورد على أن المال مجهول المالك فالمعاملة من جهة الشرع غير تامة وأن كان الجري والبناء العقلاني عليها متصوراً في موارد مجهول المالك يمكن ان يتكئ عليها المتكلم فيكون تلفظه أو انشاءه ليس منبعثاً من الارادة الجدية.

لا يقال: ان الارادة الجدية متوفرة وليست هناك قرينة منصوبة على عدمها لأن القرينة هي نفس التعامل مع أهل الحرب بعد البناء على أنهم لا يملكون فالتعامل معهم ليس تعاملًا حقيقياً بل من باب استنقاذ المال فهي قرينة عند نوع العقلاء عندما يطلعون على مثل هذه النكات الحالية من كون المتكلم لا يرى السامع معه مالكاً لكونه حربياً أو مجهول المالك فيرون ان تعامله لأجل للتوصل الى استنقاذ الفيء من يد الحربي.

نعم لا يتأتى ذلك في موارد البنك الأهلي أو الشخصي المعين بأن يقرضه وينشئ اشتراط الزيادة ويوطن نفسه على عدم أخذها فأن ذلك الانشاء لا مسوغ له إذ لا قرينة في البين نافية للإرادة الجدية.

وقد عرفت ان المنفي في تلك الموارد بتلك القرائن إنما هي الارادة الجدية الناشئة من طيب النفس ونحوه لا نفي الارادة الجدية الالتزامية البنائية على التقيد العملي كما هو الحال في مورد التقية والاكراه والتي بها يتم نصاب الانشاء، فهذا المقدار لا ينتفي

موضوع الحرمة لإنشاء الربا وحرمة العمل به وإن له أدلة الحرمة في المعاملات ناظرة الى إيقاف الجري العملي المعاملي عند العرف في تلك القنوات فلا ينفع في ذلك افتراض التعامل في باطن نفسه بعض العناوين التي لا تجد طريقها الى الاشتراط العملي في الخارج.

هذا هو الكلام في هذا الطريق أو الحيلة التخليصية من الربا وان الضابطة في جريانها وجود قرينة على تخلف الارادة الجديدة، وأما إذا لم تكن قرينة فإجراؤها محل اشكال كما اتضح مما سبق.

وقد طبق الفقهاء هذه الحيلة في المحتاج الى الاقتراض وبأنه يجوز له الاقتراض وإن شرط عليه البنك الحكومي الزيادة إذ القرض في نفسه صحيح والشرط باطل، وأما إقدامه على انشاء هذا الشرط الذي هو محرم فيتخلص منه بهذه الحيلة وهذه الحاجة هي محل ابتلاء غالب المؤمنين المتوسطين في الوضع المالي فضلاً عن دونهم.

نعم بالنسبة الى البنوك الأهلية لا يسوغ ذلك.

ملخص ما تقدم:

أ- أنه إذا كانت معاملة ما محرمة شرعاً تكليفاً ووضعاً أو شرط معين محرم تكليفاً ووضعاً فطريق التخلص من تلك المعاملة المحرمة هو عدم الارادة الجديدة في الباطن لتلك المعاملة فالاقتراض من البنك الحكومي بشرط الزيادة على مبنى مجهول المالك لا بد من كون الانشاء للاقتراض من البنك سورياً بأن يكون في نيته واراادته الجديدة انه يريد وضع يده على المال بعنوان مجهول المالك فيجري الحيلة في أصل الاقتراض، وكذا الاقراض بشرط الزيادة سورياً بأن لا يقصد الزيادة جداً فلا يكون مرتكباً للحرام.

والكلام أنه إذا أنشأ صورياً ولم بنو في الباطن وإن أظهر في الصورة والعلن الإرادة الجدية وتلفظ وأمضى ورقة العقد ولم ينصب أية قرينة على الخلاف لا بدءاً ولا نهاية فهل يعد هذا انشاءً صورياً أو جدياً؟

والبحث يبتني على التفكيك بين الإرادتين الظاهرية والجدية الباطنية مع ضمنية ثانية، وهي كون المعاملة منوطة بالإرادة الجدية وإن كانت باطنية ومؤدى الطريق أن التخلص من الحرام بعدم الإرادة الجدية في باطن لتلك المعاملة.

ب- أن ما يبرزه المنشئ من انشاء الشرط على المشروط عليه من دون إظهار عدم الإرادة الجدية بل الظاهر دال على ذلك على الإرادة الجدية ولكن يبنى في نفسه على أنه لا يريد ذلك الشرط فحينئذ لا يكون هذا الانشاء نافذاً فهو ينشئ شيئاً ولا يظهر رأيه مخالفة له ومع ذلك لا يريد المنشأ.

واشترط الإرادة الجدية عند الفقهاء القانون يفسر بقولين قول يميل إلى النزعة الباطنية وقول ينزع إلى النزعة الظاهرية أي أن يجعل المراد على الإرادة الباطنية والثاني على الظاهر.

واستدل للثاني بأنه لو بُني على الإرادة الباطنية دون أي موضوعية للظاهر فحينئذ لا ثوابت في التعامل الظاهري، مع قضاء الضرورة بجعل ثوابت في التعامل الظاهري منضبطة معينة، والبحث في مستويات وجود المعاملة ومدى موضوعية الظواهر في ذلك، إذ بالظاهر تتقرر الثوابت للتعامل وبدونها لا ينضبط التعامل والتعاقد الانشائي.

ج - تنقيح الحال في الإرادة وكيفيةها في الانشاء تتم باستعراض الأقوال في حقيقة الانشاء وأهمها قولان:

الأول: للمشهور وإن الانشاء هو ايجاد المعنى باللفظ.

الثاني: ان الانشاء هو ابراز المعنى في الذهن والحكاية عما في الضمير كما هو مذهب جماعة من المحققين كالعراقي والحوثي، فالإنشاء لديهم ليس علة لإيجاد المعنى المنشأ، إذ المنشأ ليس موجوداً تكوينياً بل اعتبارياً ولا يكون الانشاء منزلاً منزلة العلة التكوينية لأنه لا أثر لذلك التنزيل فعلى هذا المسلك الارادة الجدية المتعلقة بالإبراز متعلقه بالمبرز موجودتان.

وأما على الأول المشهور فالارادة الجدية بالمنشأ وبنفس التلفظ بالانشاء موجوده غاية الأمر الارادة المتعلقة بنفس التلفظ ممهدة للارادة المتعلقة بالمنشأ. فإذا أقدم المتكلم على التلفظ بالانشاء أو ابراز الارادة فهذا الاقدام لا محالة جدّي وإلا لم يصدر منه التلفظ والابراز كما لا ريب في ان الارادة الجدية بالتلفظ والابراز معلولة ووليدة الارادة الجدية المتعلقة بالمبرز والمنشأ فأن المتكلم في نفسه يريد المنشأ أولاً أو يريد المبرز كالبيع ومن ثم يريد انشاؤه أو ابرازه.

نعم لو نصب قرينة على الخلاف لكانت الارادة الجدية بالابراز وليدة ارادة اخرى من الاكراه أو الهول أو غير ذلك من الدواعي، والفرض أنه مختار لا مكروه والارادة الجدية بانشاء البيع موجودة ومع وجودها لا تتخلف الارادة المتعلقة بالمبرز ايضاً.

د- ان الذي يظهر الانشاء ويظهر آله الانشاء ويظهر اللفظ لا محالة له ارادة جدية في الابراز وفي التلفظ باللفظ الا ان الكلام في ما هو الداعي لذلك أي في الارادة وراء الارادة لأنه لو لم تكن له ارادة جدية في الابراز، لما وقع منه التلفظ ولما أبرز شيئاً، والارادة الجدية للإبراز والاطهار مترتبة ومتأخرة ووليدة لإرادة اخرى، فهل تلك الارادة الاخرى

هي إرادة الهزل أو إرادة الاستغفال واستنقاذ المال ونحوها من العناوين أو هي الإرادة الجدية لأصل المعنى باعتبار المعنى في الذهن، فيعتبر الشيء في ذمته ثم تتولد لديه إرادة جدية أخرى ضابطها ذلك المعتبر إذ الفرض أنه أظهر آلة انشاء معينة تنشئ وتوجد اللفظ ولم ينصب أي قرينة ممانعة دالة على عدم إرادة المعنى بل كل ما ابرزه من القرائن دالة على إرادة المعنى وعلاوة على ذلك أنه يجري عملاً على الالتزام بمفاد الشرط أيضاً، وهو على علم من نفسه بأنه سوف يجري عملاً على مفاد الشرط فكيف يكون عنوان الإرادة الثانية استنفاذ الاموال واستغفال الطرف الآخر ونحو ذلك ومع كل ذلك فكيف يمكن تصور القول بأن هذا ليس انشاءً جدياً؟

هـ - وينقض بيع المستهزئ والمكره إذ كل منهما لا يريد البيع جداً وإنما يتلفظ بألفاظ الانشاء ظاهراً أو الذي يلقق لسانه لأجل التدرب على التلفظ والتعلم لصيغة الانشاء، فإنه ليس له إرادة جدية للشرط وإنما تلفظ ظاهري فما ذكره الاعلام لا غرابة فيه.

وفي مورد التقية الحال أولى بتخلف الإرادة الجدية من دون نصب قرينة على الخلاف بل ينصب قرينة على الوفاق مع ان الإرادة الجدية متخلفة ولا يستبعد ذلك في باب التقية وما نحن فيه من هذا القبيل أيضاً.

والجواب: ان هذه النقوض تختلف عن المقام ومغايرة لما نحن فيه بل تلك الأمثلة شواهد لنا لا علينا والوجه فيه: أما بالنسبة للمستهزئ أو المتدرب الذي يتابع الآخر في التلفظ لقصد التعلم أو غيره فالقرينة الحالية واضحة على الاستهزاء أو التعلم غاية الأمر

ربما لا يلتفت الطرف الآخر المخاطب لكن العقلاء حيث يلتفتون الى مجلس التخاطب الذي يستهزئ فيه بالطرف الآخر يطلعون على القرائن الحالية.

وهذا غير ما نحن فيه حيث لا قرينة في البين أبداً، وهل يمكن ان يعقل استهزاء من دون قرينة ولو حالية خفية؟ وكيف يكون استهزاء بحيث لا يلتفت اليه أحد الى نهاية المطاف أي لا تكون هناك قرينة عقلائية ولو حالية عليه، بحيث يتقيد في البناء العلمي بكل الآثار فهل هناك معنى للإرادة الجدية وراء ذلك؟

وقبول المشهور شهادة من يعلم بنفاقه القلبي أو عدم اعتقاده القلبي خلافاً للشهيد الثاني (قده) حيث ذهب الى عدم ترتب الاثر على اقراره بها، والصحيح هو ما عليه المشهور، وذلك لأن هناك نمطين من الارادة الجدية وراء الارادة المتعلقة بالانشاء والتلفظ والابراز.

أحدهما: الارادة البنائية أو ما يطلق عليها بالقانون الوضعي ارادة التعاقد والالتزام العلمي بمقتضى العقد أو الانشاء أو الاقرار.

وثانيهما: الارادة المنبعثة من ملائمة ذلك الشيء المراد والميل اليه والاستئناس به والانجذاب اليه، وما هو اللازم في باب الانشاء إنما هو النمط الأول الارادة البنائية التعاقد به وإرادة التقيد العملي بمقتضى العقد أو الاقرار أو الانشاء الارادة لا الارادة من النمط الثاني التي هي موضوع الآثار الاخروية التكوينية أو بعض الآثار الاعتبارية الشرعية في هذه النشأة ولعل سبب الخلط بين الارادتين هو اشتراط الصحة في العقود التجارية أو غيرهما بصدورها عن رضا فجعل ذلك معنى للإرادة الجدية مع ان الانشاء بتمام مراحلها الشامل للإرادة الجدية مغاير لمنشأ صدوره عن رضا تاره أو عن إكراه

أخرى وتقييد التجارة بصدورها عن تراض في الأدلة وكذا تقييد عناوين بقية المعاملات والايقاعات بصدورها عن رضا في الأدلة شاهد على ان تلك العناوين في وجوداتها الانشائية غير متقومة برضى الإرادة الناشئة عنه.

ومن ثم يعقد بالانشاء الظاهرية والاقرار بالشهادتين ما دام المقر يريد التقييد باحكام الدين اجمالاً وان كان الداعي له خوف سطوة السيف.

وهذا الخلط بين النمطين من الإرادة وقع في بيع المكره والمضطر بل مطلق عقودهما وايقاعاتهما كما بئين سابقاً وإن لهما إرادة بنائية تعاقدية ولو بسبب الاكراه والاضطرار وليس لها إرادة من النمط الثاني.

والحال في المضطر بالتقية كذلك في الجملة.

حيث انه يريد المنشأ بارادة بنائية تعاقدية بنوي التقييد بالعمل بمقتضى انشائه ولو بسبب الخوف، كما أنه لا ينافي الإرادة الجدية من النمط الأول صدق القضية التعليقية المخالفة، ففي مثال المكره والخائف في التقية يصدق التعليق التالي بأنه لولا الاكراه أو الحذف لما تقيدوا بمقتضى العقد أو الانشاء نظير خوف السيف لما أقروا بالشهادتين فأن صدق هذه القضية التعليقية بعد عدم تحقق التالي فيها لعدم تحقق المقدم لا ينافي وجود الإرادة الجدية من النمط الأول المتضاد وهذا شأن المتضادين حيث يلائم وجود أحدهما الفعلي مع امكانية وجود الضد الآخر، فكذلك الحال في مثال اشتراط الربا فأن الزبون عندما يقترض من البنك ويشترط على نفسه الزيادة للبنك مع عدم نصب قرينة على الخلاف وتقيده عملاً بدفع الزيادة ولو بسبب إلزام القانون الوضعي فإن منه إرادة بنائية تعاقدية بالتقييد بالعمل وان كان بنحو التعليق ولو لم يلزم لما دفع فالارادة الجدية من

قاسم الطائي (٢٠١)

النمط الأول صادقة وإن لم تصدق الإرادة الجدية من النمط الثاني، فكيف يكون هذا استهزاءً عند العقلاء. أو يعد عندهم ان لديه إرادة جديه على الخلاف من دون نصب قرينة على ذلك.

نعم قد تكون القرينة لا يلتفت اليها المستهزئ به غالباً كما في مورد التورية فأن المورى عليه لا يلتفت ولكن الموري يتعمد بنصب القرينة الخفية على الخلاف وإلا عدّ كلامه كذباً وليس بتورية وكذا المتدرب الذي يتعلم كيفية التلفظ فهو أيضاً لديه إرادة ايجاد اللفظ تكوينياً وإن لم تكن له إرادة ايجاد المعنى ومجرد ايجاد الصوت لا يعد كلاماً فهو يختلف عن المورى حيث أنه في التورية يقصد المعنى باستعمال اللفظ فيه أي الإرادة الاستعمالية كما يقصد إفهام ذلك المعنى لكنه لا يريده جداً ألا بشرط ينصب قرينة خفية على ذلك وإلا عد كلامه كذباً فالإرادة الاستعمالية وكذا التفهيمية لا بد منهما بل قد يكون المتعلم للتكلم له الإرادة الاستعمالية والتفهيمية أيضاً دون الجدية.

ولا يتوهم ان في مثال المقام او التقية أو التورية ونحوها قد يكون مجرد لقلقة لسان من دون ارادة المعنى استعمالاً ولا تفهيماً لأن ذلك خلاف الفرض من ايجاد الصوت بصورته الكلامية، والداعي لذلك هو تداعي المعنى لدى المخاطب وفهمه لذلك المعنى وهذا معنى الارادتين المزبورتين إذ غرض المتكلم تجاوب المخاطب معه.

أما بحث الوضع فالعلقة بين اللفظ والمعنى صارت علقة تكوينية وان كان بدؤها اعتبارياً فإرادة ايجاد احد المتلازمين يلزم ارادة ايجاد الملازم الآخر، لأنهما لا ينفكان تكويناً فلا يمكن دعوى عدم وجود الإرادة الاستعمالية في البين، هذا بالنسبة للإرادة الاستعمالية.

وأما بالنسبة للإرادة التفهيمية فهي موجودة أيضاً لأنه يريد التجاوب من السامع والمخاطب الذي لا يتحقق إلا بانتقال ذهنهما إلى المعنى وهو معنى إرادة التفهيم بحسب الطبع الأولي هي طبق الإرادة الجدية إلا أن يكون هناك باعث فعلي مغاير بينهما والفرض عدمه إذ ليس في البين إلا الباعث والداعي الشأني اللولائي وعرفت أن الإرادة الجدية ليست شيئاً وراء ذلك وتخيل ما عدا ذلك توهم وخلق بين نمط الإرادة الجدية^(١).

و- والنقض بمورد التقية والاكراه لا يأتي لوجود قرينة نوعية وان لم تكن شخصية بمعنى أن الملتفت من أبناء العرف - نوع المتكلم من مذهبه أو بلده - يلتفت إلى أن المتكلم في مقام مداراة الطرف الآخر وليس هو بصدد الإرادة الجدية والإرادة التفهيمية موجودة وإلا لا يمكن تحقيق التقية بمجرد الإرادة الاستعمالية فلا بد أن يفهم الطرف الآخر كي يتخلص من شره.

ونفس سطوة العدو على المتكلم هي قرينة حالية وكذا تهديد العدو وهذا يختلف عما نحن فيه حيث لا قرينة في البين أبداً، بل الصحيح في موارد التقية وجود الإرادة الجدية من النمط الأول، وإنما المنتفي هي الإرادة الجدية من النمط الثاني وهذه القرائن الحالية المذكورة هي لنفي الإرادة الجدية من النمط الثاني إذ لو لم تفرض الإرادة الجدية من النمط الأول - أي إرادة التقيّد العملي بما أنشأه تقية وترتيب الآثار عليه - لم يتحقق إداء التقية ولأختل غرض التقية فهذه قرائن دالة على تخلف الإرادة الجدية من النمط الثاني الناشئة من طيب النفس والرضا التي هي مورد الأحكام التكليفية الأخرى.

(١) الإرادة الجدية والظاهرية في المعاملات ص ١٨٦ فقہ الحيل الشرعية - السند

ومر ان منشأ الخلط بين الارادة الجدية المقومة للانشاء مع الارادة الناشئة من الطيب هو اشتراط الطيب والرضا في صحة المعاملة والايقاع الانشائي.

وأما مورد الاكراه فقد ذكر الشهيد الثاني وجماعة الى عدم وجود ارادة جدية عنده وما وقع منه مجرد تلفظ بالبيع أو افهام البيع من دون ارادة جدية بانشاءه وعلى هذا لم يتحقق أصل البيع كي يمضى.

وأجيب عنه: بان الارادة الاستعمالية لا ريب في تحققها وكذلك الحال في الارادة التفهيمية إذ غرض المتكلم ان يدفع اكراه المكروه ولا يندفع الا بإفهامه ومن ثم فالارادة الجدية موجودة أيضاً، لأن المتكلم يريد إفهام المكروه بالبيع الانشائي وتقيدته البنائي به فيكون نصاب الانشاء تاماً.

نعم لو التفت المكروه الى أنه بإمكانه ان لا يبني جداً في مقام العمل على البيع لكان اشكال الشهيد تاماً وحينئذٍ فلا حاجة الى إقامه دليل على البطلان، إلا ان نوع المكروهين ليس لديهم التفات الى إمكان تخلف الارادة الجدية أما لعدم استحضارهم التورية في ذلك الوقت أو لرؤية نفسه ملجأ الى البناء العملي على المعاملة فيرى ان البناء العملي على العمل المترتب (الملجأ اليه) في المعاملة ملزم له لأنه يريد جداً ويحدث الارادة الجدية.

ولو سلّم بما ذكره الشهيد فلا نسلم به في المقام لأن بحث المكروه يغير ما نحن فيه لأن الاكراه قرينة حالية كموارد التقية، وفرض المقام في مورد عدم وجود القرينة بتاتاً لا نوعية ولا شخصية لا حالية ولا مقالية بل القرائن على وفاق ما أنشأه موجودة، نعم في مورد المكروه البناء العملي ملزم له على الارادة الجدية البنائية بالالتزام العملي، وهي

ليست الارادة الجدية الناشئة من طيب النفس فلا يصدق القول بنفي الارادة الجدية مطلقاً.

وما ذكره نافع فيما نحن فيه بطريق أولى لعدم وجود الإكراه وعدم طيب النفس ومع ذلك يعلم بوقوع البناء العلمي على الانشاء من دون تخلف، بل هو موطن نفسه على العمل بمقتضى الشرط، غاية الأمر ولو بسبب الإلزام القانوني فالالغاء العملي يتناسب مع الارادة الجدية لا مع عدمها، فهذه النقوض شواهد لما نحن فيه.

ك: والحاصل ان الارادة الاستعمالية موجودة كما هو منقح في بحث الوضع في علم الاصول من التلازم بين اللفظ والمعنى وإن كان اعتبارياً في البدء الا ان مآله الى التلازم التكويني وإرادة أحد المتلازمين إرادة للآخر ولا مانع من ذلك، وكذا الحال في الارادة التفهيمية، لأن المنشيء يريد ان يفهم الطرف الاخر المتعاقد معه ولا ينصب أي قرينة على الخلاف وهذا معنى ارادته للإفهام كما ذكره عدة محققين من المتأخرين في بيع المكره وفي مبحث الانشاء أيضاً.

وهذا الانشاء بهذا المقدار متوسط بدرجة الانشاء التفهيمي، فهو ناقص ليس بتام النصاب، إلا ان الارادة الجدية موجودة أيضاً في البين وإن توهم ان المتكلم يبني على العدم أو يبني على أنه مجهول المالك وذلك لأن ضابط الارادة الجدية أن لا ينصب قرينة خفية ولا جلية ولا مقالية ولا حالية ولا نوعية ولا شخصية بل ينصب قرائن على الوفاق مع فرض علمه بأنه سوف يبني على الجري العملي بمقتضى الانشاء.

والخواطر الباطنية التي لا تجد طريقاً الى البروز في مقام العمل ولا تنزل الى الافعال لا يعبأ بها والارادة الجديدة ليست شيئاً وراء الاقدام والعلم بايقاع العمل على طبق مفاد المنشأ.

فالصحيح ان الارادة الجديدة متحققة كالإرادة التفهيمية والاستعمالية، ففي مثل هذه الحيلة التخليصية يكون نصاب الانشاء تاماً فعلى القول بعموم حرمة انشاء الربا على أموال مجهول المالك تكون الحرمة فعلية لفعلية الموضوع فهذه الحيلة لا تفيد التخلص من الربا، الا في فرض وجود قرائن حالية دالة على عدم الارادة الجديدة البنائية بمقتضى المنشأ لا تنفى الانشاء التام وانتفتت الحرمة.

ل: قد تبين مما سبق بأن الضابطة في جريان الحيلة هو وجود قرينة على تخلف الارادة الجديدة، وأما إذا لم تكن قرينة فإجرائها محل اشكال كما اتضح مما سبق. وليس من الضروري ان تكون القرينة جلية واضحة فقد توجد قرائن خفية نوعية حالية وإن لم تكن جلية، وقد يقال في موارد مجهول المالك أو موارد التعامل مع الحربي بأن المورد نفسه يصلح قرينة خفية نوعية حالية كما في موارد التقية فتكون قرينة على عدم الارادة الجديدة غاية الأمر خفيه حالية نوعية لمذهب المتكلم وليست شخصية بالنسبة إلى السامع ويمكن للمتكلم ان يتكئ على مثل تلك القرينة الحالية فيكون تلفظه أو انشاؤه ليس منبعثاً عن الارادة الجديدة.

لا يقال ان الارادة الجديدة فهو فرق وليست هناك قرينة منصوبة على عدمها، لأن القرينة هي نفس التعامل معهم ليس تعاملًا حقيقياً بل هو من باب الاستنقاذ للمال وهي قرينة عند نوع العقلاء عندما يطلعون على مثل هذه النكات الحالية من كون المتكلم لا

فقه المعاملات المصرفية (٢٠٦)

يرى السامع المتعاقد معه مالكاً لكونه حربياً أو كون المال مجهول المالك فيرون ان تعامله لأجل التوصل الى استنقاذ مجهول المالك أو استنقاذ الشيء من يد الحربي، نعم لا يأتي في موارد البنك الأهلي أو الشخص المعين بأن يقرضه وينشئ الشرط -الزيادة- ويوطن نفسه على عدم أخذها فإن ذلك الإنشاء لا مسوغ له، إذ لا قرينة في البين نافية للإرادة الجدية.

وقد عرفت ان المنفي في تلك الموارد بتلك القرائن انما هي الارادة الجدية الناشئة من طيب النفس لا نفي الارادة الجدية الالتزامية البنائية على التقيد العملي كما هو الحال في موارد التقية والإكراه والتي بها يتم نصاب الانشاء فبهذا المقدار لا ينتفي موضوع الحرمة -حرمة انشاء الربا- وحرمة العمل به وان ادلة الحرمة في المعاملات ناظرة الى إيقاف الجري العملي المعاملي عند العرف في تلك العناوين فلا ينفع في ذلك افتراض المتعامل في باطن نفسه بعض العناوين التي لا تجد طريقها إلى الالتزام العملي في الخارج.

تحصيل قيمة الشيكات

الشيك: هي ورقة مالية مصرفية يتم التداول بها عادة بدل العملات بصفتها دالة على العملات وقابلة للتبديل بها في أي وقت.
وقد عرفوه: بأنه أمر مكتوب صادر من الساحب (العميل) الى المسحوب عليه (المصرف) بدفع مبلغ محدد إلى طرف ثالث (المستفيد) من حساب الساحب ويجب أن يشتمل الشيك على عناصر وبيانات محددة بالقانون.

وهي ورقة خاصاً مصرفياً بالحساب الجاري ولا تشمل باقي الودائع وهي تشمل الجاري المكشوف أيضاً.

ويراد بالعميل الوارد في عنوان التعريف، من يكون له في المصرف حساب جاري، وأما المستفيد فقد عرفوه: بأنه حامل الورقة التجارية تظهيراً أو تحريراً والذي له تسلم المبلغ المذكور.

وعرفوا التظهير: بأنه التوقيع على ظهر الورقة التجارية للتوكيل أو الضمان أو نقل الحق، وللشيكات عدة أقسام^(١) لا حاجة إلى الدخول بتفاصيلها. والاستفادة من الشيك لها عدة صور بعضها لا يرتبط بعنوان بحثنا وسنذكره أولاً ليتضح ماهو المرتبط بمحل البحث.

والصور هي:

الصورة الأولى: ان يكون للشخص رصيد مالي في البنك ويكتب شيكاً ليسحب مقدراً من المال لنفسه، وهذا يرجع إلى استيفاء الشخص القرض الذي دفعه إلى البنك أولاً، وذكر بعض ان هذا يرجع إلى إقراض جديد من قبل البنك للشخص مع فرض التهاثر القهري، وهو بعيد، وهذه الصورة خارجة عن عنوان بحثنا.

الصورة الثانية: نفس السابقة ويكتب شيكاً لشخص آخر لسحب مقدار من المال كمساعدة له أو ما يشاكل ذلك وهذا يرجع إلى الاستيفاء أيضاً من خلال الوكيل وصاحب الرصيد قد استوفى حقه بواسطة وكيله، وهي خارجة أيضاً.

(١) ما وراء الفقه ج ٤ ص ٧٨ الشهيد الصدر (قده)

الصورة الثالثة: نفس السابقة ويكتب شيكاً لشخص آخر يطلبه مقداراً من المال فيسحب من البنك مقدار دينه، وهذا يرجع إلى الحوالة فصاحب الرصيد يحيل دائته الشخص الثاني على مدينه _ البنك _ فأن البنك مدين الى صاحب الرصيد بسبب وجود الرصيد عنده، وهي خارجة أيضاً.

فما هو المقصود من العنوان المذكور؟

والمقصود من ذلك ما إذا فرض ان شخصاً كتب شيكاً لشخص وحواله على بنك معين، فأخذ الشخص الشيك ولم يذهب به إلى ذلك البنك المعين؛ بل ذهب به الى بنك آخر وقال له حصل لي قيمة هذا الشيك أما لأنه يصعب عليه الذهاب الى البنك المحول عليه، أو لأن حسابه في هذا البنك الذي طلب منه تحصل قيمة الشيك وفي مثل ذلك يقبل هذا البنك تحصيل قيمة الشيك ويأخذ أجره على ذلك، فوظيفة البنك المحصل تحصيل قيمة الشيك مع فرض ان الأجل حال أو يفترض انه ليس بحال ولكن يتصدى لتحصيله بعد حلوله.

والسؤال يقع عن التكييف الفقهي لهذه العملية أولاً؟.

وعن حكم الأجرة فهل يجوز للبنك أخذها أو لا ثانياً؟.

اما السؤال الأول: فقد ذكر بعض الاعلام ان يرجع ذلك الى البيع والحوالة فمن بيده الشيك يبعه على البنك المحصل فلو كانت قيمة الشيك مائة دولار فيبيعه على البنك بمائة فالبنك يدفع مائة ثم بعد ذلك يحول صاحب الشيك البنك المحصل بقيمة الشيك على البنك الأول المحول عليه، وقال بهذا الشيخ حسين الحلبي (قده) وهذا

بنص عبارته: هذا النوع من التحصيل من فروع مسألة الحوالة لان حامل الشيك يحول من يشتريه بتسليم المبلغ المذكور من البنك المسحوب عليه^(١).

وفيه: ان ما ذكره الشيخ (قده) لا يخلو من تشويش لانه ان افترضنا ان البنك المحصل يشتري الشيك المذكور بقيمته فسوف تصير قيمة الشيك ملكاً للبنك المحصل ومعه لا حاجة إلى فرض الحوالة وإن حول صاحب الشيك البنك المحصل إلى البنك الأول بل ان البنك المحصل قد صار بالبيع والشراء مالكا لقيمة الشيك على البنك الأول فيرجع عليه بلا حاجة لفرض الحوالة، وإذا أردنا ان نحذف فكرة البيع والشراء من المسألة ونقول بأن صاحب الشيك لا يبيع على البنك المحصل بل يقترض منه قيمة الشيك ويحوله على البنك الأول فدور الحوالة يكون واضحاً ضرورياً ولا حاجة عندئذ الى فرض البيع، بالجمع بين البيع والحوالة - كما يدل عليه ظاهر عبارته - أمر غير واضح^(٢).

أقول: ان بيع الشيك من قبل صاحبه الى البنك المحصل فهل يبقى بأسم صاحبه أو يصير بأسم الشركة المحصل فأن بقي على اسم صاحبه احتاج الأمر إلى الحوالة، وإن لم يبق على اسم صاحبه بل انتقل الى اسم البنك المحصل فلا يحتاج الأمر إلى الحوالة. هذا ويمكن تكييف العملية المذكورة بأحد التخريجات التالية:

التخريج الأول: هو أن تكون العملية راجعة الى الوكالة فمن بيده الشيك يوكل البنك المحصل ويقول له انت وكيلي في تحصيل قيمة الشيك وتسليمها إليّ، وبناء عليه يكون الوجه في حلية أخذ العمولة واضحاً؛ بأن البنك يحق له رفض الوكالة وانه لا

(١) بحوث فقهية - تقرير بحث الشيخ الحلبي ص ١١٦
(٢) فقه البنوك ص ٢١٤ الايرواني

يقبلها ما لم يدفع له مقداراً من المال، كما يمكن أن يقال بالإجارة والجعالة وان صاحب الشيك يستأجر البنك المحصل لتحصيل قيمة الشيك أو يجعل له جعلاً على ذلك فتدخل المسألة تحت عنوان الإجارة أو الجعالة، وهذا قريب من روح الوكالة فإن الوكالة ما دام معها أجره معينه فهي اجارة او جعالة بدعوى ان الوكالة هي دائماً من مصاديق الإجارة أو الجعالة بل نريد أن ندعي ان الوكالة متى ما كان الى جنبها أجره معينه فهي آنذاك من مصاديق الإجارة أو الجعالة، ومن المناسب عد هذه الثلاث تحت تخريج واحد.

وقد أشكل عليه من قبل السيد الشهيد (قده) في البنك اللاربوي ان الوكالة هي الوكالة في قبض الأموال من البنك الأصلي، ومن المعلوم ان البنك المحصل كثيراً ما لا يستلم النقود حتى يسلمها الى حامل الشيك بل يصدر حواله من البنك الأصلي الى البنك المحصل وتسجيل الحوالة في حساب حامل الشيك من دون استلام نقود في البين ومعه يكون هذا التخريج على اساس الوكالة أمراً باطلاً، إذ الوكالة هي في القبض ولا قبض في البين النقود^(١).

والجواب عنه: ان ما أفاده (قده) وجيه لو فرض حصر متعلق الوكالة بالقبض وعادة الأمر لا يكون كذلك بل يوكل حامل الشيك البنك المحصل في تحصيل الحوالة وتسجيلها في حسابه وهذا عمل عقلائي تتعلق به الوكالة، فالوكالة لا ينحصر افتراض متعلقها بقبض النقود ليرد ما أفاده (قده)

وهذا الجواب تام لان تحصيل الحوالة أعم من قبضها فقد تقبض وقد لا تقبض وبهذا يتفصى من الأشكال.

التخريج الثاني: ان تكون العملية المذكورة من باب الإقراض والحوالة، حيث أن حامل الشيك حينما يقدمه الى البنك المحصّل كأنه يطلب منه أن يقرضه ما يساوي قيمته، وبعد الإقراض يقول حامل الشيك قد أحلتك - اي البنك المحصل - على البنك الأصلي لاستلام ما يساوي مقدار القرض.

ويبقى ما هو الوجه في أخذ العمولة أوليس هذا من باب أخذ الفائدة على القرض؟ والجواب: كلا؛ لانه يمكن توجيه الفائدة من بيان ان البنك يمكن أن يقول للحامل اني قد سلمتك نقوداً فسلم لي نقوداً في هذا المكان ولا أقبل ان تحولني الى مكان آخر، ان هذا من حقه فإذا تنازل عن حقه فله أخذ العمولة أزاء هذا التنازل. وهذا التخريج تام ولا مشكلة فيه.

التخريج الثالث: ان يرجع ذلك الى حوالة وبيع ببيان ان مصدر الشيك حينما يسلمه بيد الحامل فهو يحيل الحامل على البنك الأصلي وبذلك تصير ذمة البنك الأصلي مشغولة لحامل الشيك وهي حواله، ثم بعد أن اخذ الحامل الشيك ودفعه الى البنك المحصّل لتحصيل قيمته فهو يبيع ما استحقه - الحامل - في ذمة البنك الأصلي، فدفع الشيك إلى البنك المحصّل واستلام قيمته منه عبارة أخرى عن بيع ما استحقه في ذمة البنك الأصلي بعوض.

اذن تحصيل قيمة الشيك هي حواله ثم بيع.

وأخذ العمولة بعد فرض ان حامل الشيك يبيع ما يملكه من القيمة على البنك المحصّل ولا اجارة في البين لتكون أجره بل عملية بيع ولا معنى للعمولة في عملية البيع.

ويجاب عن ذلك: بأن العمولة لا تؤخذ بعنوان عمولة على البيع ليقال لا معنى للعمولة على البيع بل هي عبارة أخرى عن إنقاص الثمن، فلو كان المسجل بالشيك مائة وكان الحامل يملك في ذمة البنك الأصلي مقدار مائة فالبنك المحصل انا لا اشتري تلك المائة بمائة وإنما اشتريها بتسعين مثلا باعتبار ان تلك المائة ليست تحت اليد بالفعل بل تحتاج إلى الذهاب الى ذلك البنك، وكون الشيء ليس تحت اليد بالفعل هو من موجبات نقصان قيمته، فالعمولة ليست عمولة على البيع، بل على نقصان العوض بمقدار بسبب كون المبيع ليس تحت اليد بالفعل، هذا حاصل التخريج، وهو تام فيما كان العوضان من الأوراق النقدية لا من الأجناس الربوية للزوم محذور الربا كما لو سجل في الشيك مائة سكة ذهبية فلا تشتري الا بمثلها ولو اشترها البنك المحصّل بتسع وتسعين يلزم محذور الربا.

نعم هنا يقال فيه مشكلة بيع الدين بالأقل فإذا جاز بيعه بالأقل كما عليه المشهور فلا مشكلة، وإن قيل بعدم الجواز كما عليه البعض فلا يتم هذا التخريج، وهذه المسألة مطروحة في كتاب الدين.

فلو كان لشخص شيك يستحق في شهر ومقداره مليون فهل يجوز بيعه الآن بالآجل؟ والمعروف بين الفقهاء هو الجواز وقد افتوا بذلك في كتاب الدين، وقد ذكروا

مسألة أخرى وهي انه يجوز بيع الشيكات المؤجلة بالأقل من قيمتها وعبروا عنه تنزيل الأوراق بالآجل.

وبناء على الجواز يتم التخريج ولكن توجد روايتان تدلان على عدم الجواز وان الشخص لو باع دينه بالآجل فالمشتري الذي دفع الاقل لا يرجع على المدين وهو هنا البنك الأصلي في كلامنا الا بالأقل، وهو التسعمائة التي اشترى بها الشيك من حامله ولا يرجع بالمليون وهذا يعني ان بيع الدين بالأقل باطل، إذ لو كان صحيحاً لجاز له الرجوع بكامل المليون.

الرواية الأولى: محمد بن الفضيل: قلت للرضا (عليه السلام) ((رجل اشترى ديناً على رجل، ثم ذهب إلى صاحب الدين فقال له: ادفع ما لفلان عليك فقد اشتريته منه؟ قال: يدفع اليه قيمه ما دفع الى صاحب الدين وبرئ الذي عليه المال من جميع ما بقي عليه))^(١).

وروي ايضاً: ابن الفضيل عن ابي حمزة والظاهر انه الثمالي لأن محمد بن الفضيل يروي عن الثمالي: ((سألت أبا جعفر عن رجل كان له على رجل دين، فجاءه رجل فأشتراه منه بعوض، ثم انطلق الى الذي عليه الدين فقال له: أعطني ما لفلان عليك، فأني قد اشتريته منه، كيف يكون القضاء في ذلك؟ فقال ابو جعفر (عليه السلام) يردّ الرجل الذي عليه الدين ماله الذي اشترى به من الرجل الذي له الدين)).^(٢)

ولا مشكلة في دلالة الروايتين وإنما المشكلة من ناحية السند فإن محمد بن الفضيل الصيرفي صاحب كتاب لم يوثق.

(١) الموسوعة الرجالية الميسرة رقم ٥٧٢٢ سبحاني
(٢) الوسائل ب ١٥ من ابواب الدين والقرض ج ٣ ح ٢

هذا وقد ذكر صاحب الجواهر (قده) ان الشيخ الطوسي ومن تبعه والشهيد الأول في الدروس، وإن عملا بالروايتين الا إنهما ضعيفتان، ونص عبارته (إلا أنهما يرى ضعيفتان ولا جابر لهما بل شهرة الاصحاب بقسميها على خلافهما، مخالفتان لإصول المذهب وقواعده).^(١)

وذكر صاحب الحدائق (قده) فالمسألة بمحل من الاشكال، إذ الخروج عن مقتضى القواعد مشكل وطرح الخبرين من غير معارض الشكل.^(٢)

واشكل الاشكل دعواهما (قدهما) ان الخروج عن مقتضى الواعد مشكل، فإن النصوص قد شرعت وجاءت للخروج بها عن مقتضى القواعد، وإلا فالقواعد ليست قوانين عقلية غير قابلة للتخصيص، فهذا كلام غريب.

والاشكال في الروايتين من جهة السند بابن الفضيل.

وقد ذكر الاردبيلي في جامع الرواة ان محمد بن الفضيل هذا وغيره مما ورد في الاسانيد هو محمد بن القاسم بن الفضيل النهدي الثقة، ولكنه نُسب الى جده فعبر عنه بمحمد بن الفضيل.^(٣)

وإذا تم ما ذكره الاردبيلي وحصل الاطمئنان بذلك لزم العمل بالخبرين، وإلا فمقتضى الصناعة عدم العمل بهما.

وذكر المفيد في حقه وعده من الفقهاء والرؤساء والاعلام الذين يؤخذ منهم الحلال والحرام والفتيا والاحكام، ولا يطعن عليهم بشيء) ذكره العلامة وابن داوود في القسم الثاني.^(١)

(١) جواهر الكلام ج ٢٥ ص ٦٠

(٢) الحدائق ج ٢ ص ١٥

(٣) جامع الرواة ٤، ١٨٣

وإذا لم يتم ما ذكره ولم يحصل الاطمئنان بوثاقة الرجل، وحكم بضعف الروايتين سنداً كان المناسب التنزل الى الاحتياط لأجلهما، وقد احتاط بعض الفقهاء كالسيد الشهيد الصدر الأول (قده) في جواز بيع الدين بالاقبل وعنده احتياط استحبابي^(٢). وعلى هذا يكون التخريج المذكور مخالفاً للاحتياط.

والسؤال: هل يمكن الفرار من مخالفة الاحتياط المذكور؟

والجواب: نعم، يمكن: بأن يقول البنك المحصل لحامل الشيك اشترى منك الشيك بما يعادل قيمته من دون نقيصة، ولكن اذهب انت وجئني بقيمة الشيك من البنك الأصلي، فإن البائع يلزمه تسليم المبيع وحيث ان حامل الشيك ليس مستعداً لذلك حسب الفرض، والا لما باع الشيك وبامكانه ان يقول له تنازل عن هذا الاشتراط او عن حق تسليم المبيع مقابل التنازل عن جزء من الثمن، فيصير الثمن تسعمائة مثلاً، والمائة تكون مقابل التنازل عن حق التسليم المبيع، ولا محذور في بيع الدين بالاقبل، لأنه بيع بكامل الثمن - قيمته - والتنازل عن المقدار المذكور جاء في مقابل التنازل عن حق التسليم.

هذا وتوجد تخريجات أخرى اعرضنا عنها، والأقرب الى الواقع الخارجي والوجدان هو الأول اي انه من باب الوكالة في تحصيل قيمة الشيك او بعبارة أخرى اجارة او جعل على السعي لتحصيل قيمة الشيك.

(١) الموسوعة الرجالية الميسرة رقم ٥٧٢٢ سبحاني
(٢) حاشية منهاج الحكيم ج ٣ ص ١٨٧ حاشية (٧)

خصم الكمبيالات والشيكات

الكمبيالة: هي ورقة تسجيل الدين في المصرف وقد عرفوه في المصادر المصرفية: بأنه صك (سند) يحرره شخص يسمى (الساحب) يأمر فيه شخص آخر يسمى (المسحوب عليه) بأداء مبلغ من المال في تاريخ معين أو بالاطلاع لأمره أو لأمر شخص ثالث يسمى المستفيد.

وإذا كانت الكمبيالة داخلية سميت (سفتجة) وعلى أي حال كلا الاسمين غير عربيين في الأصل بالرغم من تعريب أكثر المصطلحات المصرفية، ومن هنا سميت أيضاً (سندات السحب) ولم يصبح متعارفاً لحد الآن.

والساحب المحرر للكمبيالة هو الدائن يأمر بها او من خلالها المسحوب عليه وهو المديون بالأداء في تاريخ معين متفق عليه أو عند الاطلاع على الكمبيالة، وهو فقهيًا يحمل معنى (عند المطالبة) إذ ان إرسال الورقة للإطلاع نحو من المطالبة وخاصة وهو يعلم انه ملزم بها قانوناً عند الاطلاع.

وسميت بالتعريف بالصك لأنها تشبهه من حيث كونها ورقة مالية والا فالصك في الأصل هو (الشيك) ولذا كان الأولى ابداله بلفظ السند لانه يحمل معنى الاستيثاق من الأمر المطلوب، وتسجيله تسجيلًا قانونياً إذ أقامه دلالة واضحة عليه، ولذا سميت سندات السحب.

وهناك الكمبيالة المخصومة: وقد عُرفت: بأنها الورقة التجارية التي قام المصرف بشرائها قبل تاريخ الاستحقاق مقابل دفع قيمتها المالية (القيمة الاسمية بعد خصم الفوائد والعمولات).

والخصم عندهم هو التقليل من القيمة، فإذا بيعت الكمبيالة على المصرف بأقل من قيمتها الاسمية كان ذلك خصماً، وهذا أمر موجود في المصرف باستمرار يربح منه الدائن (وهو بائع الكمبيالة) وفاء حاجته الوقتية للمال، ويربح المصرف منها الفرق بين القيمتين الاسمية والحالية او قل الأصلية والخصومة، وامكان ذلك فقهيّاً سيأتي الحديث عنه.

وإذا دفع المصرف قيمة هذه الورقة التجارية في أجلها بقيمتها الكاملة او قبله بالخصم فإنه يستوفي ما يدفعه للدائن من حساب المدين ان وجد او يطالبه به شخصياً^(١).

ثم قال (قده) فهذا هو المهم من أحكام الكمبيالة مصرفياً ولا بد من بيان احكامها فقهيّاً ضمن أمور:

الأمر الأول: قال سيدنا الاستاذ الخوئي في مستحدثات المسائل ص٢٤ الكمبيالات المتداولة بين التجار في الأسواق لا تعتبر لها مالية كالاوراق النقدية، بل هي مجرد وثيقة وسند لإثبات ان المبلغ الذي تضمنته دين في ذمة موقعها لمن كتب بإسمه.

قال: ولذا لو ضاعت الكمبيالة أو تلفت عند البائع لم يتلف منه المال، ولم تفرغ ذمة المشتري بخلاف ما اذا دفع ورقة نقدية وتلفت عنده او ضاعت.

(١) ما وراء الفقه ج ٤ ص ٩٢-٩٣ الشهيد الصدر (قده) من النشرة الفصلية لمصرف الرافدين عدد ١٩٨٦

ثم علق عليه بالقول: ولنا على ذلك عدة تعليقات:

أولاً: انه واضح من عبارته ان الذي يوقع الكمبيالة هو المدين لمصلحة الدائن وهذا أمر ممكن في التصور، الا انه خلاف الواقع الذي جرت عادة المصارف فأنها تعتبر الكمبيالة صادر بأمر وتوقيع الدائن وليس المدين كما مر عند تعريفها مصرفياً. وان المصادر المصرفية قد عرفتھا بأنها عبارة عن صك مكتوب وفقاً لأوضاع محددة حددها القانون ويتضمن أمراً من شخص معين (الساحب) الى شخص آخر (المسحوب عليه) بأن يدفع لاذن ثالث (المستفيد) أو لحامله مبلغاً معيناً من النقود في تاريخ معين أو بمجرد الاطلاع، ويجب أن تتضمن الكمبيالة تاريخين أحدهما تاريخ تحريرها والآخر تاريخ الاستحقاق^(١).

ويلاحظ في المصدر انه لم يحدد من هو الساحب ومن هو المسحوب عليه والأقرب الى الوجدان العرفي هو أن الساحب هو المدين وهو موقع الكمبيالة لأمر المسحوب عليه، وهذا هو الجاري خارجاً، وإن تحرير الكمبيالة هو الإقرار بالدين وهذا وظيفة المدين لا الدائن.

ثانياً: لا شك أن الكمبيالة تعتبر سنداً على الدين كما قال، ولكن محاولة ابعادها عن فكرة الورق النقدي في حدود فاعليتها المصرفية طبعاً، ودعوى تأثيرها غير صحيح كما ستسمع.

والاستدلال على ذلك: بأنها لو تلفت عند البائع لم يتلف منه المال لا يخلو من مناقشة لان المهم سوقياً هو إمكان التبدیل وامكان استحداث بدل ضائع عن الكمبيالة

(١) المصطلحات المصرفية ص ١٦ - الكمبيالة - عبد المعطي محمد حشاد

الضائعة، فإن أمكن استحداث البديل لم يخسر الفرد مالا لا في الكمبيالة ولا في النقد لفرض إمكان الحصول على البديل، والمهم هو المالية الكلية التي تدل عليها الورقة أيًا كانت وهي محفوظة في البديل كما كانت محفوظة في البضائع، وإن لم يمكن التبديل كان الفرد فاقداً للمالية في كل من النقد والكمبيالة، أما النقد فواضح، وأما الكمبيالة فباعتبار فقده السند القانوني الدال على الدين والذي يكون سبباً لامكان السحب من الحساب المصرفي وأصبح الان يمكن للمدين ان يتمرد على الدائن.

والسيد اخذ بنظر الاعتبار كون هذا التمرد حراماً شرعاً وان ذمة المدين تبقى مشغولة ما لم يدفع وهذا صحيح الا اننا لو نظرنا من ناحية قانونية لم نجد دليلاً على الدين حتى من الناحية الشرعية، ويمكن للمدين ان يقسم باليمين أمام القاضي الشرعي ببراءة ذمته ويمكن ان تثبت دعواه بذلك، هذا اذا لم يكن متشرعاً طبعاً.

اذن فقدان هذه الورقة المالية بمنزلة فقدان المال، كل ما في الأمر أن المصارف قد تكون على استعداد لإعطاء بدل ضائع للكمبيالة في حين لا تكون على استعداد لذلك في الورق النقدي، وهذا هو سر الاختلاف بينهما ليس إلا.

هذا ولا بد من الاشارة الى ان في زماننا قد حلت الشيكات مقام الكمبيالات فبدلاً من الاستعانة بالكمبيالة لإثبات الدين يمكن الاستفادة من الشيك فإذا ادان شخص شخصاً آخر ألقاً الى سنة بإمكانه بدلاً من كتاب الكمبيالة مطالبته بتقديم شيك له بالمبلغ المذكور ويكتب تاريخه متأخراً إلى نهاية السنة، وبهذا لا تعود حاجة الى الكمبيالات ولذا قل تداول الكمبيالات بعد ظهور الشيكات.

ونفس ما ذكرنا في الكمبيالة من البيع بالاقبل يأتي في الشيك أيضاً بلا فرق، اذن خصم الكمبيالة وخصم الشيك هنا شئى واحد، اي بيعهما قبل حلول الأجل بمبلغ أقل. وأما الفرق بين هذا وما تقدم - اي تحصيل قيمة الشيك - هو أنه فيما سبق يفترض حلول الأجل للشيك وحامل الشيك يدفع الشيك إلى بنك آخر لتحصيل نفس قيمته، بل هو وكيل عنه في تحصيل قيمته بأجرة معينه.

وهذا بخلافه هنا فإن موعد الشيك متأخر وحامله يبيعه الى ثالث شخصاً كان أم بنكاً بأقل من قيمته.

وعملية الخصم كما تقدم هي بيع الشيك بأقل من قيمته^(١).

ولكن قد تخرّج عملية الخصم هذه فقهيّاً على أساس القرض دون البيع فالخصم اذن يتصور تارة على اساس القرض واخرى على اساس البيع والكلام عن كلا التخريجين.

١- الخصم على اساس القرض.

والمقصود منه ان الطرف الثالث الذي يدفع اليه الشيك (البنك) لا يشتريه بالأقل بل يقرض حامله مبلغاً أقل من قيمته، فلو كانت قيمة الشيك مائه فالثالث يقرض حامل الشيك خمسة وتسعون مثلاً عن دوره ان يشتري عنه المائة، بل تبقى المائة على ملك مالکها السابق وهو حامل الشيك، فإذا حل الموعد استلم الشخص الثالث من البنك مائة ويأخذ منها مقدار قرضه وتبقى بيده خمسة، وهذه يمكن جعلها مقابل كتابة الدين والاوراق، بل بقطع النظر عن ذلك يمكن توجيهه أخذ الثالث للخمسة بأنه حينما أقرضه

(١) فقه البنوك ص ١١٨-١١٩ الايرواني

الحامل خمسة وتسعون فقد دفع اليه المبلغ نقداً وسلمه اليه كمنقود بيده، ومن حقه ان يسترجع ما دفعه كمنقود ايضاً بنحو يكون مقبوضاً كمنقود فعلية، ان هذا حق ثابت له وبإمكانه إزاء تنازله عن حقه هذا المطالبة بالخمسة، فالخمسة يأخذها الثالث لا في مقابل الدين أو الأقل ليلزم محذور الربا، بل بإزاء التنازل عن حق معين وهو حق أستلام القرض كمنقود فعلية وهذا لا محذور فيه.

الخصم على اساس البيع

وهو المعروف بين الفقهاء ان يخرج الخصم على اساس البيع لا على اساس القرض مع إمكان تخريجه على اساس القرض كما تقدم.

توضيح تخريجه على اساس البيع: ان يفترض ان حامل الشيك يبيع ما يستحقه على شخص ثالث بالأقل من قيمة الشيك الذي يستحقه الحامل بعد فترة وهذا ما يعبر عنه بيع الدين المؤجل بثمن أقل، وهو مشمول للعمومات كقوله تعالى ((أحل الله البيع)) وغيرها فيكون جائزاً، وهو المشهور بين الفقهاء إذا لم يكن من الذهب والفضة أو المكيل والموزون، والدين الذي تمثله الكمبيالة ليس من الذهب والفضة فيجوز بيعه بالأقل منه نقداً ولكنه لا يخلو من اشكال بل لا يبعد عدم جوازه للنصوص الخاصة الظاهرة في عدم الجواز وقد مرت روايتان لمحمد بن الفضيل وهما ظاهرتان بأن المدين غير ملزم بدفع أكثر من المبلغ الذي دفعه المشتري للمستفيد وأنه لا يستحق أكثر مما دفعه ويعتبر الزائد ساقطاً عن ذمة المدين رأساً ولا تشتغل ذمته بأكثر منه، وبكلمة ان الاستفادة من الروايتين أمور:

١- بطلان بيع الدين نقداً بأقل منه.

٢- براءة ذمة المدين من الدائن المستفيد.

٣- اشتغال ذمة للمشتري بمقدار ما دفعه الى المستفيد دون الأكثر.

وقد يقال: ان اعراض المشهور عن الرواية موجب لسقوطها.

فأنه يقال: بأن سقوط الرواية بأعراض المشهور منوط بتوفر أمرين:

أحدهما: ان يكون الاعراض من قدماء الاصحاب الذين يكون عصرهم متصل بعصر

اصحاب الائمة (عليهم السلام).

ثانيهما: ان يكون تعبيراً بمعنى انه وصل اليهم من اصحاب الائمة (عليهم

السلام) يداً بيد وطبقه بعد طبقة، وليس بالإمكان احراز توفر كلا الأمرين معاً، كما

حقق في علم الاصول، فإذن لا أثر لإعراض المشهور ولا يكشف عن سقوط الرواية عن

الاعتبار.

وقد يقال: انه لم يفرض في الروايتين شراء الدين بأقل منه؟

فأنه يقال: ان الروايتين ظاهره في ذلك عرفاً بمناسبة الحكم والموضوع الارتكازية،

ومع الاغماض عن هذا، فلا شبهة في اطلاقهما وشمولهما لصورة شراء الدين نقداً بالأقل

منه.

وعلى هذا الاساس فليس بالامكان شرعاً تخريج عملية خصم الكمبيالات فقهيّاً على

اساس شراء الدين بأقل منه نقداً.^(١)

وقد ذكر المعاصرون مسألة أخرى عبروا عنها بتنزيل الاوراق بالأقل وأنه يجوز بيع

الشيكات المؤجلة بأقل من قيمتها.

(١) احكام البنوك ص ٨٠-٨١ محمد اسحاق الفيض

الا ان الروائيتين ظاهرتان في عدم جواز البيع بالأقل فلو كانت قيمة الشيك مليوناً وباعه الحامل بتسعمائة فلا يرجع المشتري بالتسعمائة دون المليون وهذا يعني ان بيع الدين بالأقل باطل إذ لو كان صحيحاً لجاز له الرجوع بكامل المليون.

ودلالة الروائيتين على العدم لا من باب لزوم الربا إذ لا ربا في البين بعد كون الاوراق النقدية من المعدود، بل ذلك من جهة بيع الدين بالأقل أمر غير جائز في نفسه وبعنوانه الخاص على ما يستفاد من الروائيتين.

وقد يوجه جواز البيع بالأقل بأن حامل الشيك لا يبيع الدين بالأقل ليكون باطلاً بل يبيع نفس ورقة البنك فيقول من يشتري هذه الورقة مني؟ والناس حينما يعرفون انه يمكن من خلالها السحب من البنك بمقدار ما يسجل فيها فيتنافسون على شرائها فمتعلق البيع هو نفس الورقة لا الدين المسجل فيها، ومعه لا يكون البيع المذكور مشمولاً للروائيتين فانهما ناظرتان الى بيع الدين وليس إلى بيع الورقة نفسها التي لا معنى لكون بيعها بالأقل إذ لا يصح ان يقال بيعت بالأقل فإن البيع بالأقل فرع كون البيع هو الدين حتى يصدق انه بيع بالأقل منه، هكذا قد يقال.

والجواب عنه: ان ورقة الشيك ليست مالاً حقيقة حتى تقابل بالمال وتباع به، والمنبه على ذلك هو أن الورقة المذكورة لو مُزقت فلا يعد ذلك اتلافاً للمال بل يتمكن المصدر لها اصدار ورقة ثانية بدلاً عنها، وهذا بخلاف ورقة النقد كالدينار وما شاكله فأنها لو مُزقت عد ذلك اتلافاً للمال فهناك فرق اذن بين ورقة النقد وورقة الشيك، فالأولى بنفسها مال والثانية سند يدل على المال، وعلى هذا فإذا بيعت بخمسة وتسعون

فالمبدول بازاء ذلك المال ليس هو نفس ورقة الشيك بل هو المال الثابت في ذمة المدين الذي سجل مقداره في ورقة الشيك الذي هو الدين.

وبالجملة تكييف خصم الكمبيالة والشيك على اساس البيع مشكل سواءً جعلنا متعلق البيع هو الدين أو نفس الورقة.

الا ان شراء ورقة الشيك لا معنى لها لو لا ما تتضمنه من المال المسجل فيها فالاقدام على شرائها أقدام على شراء الدين المسجل بها، والا فالورقة لا تقع متعلقاً للبيع والا عد هذا البيع سفهياً ولذا لم يذكر أحد هذا التوجيه.

نعم يمكن بيان توجيهين للخصم فقهيًا:

البيان الأول: ان يباع الشيك بما يساوي قيمته لا بالأقل فلو كانت القيمة المسجلة فيه مائة تستحق بعد شهر فيبيع بمائة أيضاً، ولكن يقول المشتري لحامل الشيك - بائعه - أنني قد سلمت اليك الثمن وهو مائة نقداً بيدك فعليك في المقابل ان تسلمني البيع نقداً وببيدي، فأن ذلك حق من حقوقي ولا أرضى بأن تحولني على بنك أو انسان آخر فيقول الحامل صحيح ان ذلك حق لك ولكن تنازل عن ذلك في مقابل ان ادفع لك خمسة وبهذا لا يلزم محذور بيع الدين بالاقل إذ هو قد يبيع بالمساوي، والخمسة التي يدفعها الحامل بعد ذلك في مقابل تنازل المشتري عن حقه.

البيان الثاني: يبيعه بالمساوي ويشترط المشتري على حامل الشيك الهبة بمقدار خمسة او القيام بعمل يعادل ذلك، فيقول له اني اشتري منك الشيك بمائة لا بأقل ولكن يشترط ان تهبني بعد ذلك خمسة او تتصدى لخياطة ثوبي او ما شاكل ذلك، فلا

يلزم محذور بيع الدين بالاقبل بل هو بيع بالمساوي، وانذاك إن وفي البائع بالشرط وقام بالهبة أو بالعمل فهو المطلوب والا جاز للمشتري الفسخ لخيار تخلف الشرط. وعليه لا بأس بهذا التخريج على اساس البيع بأحد هذين البيانيين. وخلاصة القول: هي أن بيع الشيكات بأقل من قيمتها غير جائز وإنما يجوز بيعها بالمساوي بأحد البيانيين المتقدمين.

كبيالة المجاملة

فقد تعارف ان يكتب شخص لآخر من دون أن تكون ذمته مشغولة له ورقة (كبيالة) تفيد بأنه مديون له بمبلغ كذا كمائة دينار مثلاً، فمن اجل ذلك اطلق عليها (كبيالة مجاملة) وحيث لا تتضمن ديناً في ذمة محررها، فلا يصلح بيعها؛ لأنها في نفسها لا ماليتها لها ولا تمثل مالاً، وإنما كتبت لتمكين المستفيد من خصمها فحسب بأقل من قيمتها.

فهل يصح بيعها وخصمها بأقل من قيمتها؟

وهل يمكن فقهيّاً تخريج الاستفادة منها بدون محذور شرعي؟
والجواب: كلا لا يمكن إذ التكييف الفقهي اما ان يقوم على اساس القرض او على اساس البيع وكلاهما قابل للمناقشة.

اما على اساس القرض: فلأن المستفيد قد ينوي القرض من الطرف الثالث كالبنك على ذمته فيستقرض خمسة وتسعين ديناراً مثلاً بمائة دينار مؤجلة لمدة خمسة أشهر مثلاً، وبعد أمامية عقد القرض قام المستفيد بتحويل الطرف الثالث على الموقع للكبيالة لكي يقبض منه المبلغ عند الأجل، وهذه الحوالة ان كانت على البرئ في الواقع، الا

انه بموجب توقيعه للكمبيالة وتعهده كان قد قبلها، وإذا قام بعملية تسديد المبلغ وحدده أصبحت ذمة المستفيد مشغولة له بنفس المبلغ.

وقد ينوي القرض من الطرف الثالث في ذمة الموقع للكمبيالة بالوكالة فيستقرض منه خمسة وتسعين ديناراً بمائة دينار وعلى ذمته مؤجلة لمدة خمسة أشهر، وبعد تامة عقد القرض، استقرض المستفيد منه هذا المبلغ وهو خمسة وتسعين ديناراً وكالة بمائة دينار على ذمته مؤجلة.

ولكن لا يمكن تكييف هذه العملية من الناحية الشرعية على اساس القرض؛ لانه ربوي في كلا الفرضين.

قد يقال: لم لا تكييف أخذ الخمسة على اساس كتابة الدين أو في مقابل التنازل عن حق الاستلام بالفعل، فالطرف كان يذهب إلى من اشتغلت ذمته بالمائة ويقبض منه المائة الذي أمر غير لازم عليه.

فيقال: كلا لأنه لا دين هنا حتى تكون الخمسة في مقابل كتابته وما يرتبط به، أو في مقابل الذهاب إلى المدين وقبول الحوالة عليه، إذ لا دين ولا مدين هنا ليفترض كون الخمسة في مقابل قبول الحوالة بالذهاب إليه، وعليه فالتخريج على اساس القرض غير ممكن.

واما على اساس البيع: فقد مر بأن الورقة بنفسها لا قيمة لها ولا يمكن بيعها، الا ان السيد الخوئي (قده) واخرون ذكروا إمكان البيع بالبيان التالي: لو فرض ان المسجل بالشيك خمسون ديناراً لفترة شهر مثلاً فيقول كاتب الشيك للحامل خذ هذا الشيك وبيع الخمسين ديناراً بأقل منها من عملة أخرى، فراراً من محذور القرض الربوي، فإن

بيع العملة بما يماثلها إلى أجل هو قرض حقيقة ألبس لباس البيع ، ولذلك يلزم افتراض اختلاف العملة فيبيع الحامل الخمسين ديناراً بالوكالة عن المصدر للشيك بالف تومان مثلاً التي هي أقل قيمة من الخمسين ، فتصير الالف ملكاً لمصدر الشيك والخمسون ديناراً ملكاً للطرف الثالث - المشتري - ثم يفترض وجود وكالة ثانية بأن يقول مصدر الشيك للحامل: بعد أن أصير أنا مالكاً للألف تومان فأنت وكيلني في بيع الالف على نفسك بخمسين ديناراً، وبذلك يصير الحامل مشغول الذمة بخمسين ديناراً لمصدر الشيك، والمفروض ان مصدر الشيك مشغول الذمة بخمسين ديناراً للطرف الثالث، وبعد ذلك يقول مصدر الشيك للطرف الثالث، إني قد احلتك بالخمسين ديناراً فيذهب للطرف الثالث وبأخذ من الحامل خمسين ديناراً وبذلك يكون مصدر الشيك قد فرغ ذمته من دون أن يخسر شيئاً وقضى حاجة أخيه المؤمن واحسن اليه وجامله، وبهذا يتضح ان العملية تنحل الى بيعين وحوالة.

فأولاً: يفترض ان مصدر الشيك يوكل الحامل في ان يبيع الخمسين ديناراً بألف تومان على أن يكون البيع والشراء للمصدر لا للوكيل - الحامل -
ثم يفترض ثانياً ان المصدر يوكل حامل الشيك في ان يشتري لنفسه - لا للمصدر - الالف تومان بخمسين ديناراً.

ثم بعد ذلك تفترض الحوالة، فالمصدر يحوّل الطرف الثالث على الحامل، هذا توضيح ما ذكره (قده)^(١).

(١) مستحدثات المسائل م ٢٦ منهاج الصالحين ج ١ ص ٤١٨ الخوئي

ويرد عليه: ان الاعتبار الاجتماعي والارتكاز العقلائي في باب العملات قائم على عدم الفرق بين العملات وان العملات المختلفة هي واحدة بحسب الارتكاز وان اختلف بعضها عن البعض بالتسمية كالدينار والدولار والتومان، وإذا تم هذا الارتكاز فيلزم ان يكون بيع الخمسين ديناراً بألف تومان إلى أجل وهذا هو بيع العملة بما يماثلها إلى اجل وهو قرض حقيقة قد ألبس لباس البيع فيلزم محذور الربا القرضي بعد فرض اختلاف العوضين كماً.

وقد لا يجزم البعض بصحة الارتكاز المذكور ولكنه يراه احتمالاً معتداً به، ومن هنا يكون مقتضى الاحتياط هو التجنب عن ذلك وينحصر الطريق بناءً على هذا التخرج على اساس القرض بالبيان المتقدم.

قبول الكمبيالات والشيكات

إذا اراد شخص زيادة اعتباره في السوق فيصدر شيكاً ويذهب به الى البنك ويطلب منه قبول الشيك، بمعنى التوقيع على ظهره ومعنى ذلك أن البنك يتحمل مسؤولية الشيك أمام المستفيد من الشيك.

وهذا القبول للشيك له وجهان:

الوجه الأول: القبول بمعنى التعهد، وهو ان الموقع إذا لم يؤد الدين فالبنك نفسه يضمن ويؤدي بدلاً عنه فتوقيع البنك عبارة أخرى عن قبوله لضمان موقع الشيك، وهذا ضمان صحيح وان لم يكن من الضمان المصطلح بالمعنى الفقهي ولكنه ضمان بالمعنى العقلائي، وقد جرت سيرة العقلاء عليه، ومستنده - مستند صحته - السيرة العقلائية المتصلة بزمان المعصوم (عليه السلام) والمضاة بسبب عدم الردع.

وعموم (أوفوا بالعقود) المائدة ١١

وللبنك حق المطالبة بأجرة معينة مقابل قبوله وتوقيعه على ظهر الشيك إذ هي خدمة عقلائية يستحق عليها الأجر.

الوجه الثاني: القبول بمعنى ان البنك يؤكد وجود رصيد مالي لصاحب الشيك في البنك من دون أن يتحمل مسؤولية الوفاء عنه.

ويحق للبنك المطالبة بأجرة معينة لقاء توقيعه على ظهر الشيك فإن التصدي للكشف عن بقاء شيء في الرصيد و عدمه عمل وخدمة عقلائية يستحق عليها الأجرة.

بطاقات الائتمان

هي بطاقات خاصة تصدرها بعض البنوك والشركات كبديل عن النقود ونقلها والتي يكون في حملها مخاطرة على الحامل وعلى نفسه وماله ولذا عوّض عنها ببطاقات خاصة يحملها الشخص معه، وأما أمواله فتبقى في البنك، فالشخص يحمل معه البطاقة ويستعملها في توفير حاجته من التسوق اليومي وقطع التذاكر للسفر وأجور الفنادق والمطاعم والسيارات والخدمات في المحطات والقطارات والبنزين وغيرها من الخدمات وكل عمل يتطلب مالاً كل ذلك شريطة ان لا تتجاوز الحد الأعلى للائتمان الذي توفره البطاقة.

واطرافها ثلاثة:

الطرف الأول: الجهة المصدرة للبطاقة وهي في الغالب البنوك، وقد تكون جهة أخرى كالشركات العامة أو الخاصة أو المنظمات.

الطرف الثاني: الجهة الحاملة للبطاقة وهم العملاء - عملاء شراء بالبطاقة -

الطرف الثالث: الجهة التي تقبل البطاقة وهي عملاء البيع بالبطاقة.
وحامل البطاقة عندما يرغب في شراء سلعة ما أو خدمة أو الحصول على مبلغ من النقود أو غير ذلك، فما عليه إلا أن يبرز تلك البطاقة للطرف الثالث المسمى التاجر، فإذا أبرزها قدم التاجر إليه ما أراده من السلعة أو الخدمة أو النقود أو غيرها، ثم يسجل رقم البطاقة وتوقيعه على قسيمة تبين ثمن السلعة أو غيرها بعد التأكد من صحة البطاقة وتاريخها من حيث الصلاحية ثم يقوم التاجر بتقديم تلك القسيمة إلى الطرف الأول - مصدر البطاقة مباشرة أو بواسطة - فيحصل على المبلغ المدون عليها مطروحاً منه رسم يتراوح بين ١ الى ٤ أو أكثر على اختلاف البطاقات الائتمانية باختلاف الشركات التي تصدرها، والجهة المصدرة ملتزمة بدفع المبلغ بمجرد التأكد من دقة المعلومات والبيانات بقطع النظر عما إذا كان الحامل قد سدد الثمن للبنك أو لا، باعتبار ان ذمتها قد اشتغلت به بقبولها الحوالة تجاه التاجر، ثم تقوم بإرسال فاتورة إلى حامل البطاقة كل شهر مرة يتضمن تمام مشترياته بالبطاقة في فترة شهر واحد وتطالبه بدفع ما تضمنته الفاتورة من المبلغ.

ويلتفت ان الجهة المصدرة حينما تدفع البطاقة الى الشخص تأخذ منه رسوماً معينة وإن لم يستفد من البطاقة، وهذا يعني ان الشركة المصدرة للبطاقة أو البنك تستفيد مرتين.

مره حينما تدفع البطاقة الى الشخص، وذلك بأخذ رسوم منه، ومره أخرى حينما يرجع التاجر عليها فأنها تستفيد كما تقدم واحداً الى أربعة بالمائة.
وعلى ضوء ذلك يمكن ان نقول ان بطاقات الائتمان تشمل على معاملتين.

قاسم الطائي (٢٣١)

الأولى: ما بين الجهة المصدرة والشخص الحامل للبطاقة والعض هو الرسوم الخاصة في مقابل إصدار البطاقة.

الثانية: ما بين صاحب المحل التجاري والجهة المصدرة والعض المفروض هنا هو الفائدة بنسبة واحدة الى اربعة بالمائة.

أنواع البطاقات وهي ثلاثة

النوع الأول: بطاقة الائتمان بأسم الخصوم أو المدنية وان الشركة المصدرة تدفع البطاقة الى حاملها وتمنحه الاستفادة منها بمقدار ما لديه من رصيد في البنك، فلو كان له في البنك مقدار ألف مثلاً فتحوله بالاستفادة بالمقدار المذكور لا أكثر فالحد الاعلى للإئتمان بمقدار ألف باعتبار ان رصيده في البنك هو ألف، ولا يسمح له بخفض رصيد حسابه المذكور عن ألف، وهذا نوع من الضمان النقدي وعلى هذا كلما استخدم العميل البطاقة في شراء حاجياته وتوفير متطلباته يقوم البنك المصدر بالسحب من رصيده مباشرة لتسديد قيمة الفاتورة المرسله إليه من التاجر، وهذا النوع من البطاقات متواجد في كثير من الدول النامية.

النوع الثاني: بطاقة الائتمان العادية وهذه البطاقة تمتاز عن النوع الأول في عدم اشتراط الجهة المصدرة لها، بأن يفتح العميل حساباً مالياً عندها لا يقل عن الحد الأعلى للإئتمان الذي توفره له البطاقة فالحصول عليها لا يكون منوطاً بوجود مثل هذا الحساب ولكن بشرط ان يرجع المال الحامل خلال فترة معينة كسنة مثلاً فالبنك يقوم بالدفع عنه ويقرضه ذلك المقدار المساو لقيمة السلعة أو الخدمة ويحدد الحد الاعلى للقرض لكل عميل الحد الاعلى من الائتمان الذي توفره له البطاقة المسمى بخط الائتمان

وإذا ماطل أو تخلف عن التسديد تسحب عضويته وتبطل البطاقة آنذاك وتطالبه قانوناً بما هو في ذمته من المبلغ.

النوع الثالث: بطاقة الائتمان القرضية وتمتاز عن ما قبلها في نقطة وهي ان الائتمان الذي تخلقه هو عدم إلزام حامل البطاقة بدفع المبلغ تماماً عند تسلمه للفاتورة الشهرية والغالب إلزامه بدفع نسبة ضئيلة منه ويضل الباقي في ذمته ويقوم شهرياً بدفع فوائد التأخير وتحسب الفوائد بصفة يومية على المبالغ المتبقية، فهنا لا تسحب العضوية في حالة التخلف عن التسديد بل يفترض زيادة مقدار الفائدة بعدد ايام التخلف، وأشهر انواع هذه البطاقة (بطاقة فيزا) وهناك انواع اخرى من البطاقة الائتمانية التي تستخدم في جهات خاصة، وبطاقة الفيزا على ثلاثة اقسام:

الأول: بطاقة الفيزا الفضية.

الثاني: بطاقة الفيزا الذهبية.

الثالث: بطاقة الفيزا الالكترونية.

وتمتاز الأولى عن الثانية في نقطة ان الأولى ذات حدود ائتمانية منخفضة نسبياً والثانية ذات حدود ائتمانية عالية، فأنها إضافة الى الخدمات المتوفرة للبطاقة السابقة تأميناً على الحياة وخدمات أخرى دولية فريدة كأولوية الحجز في مكاتب السفر والفنادق والتأمين الصحي والخدمات القانونية.

وأما الاخيرة فهي تستخدم في جهة خاصة وهي أجهزة الصرف الآلي الدولي.

طبيعة العلاقة بين الاطراف الثلاثة للبطاقة الائتمانية:

١- العلاقة بين الجهة المصدرة للبطاقة وبين حاملها، ويمكن تفسيرها على اساس أحد أمرين:

الأول: على اساس الضمان العقدي ويراد به تعهد الجهة المصدرة لإداء ديون حاملها تجاه التاجر الذي يشتري منه حاجياته بإبرازه البطاقة له وجعلته في مسؤوليتها، لا نقل دين من ذمة الى ذمة، بل الدين قد ظل في ذمة الحامل للبطاقة، والجهة المصدرة جعلت نفسها مسؤولة عن الأداء فإذا قامت بادائه وادته اشتغلت ذمة الحامل بنفس المبلغ لتلك الجهة وبرأت ذمته من التاجر.

الثاني: على أساس تعهد الجهة المصدرة للبطاقة بقبول الحوالة من حاملها المدين للتاجر الذي أشتري منه السلعة والبضاعة بإبراز البطاقة له، فإنه بعد الشراء يحيله على تلك الجهة، وهي ملزمة بقبولها على أثر تعهدا في عقد البطاقة وان لم يكن له رصيد مالي عندها.

والظاهر هو التفسير الثاني، وعليه فالعلاقة بينهما متمثلة بتعهد الجهة المصدرة بقبول الحوالة من العضو الحامل للبطاقة لثمن المشتريات بها والامارة على الحوالة هي توقيع الحامل على القسيمة.

وهل يمكن ان تكون العلاقة بينهما على اساس الوكالة بأن تكون الجهة المصدرة - البنك - وكيله عن حامل البطاقة في أداء دينه تجاه التاجر أو لا؟

الظاهر أنه لا يمكن أن تكون العلاقة بينهما على أساس الوكالة في جميع انواع البطاقات الائتمانية.

نعم ان العلاقة بينهما في النوع من البطاقة الائتمانية وهو ما اذا كان الحامل له رصيد مالي في البنك لا يبعد ان تكون العلاقة بنحو الوكالة، حيث يكون البنك وكيلاً عن الحامل في أداء دينه تجاه التاجر من رصيده، وأما في النوعين الآخرين فهي بعيدة وبحاجة الى مؤونة زائدة.

وهل يمكن ان تكون العلاقة بينهما على أساس القرض؛ بأن يقرض البنك - الجهة المصدرة - العميل بمقدار ما اشتغلت به ذمته تجاه التاجر تلقائياً وهذا يعني ان العميل يحصل بصرف استخدامه للبطاقة على قرض تلقائياً من الجهة المصدرة أو لا؟
وجوابه انه لا يمكن أن تكون العلاقة بينهما من باب القرض، فأن المعتبر في صحة القرض وتحققه ان يقبض المقترض مبلغ القرض وهذا لا يوجد في شيء من صيغ البطاقة الائتمانية، الا في فرض ان العميل قد وكل البنك في قبض مبلغ القرض عنه وكالة، ثم يؤدي دينه وكالة، الا ان هذا مجرد افتراض خارج عن مرتكزات المتعاملين بها.

والخلاصة: ان العلاقة بينهما على اساس التعهد والالتزام من الجهة المصدرة بقبول الحوالة من الحامل في عقد البطاقة، وهذا المعنى هو المتبادر في الازهان والمرتكز في أعماق نفوسهم حيث أن العميل عندما يبرز بطاقته للتاجر، فإنه بعد التأكد من صحتها يحصل له الاطمئنان بأن الجهة المصدرة متعدهة بأداء ثمن البضائع والخدمات.

٢- العلاقة بين حامل البطاقة والتاجر.

والظاهر ان العلاقة بينهما متمثلة في عقد الحوالة، فأن العميل - حامل البطاقة - عندما يشتري سلعه او يحصل على خدمة من التاجر باستخدامه للبطاقة تشتغل ذمته بقيمتها له، فيكون العميل مديناً والتاجر دائناً ويقوم العميل باحالة التاجر الدائن على

الجهة المصدرة ويكون توقيعه على الفاتورة المرسله إلى تلك الجهة يدل على الإحالة، والتاجر يقبلها فيرسل الفاتورة الى الجهة المصدرة التي تقوم بدفع المبلغ له بلا فرق بين ذلك بين ان تكون الجهة مدينه لحامل البطاقة أو لا، فأن الحوالة على الثاني وان كانت على البريء الا ان إصدارها البطاقة الائتمانية بمثابة قبول الحوالة، فعلى كلا التقديرين هي ملزمة بقبولها الحوالة وحينئذ تصبح بموجب الحوالة مدينه للتاجر بديلاً عن حامل البطاقة.

٣- العلاقة بين التاجر والجهة المصدرة للبطاقة.

هي علاقة المحال والمحال عليه على أساس أن حامل البطاقة يحيل التاجر على تلك الجهة ويترتب على ذلك كون الجهة المصدرة مدينة للتاجر، هذا إضافة الى ان التاجر من عملاء البيع بالبطاقة أو خدمة أخرى فتكون علاقته بالجهة المصدرة علاقة العميل، ومعنى ذلك انه قبل تمام شروط البطاقة وفيها اقتطاع الجهة المصدرة من ثمن البضاعة عند تسديده بنسبة مئوية محددة.

قد يقال: كما قيل: بأن الفاتورة التي وقع عليها المشتري - حامل البطاقة- هي كمبيالة مستحقة الدفع يقوم التاجر بحسمها لدى البنك المصدر فإذن تكون علاقة التاجر مع البنك المصدر علاقة البيع والشراء، فأن التاجر يقوم ببيع قيمة الفاتورة في ذمة المشتري للبنك نقداً بأقل منها فيكون من بيع الدين نقداً بالأقل.

وجوابه: أولاً: ان الفاتورة ليست من الاوراق التجارية كالكمبيالة، بل هي قائمة لقيمة المشتريات، وتوقيع المشتري عليها أمانة على الحوالة لا على انها كمبيالة، فإذن لا وجود للبيع والشراء.

ثانياً: مع التسليم انها كمبيالة ولكنه قد مر بأن بيع الدين نقداً بالأقل منه باطل، واما اقتطاع البنك من الثمن بنسبة مئوية فهو على اساس القرار بينه وبين التاجر لقاء ما قدمه البنك المصدر من الخدمة له وقبول التاجر ذلك، وهذا لا اشكال فيه شرعاً.

التخريج الفقهي لحكم الفائدة بنسبة واحد الى اربعة بالمائة التي تأخذها الجهة المصدرة من التاجر.

وأما الرسوم التي تأخذها من حامل البطاقة، فجواز اخذها يكاد يكون أمراً واضحاً على اساس أحد أمرين:

الأمر الأول: على اساس البيع حيث تباع الجهة المصدرة البطاقة الخاصة بمبلغ معين يصطلح عليه - الرسوم - فإن البطاقة المذكورة تمنح الحامل خدمات خاصة فيتنافس على بذل المال بازائها العقلاء فهي تباع وتشتري.

الأمر الثاني: على اساس الاجازة باعتبار ان الحامل يستأجر الجهة المصدرة بالقيام بالخدمات له في مقابل اجرة معينة يصطلح عليها بالرسوم ويبقى دور البطاقة دور الرمز لتحقيق الاجارة، كما في بطاقة الطائرة فالشخص يدفع لموظف التذاكر مقداراً من المال فهو في الحقيقة يستأجر كرسيّاً في الطائرة، والورقة التي تدفع إليه هي كرمز مشير الى تمامية الاجارة وتحققها لأن تلك البطاقة قد بيعت بالأجرة وإذا عبّر بذلك فهو مسامحة في التعبير، ونفس الشيء يقال في بطاقة الائتمان.

وعلى اي حال لا ينبغي الاشكال في صحة أخذ البطاقة ودفع الرسوم سواء أكان ذلك بيعاً أو اجارة أو بعنوان اجرة المثل على اساس ان تزويد العميل بالبطاقة انما كان بأمره وطلبه من ناحيته، وعدم تحديد الاجرة في عقد من ناحية أخرى.

أو على اساس الجعالة، بمعنى ان العميل يجعل جعلاً للمصدر لقاء قيامه بهذه الخدمة بأن يقول له ان زودتني بالبطاقة الائتمانية فلك كذا مبلغاً من المال في رأس كل شهر، وحينئذٍ إذا زوده بالبطاقة أستحق الجعل حسب ما عين وحدد.

وبعبارة أخرى: ان استحقاق الجعل المحدد في الجعالة ليس في الحقيقة الا بملاك ضمان عمل غيره بأمره به لا على وجه التبرع، فإذا أمرت الخياط بأن يخيط ثوبك كذا أو الكاتب بأن يكتب لك الدفتر الفلاني، فإذا فعل فعليك قيمة عمله في الخياطة أو الكتابة بمعنى اشتغال ذمتك بأجرة المثل، وهذا قسم من الضمان - ضمان الغرامة في الاعمال - على حد ضمان الغرامة في الأموال، وبإمكانك ان تحول أجرة المثل منذ البدء الى مقدار محدد، فتقول من خاط ثوبي فله دينار وحينئذٍ يكون الضمان بمقدار ما حدد في الجعل ويسمى هذا جعالة فالجعالة في الحقيقة تنحل الى جزئين:

أحدهما: الأمر الخاص أو العام بالعمل الذي له قيمة.

والآخر: بتعيين مبلغ معين بازاء ذلك فالجزء الأول من الجعالة هو ملاك الضمان - ضمان الغرامة لا الضمان المعاوضي -

والجزء الآخر: يحدد قيمة العمل المضمون، وأجرة المثل هي الاصل في الضمان ما لم يحصل الاتفاق على غيرها، وعلى هذا الاساس فإن عين العميل للجهة المصدرة لقاء تزويده بالبطاقة ضمن نفس الاجرة المحددة، والا فأجرة المثل.

وقد يقال كما قيل: أنه لا يجوز شرعاً استخدام هذه البطاقات بدعوى ان الجعالة التي تحصل عليها الجهة المصدرة للبطاقة كالبنك أو الشركة بطريق الخصم من ائتمان البضائع والخدمات عند سداد قيمتها من اصحابها ما هي في الحقيقة الا فائدة يدفعها

حامل البطاقة الى الجهة المصدرة وهذه الفائدة تعتبر مقابلاً لإقراض الجهة المصدرة المبلغ له بالسداد نيابة عنه الى ان يقوم الحامل بدفع القرض لها، وهذه فائدة ربوية محرمة.

ويقال عن ذلك: ان اقتطاع مصدر البطاقة عن اثمان البضائع والخدمات عند سداد قيمتها بنسبة ١٪ الى ٤٪ ثم أخذ هذه النسبة من حامل البطاقة ليس بملاك الفائدة على الدين؛ لأن حامل البطاقة وأن اصبح مديناً للجهة المصدرة إذا لم يكن له رصيد مالي لديها عندما قامت الجهة المصدرة بدفع اثمان البضائع والخدمات للتاجر سواء كان قيامها بذلك وكالة أو نيابة عنه أم حوالة عليها، ولكنه مدين بقدر ما دفعته للتاجر دون الزائد، وأما أخذ الزائد فهو ليس بعنوان الفائدة على الدين، بل من أجل تزويده بالبطاقة وحصوله عليها، ولكنه مدين بقدر ما دفعته للتاجر دون الزائد، وتزويده بالبطاقة وحصوله عليها خدمة كبيرة له تستحق عليها الجهة المصدرة الفائدة.

وبعبارة ان ما اقتطع من الاثمان ليس فائدة على الدين.

هذا اضافة الى ذلك لا يتم اذا كان للعميل رصيد مالي لدى المصدر، إذ حينئذٍ لا موضوع للدين هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى ان الظاهر من استخدام العميل البطاقة للشراء أو الخدمات أو للحصول على النقود من الطرف الثالث هو احالته على المصدر من باب احالة الدائن على المدين أو على من تعهد بقبول الحوالة لا التوكيل والاستنابة في إداء الدين عنه، وهذا هو الظاهر المرتكز في الاذهان هو ان استخدام العميل للبطاقة في شراء السلع أو غيرها من الطرف الثالث، احالة لذلك الطرف تلقائياً على الجهة المصدرة في أخذ اثمان البضائع أو الخدمات منها بلا فرق في ان يكون له رصيد مالي أو

لاباعتبار ان معنى تزويدها العميل بالبطاقة هو تقدمها بتسديد الائتمان وإن لم يكن للعميل رصيد مالي لديها.

ونتيجة ذلك: ان العميل إذا استخدم البطاقة للشراء أو الخدمات ووقع على فاتورة المشتريات فهذه منه حوالة على تلك الجهة تلقائياً.

فالمرتكز في البطاقات الائتمانية والتعامل بها أنه الزيادة إنما هي في مقابل تمتع العميل بالبطاقة لا في مقابل الدين.

نعم هنا اشكال في خصوص النوع الثاني على البطاقة الائتمانية والنوع الثالث، أما في النوع الثاني فلأن فاعلها ملزم بدفع ما عليه عن ائتمان البضائع أو الخدمات خلال شهر وإلا تقوم الجهة المصدرة بالغاء عضويته في البطاقة الائتمانية وملاحقته قانونياً لإرغامه على الدفع وتنص عقود هذا النوع من البطاقات على ان العنصر ملتزم بدفع الفوائد على المبالغ المتأخرة ابتداءً من تاريخ الغاء عضويته، وهذا شرط ربوي.

وأما النوع الثالث فعقده لا يوجب الزام العميل بدفع ما عليه من الديون خلال ثلاثين يوماً عند تسلمه الفاتورة الشهرية، ولكنه ملزم بدفع فائدة التأخير، وتحسب الفوائد يومياً على المبالغ المتبقية على ذمة العميل وهذا ربا.

الا انه يمكن تخريج ذلك فقهياً من الناحية الشرعية بأحد وجهين:

الوجه الأول: ان الجهة المصدرة تجعل العميل في عقد البطاقة وكياً عنها في شراء السلع أو الخدمات على ذمته، ثم يقوم ببيعها وكالة عنه على نفسه ويشترط في ضمن هذا البيع على نفسه من قبل الجهة المصدرة وكالة ان يدفع له دينار في رأس كل شهر

يتأخر فيه عن دفع الثمن، ولا مانع في ذلك لأنه ليس ربا، فإن الزامه بدفع الدينار إنما هو بحكم البيع لا بحكم القرض، وليس في مقابل الاجل.

نعم: لو اشترط ان يكون له دينار في مقابل التأجيل بنحو شرط النتيجة لم يصح؛ لأنه من اشتراط الربا.

وبعبارة: كما يمكن للبائع ان يشترط على المشتري ان يهب له ديناراً كل شهر الى ستة أشهر مثلاً كذلك له ان يشترط عليه ان يدفع له ديناراً في كل شهر يتأخر فيه عن دفع الثمن.

وهذا التخريج الفقهي مبني على ان يشترط العميل على البنك في عقد البطاقة ان يكون وكيلاً عنه في شراء البضائع بالبطاقة على ذمته ثم يبيعهها على نفسه وكالة منه وإلا فلا تخريج له شرعاً.

الوجه الثاني: يتعهد البنك المصدر في ضمن عقد البطاقة ان لا يقبل الحوالة عن العميل إذا لم يكن رصيد مالي عنده، لإلقاء عمولة يقطعها من الفاتورة الشهرية بنسبة مئوية لا مجاناً؛ إذ من حقه انت لا يقبل بدون عمولة إذا كان بريئاً، وأما إذا كان مديناً للعميل، فهو ملزم بقبول الحوالة شرعاً، ولا يجوز له ان يتقاضى عمولة لقاء ذلك كما ليس له ان يتقاضى عمولة ازاء عملية اداء الدين، فأنها وظيفة المدين فأنها وظيفة المدين وهو ملزم بها شرعاً وان استلزمت مزيد جهد واتقان عمل، وأما اذا كان البنك وكيلاً عنه في تسديد ديونه، فله ان لا يقبل الوكالة عنه الا لقاء عمولة محددة، حتى فيما إذا كان له رصيد مالي عنده إذ لا يكون ملزماً بقبول الوكالة في اداء دينه لدائنه ولو من ماله عنده مجاناً.

ولكن هذا الوجه لا يدفع الاشكال عن اشتراط الفوائد على تأخير الديون المتبقية على ذمة العميل، لأنه من اشتراط الربا، وإنما يدفع الاشكال عن اشتراطها على اصل الديون على اساس امكان تبديل ذلك بأخذ الفائدة بعنوان العمولة لقاء قبول الوكالة والحوالة.

ويمكن تخريج ذلك فقهياً بالنسبة الى خصوص تعامل حامل البطاقة بها فحسب دون مصدرها فإنه يجوز للعميل الدخول في عضوية عقود البطاقة واشتراكه فيها وحصوله عليها اذا كان ملتزماً بالوضع خلال الفترة المسموح بها، أو كان له رصيد مالي عند المصدر لا يقل عن الحد الاعلى من الائتمان الذي يمكن ان توفره له البطاقة.

وأما إذا كان الحامل غير ملتزم بالدفع خلال الفترة المسموح بها فهل يجوز له الدخول في عضوية عقد البطاقة في النوع الثالث من البطاقات الائتمانية أو لا؟

والجواب: أنه لا مانع من دخوله فيها وحصوله على البطاقة أو التعامل بها، وأما اشتراط المصدر الفائدة على تأخير الدين الثابت في ذمته فهو وإن كان شرطاً ربوياً إلا انه بإمكان حامل البطاقة عدم الالتزام به، بل وظيفته ذلك وفساده لا يوجب فساد العقد حتى لو قلنا بأن الشرط الفاسد مفسد فإن هذا الشرط ليس شرطاً للعقد أي عقد البطاقة الواقع بين المصدر والعميل بل هو اشتراط فائدة محددة على تأخير الدين على ذمة العميل عن الفترة المسموح بها بموجب الحوالة وهذا نظير من باع داره مثلاً من شخص واشترط عليه ان يكون له مبلغ من المال في مقابل تأجيل الثمن بنحو شرط النتيجة، فإن فساد هذا الشرط لا يرتبط بالبيع اصلاً؛ لأنه لا يكون من شؤون البيع ولا من شؤون المبيع ولا الثمن، بل هو شرط بازاء التأجيل والتأخير للثمن، وحيث ان هذا الشرط شرط

بإزاء التأجيل والتأخير للثمن، وحيث ان هذا الشرط فاسد فلا يكون العميل ملزماً به الا اذا كان مجبوراً أو كان بتبرع به ولو بداعي ان لا تلغي الشركة المصدرة عضويته في عقد البطاقة، وفي هذه الحالة فلا شيء عليه. (١)

بيان فساد الشرط، ان كونه من ضمن البيع لا يخرججه عن كونه ديناً؛ إذ ليس الربا القرضي مخصوصاً بعقد القرض، بل هو الزيادة في اي دين وبين متولّد من اي عقد، كما ان مقابله الزيادة للتأجيل يكفي بها تقييد اشتراط الزيادة بظرف التأجيل أو بقاء التأجيل. (٢)

فكرة الحوالة في بطاقة الائتمان

والسؤال: هل تدخل بطاقات الائتمان تحت عنوان الحوالة؟

ذكر بعض المعاصرين ان بطاقة الائتمان تدخل تحت عنوان الحوالة فحامل البطاقة يحيل صاحب المحل التجاري على الجهة المصدرة، بدفع قمة السلع المشتراة، والجهة المصدرة أما ان تكون بريئة الذمة للحامل أو مشغول الذمة له، وعلى كلا التقديرين يجوز لها أخذ الفائدة.

أما على تقدير براءة الذمة فباعتبار ان برئ الذمة يتمكن من رفض الحوالة، لأن ذلك لازم فرض كونه برئياً ويمكنه ان يقول أنا لا أقبل الحوالة الا بكذا مقدار. وأما على تقدير كونها مشغولة الذمة للحامل فأيضاً يجوز لها الرفض؛ لأنها ملزمة الدفع الى شخص من اشتغلت الذمة له - الحامل - وأما صاحب المحل التجاري فهي

(١) البنوك ١٧٨-١٨٨ الفياض
(٢) فقه الحيل الشرعية ص ٢٤٠ تقارير بحث السيد

ليست مشغولة الذمة له لتكون ملزمة بالدفع اليه، فتتمكن آنذاك من المطالبة بالفائدة، هذا حاصل ما أفاده.(١)

وما يمكن التعليق عليه وما علق عليه

والكلام على كلا الحالتين، كون الجهة المصدرة بريئة الذمة أو مشغولة.

فإذا كانت بريئة الذمة، فالأمر كما ذكر، اي ان البرئ لا يلزمه قبول الحوالة الا بمقدار من العمولة من قبيل واحد الى اربعة بالمئة مع توضيح يجدر الاشارة اليه، وهو ان الحوالة على البريء تأتي بمعنيين:

أحدهما: الحوالة بالمعنى الشرعي، فالبريء إذا قبل اشتغلت ذمته للمحال – الدائن – وفرغت ذمة المحيل، وبمجرد ان يدفع المحال عليه يحق له من دون انتظار الرجوع الى المحيل واسترجاع مقدار ما دفع.

ثانيهما: الحوالة بمعنى ما استعمل بيننا عرفاً فيقول المدين لشخص ثالث بريء أقرضني مقداراً من المال وأنا سوف أحول عليك الدائن ليقبضه منك، فيقول: قبلت، وحينما يتحقق القبول لا تنشغل ذمة البريء بالدين وتفرغ ذمة المحيل بل اقصى ما في الأمر ان البريء قد وعد بالقرض – باقراض المدين والدفع عنه الى الدائن – وربما لا يتخلف عن وعده، والمسألة مسألة وعد بالقرض من دون اشتغال ذمته وبراءة ذمة الآخر، فهذان معنيان للحوالة، والمقصود من الحوالة على البريء هو المعنى الأول، ويتمكن البريء ان يرفض الحوالة الا بعمولة معينة، حيث ان اشتغال ذمته وبراءة ذمة المحيل خدمة وعمل، ويتمكن من رفضه الا بمقدار من العمولة، وهذا بخلافه في الثاني

(١) كلمات سديدة في مسائل جديدة ص ٦٠٥

فأن البريء لا يتمكن من المطالبة بالعمولة، فأن ذمته لا تشتغل وذمة ذاك لا تبرأ بل اقصاه هو الوعد بالاقتراض ولا معنى للمطالبة بالعمولة على نفس القرض أو الوعد به. ومن خلال هذا يندفع الاشكال الذي قد يخطر في البال، وهو ان البريء اذا جاز له أخذ العمولة على قبول الحوالة فيلزم تحليل القرض الربوي فان الشخص إذا كان مشغول الذمة لشخص آخر بمقدار مائة ولا يتمكن من دفعها فيجوز بناء على هذا ان يقول لشخص ثالث بريء: أحلت عليك دائني فلاناً بالمائة فأدفعها اليه وأنا في ما بعد أدفع لك تمام المائة مع زيادة على قبول الحوالة، إنه يلزم الحكم بجواز أخذ الثالث للزيادة، والحال أن حرمة مثله قد تكون واضحة.

ودفع الاشكال يتضح من خلال ما اشرنا اليه، وهو ان الحوالة على البريء الذي يتمكن من المطالبة بالعمولة عليها هي ما اذا كانت بالمعنى الأول دون الثاني، والمفروض بالمثل المذكور وما شاكلة ارادة المعنى الثاني وعليه فلا اشكال، وهذا التوضيح لا يختص بهذا المقام، بل يعم كل حوالة على البريء.

والحاصل ان البريء انما يتمكن من المطالبة بالعمولة فيما اذا كانت الحوالة بالمعنى الأول دون الثاني.

وفي باب بطاقات الائتمان يلزم ان تكون الحوالة لحامل البطاقة على الجهة المصدرة بالمعنى الأول - اي على ذمة الجهة المصدرة - مشغولة لصاحب المحل التجاري، وتفرغ ذمة الحامل من دين صاحب المحل التجاري، فأن مثل هذا وعمل، وتتمكن الجهة المصدرة من رفضه الا بازاء عمولة معينة، هذا كله في فرض كون الجهة المصدرة بريئة الذمة.

وأما إذا كانت مشغولة الذمة، فقد ذكر أنها تتمكن من الرفض أيضاً إلا على تقدير عمولة معينة.

المناقشة: يقال: ان مسألة الحاجة الى رضا المحال عليه اذا كانت ذمته مشغولة للمحيل قد وقعت محلاً للخلاف.

وذكر في الجواهر في كتاب الحوالة: ان المشهور اعتبار رضا المحال عليه من دون تقييد بما اذا كان بريء الذمة وقد يستدل له: بأن الناس مختلفون في الاقتضاء سهولة وصعوبة، فبعض الناس سهل في مقام الاقتضاء - المطالبة بقضاء الدين - وبعضهم الآخر صعب في ذلك، ومن حق المحال عليه ان يرفض قبول شخص آخر غير صاحب الدين، فإنه صاحبه ويعرفه، وأما الاشخاص الاخرون فمن حقه رفضهم هكذا يمكن ان يوجه اعتبار الرضا. (١)

وأجيب عنه: بأن الصحيح عدم اعتبار رضاه، وذلك لأن الدائن قد يطالب بالدين بنفسه وقد يرسل وكيلاً عنه للمطالبة بدينه ولا يتحمل أحد ان ارسال الوكيل وتكليفه بالمطالبة بالدين أمر غير جائز فأن هذا غير محتمل، بل من الواضح جواز المطالبة بالواسطة.

وإذا جاز ذلك فيمكن القول ان الدائن حينما يحيل شخصاً على المدين فهو في الحقيقة يبعث بوكيل عنه في استلام الدين نيابة عنه ويجعل المحال بمثابة نفسه في المطالبة، ولا معنى آنذاك لرفض المحال عليه.

ودعوى: اختلاف الناس في الاقتضاء سهولة وصعوبة.

مدفوعة: بأنها لا تصلح لاعتبار الرضا، والا لم تجز المطالبة بتوسط الوكيل، ويلزم أيضاً منه بعدم جواز بيع صاحب الدين لدينه الثابت في ذمة المدين على شخص ثالث، لأن المدين سوف يقول: ان ذمتي سوف تصبح مشغولة لشخص ثالث لا اعرفه، ولعله صعب الاقتضاء إن مثل هذا أمر غير معقول، بل من حق صاحب الدين بيع دينه على اي شخص أحب وأراد، وهذا منبه واضح على ان رضا المدين أمر غير معتبر. وعليه ففي باب الحوالة لا يلزم قبول المحال عليه اذا كان مشغول الذمة للمحيل وتطبيق فكرة بطاقات الائتمان على الحوالة لا يتم فيما اذا كانت الجهة المصدرة مشغولة الذمة للحامل. (١)

أقول: لا حاجة لهذا التوضيح الطويل بل قلنا بأن المدين ملزم شرعاً بالتسديد للدائن، ومع إلزامه الشرعي لا معنى ولا موضوع لرضاه.

فكرة العمل في بطاقات الائتمان

هذه الفكرة لو تمت أمكن الاستفادة منها في التخلص من الفوائد الربوية في بطاقات الائتمان حيث تتبدل الى فوائد جائزة فتخرج أخذ الفائدة بنسبة واحد الى اربعة بالمائة على هذا الاساس.

وهذه الفكرة هي فكرة عامة يمكن بيانها كما يلي:
لو فرض ان شخصاً كان مشغول الذمة الى آخر بمائة مثلاً وهو يطالبه بها ولكن ليس عنده ما يسد به الدين ويفرغ ذمته فهناك طريقان لذلك:

(١) فقه البنوك ص ٢٥٩-٢٦٠ الايرواني

الطريق الأول: ان يذهب الى شخص ثالث ويقترض منه مقدار مائة ويسدد بها

الدين، ومن الطبيعي ان الثالث سوف يطالبه بالفائدة فيقع في محذور الربا.

الطريق الثاني: ان يذهب الى ثالث ويقول له أفرغ ذمتي المشغولة الى فلان فيأمره

بعمل - هو تفرغ الذمة - إذا قبل الثالث وفرغ ذمته جاز له المطالبة بالأجرة، كما في سائر موارد التي يفترض فيها الأمر بالعمل كما لو أمر البنا ببناء البيت والحمال بحمل المتاع حيث يجوز للمأمور في هذه الموارد بعد قيامه بالعمل المطالبة بالأجرة باعتبار ان الأمر بالعمل هو نفسه من موجبات الضمان لقيام السيرة العقلانية على ذلك، فكذا في المقام فإن هناك أمراً بتفريغ الذمة فإذا امتثل المأمور وقام بالعمل جازت له المطالبة بالأجرة عليه.

والفرق بين الصورتين هو افتراض تحقق القرض في الأولى وأن المدين حينما يفرغ ذمته فهو يفرغها من مال نفسه لأنه بعد الاقتراض يصبح المال مملوكاً الى المقترض والوفاء به وفاء بملكه، وهذا بخلافه في الصورة الثانية فإنه لا قرض في البين والمائة التي يحصل بها الوفاء هي ملك الثالث - المأمور بالعمل - ولا محذور في تفرغ ذمة انسان بواسطة مال غيره فإنه أمر عقلائي فالأخ ذمة أخيه تقرباً الى الله سبحانه، وما دام لا قرض في الصورة هذه بل هناك أمر بالعمل بالفائدة المأخوذة عليه لا تكون ربوية لأنها ليست فائدة على القرض لعدم وجود القرض فلا دليل على الحرمة وبهذا يتمكن الانسان من تحصيل بديل عن الفوائد الربوية المحرمة حيث يقول للشخص الثالث أفرغ ذمتي لا أقرضني ولك فائدة كذا، فلو تم هذا الطريق فسوف يطبق على بطاقات الائتمان.

والمدين في بطاقة الائتمان هو حاملها حيث يكون مديناً لصاحب المحل التجاري ويقول للجهة المصدرة افرغي ذمتي من دين التاجر عليّ لا اقرضني حتى يكون أخذ الفائدة بالنسبة المذكورة ربوية لأنها أخذ على القرض، بل يقول لها افرغي ذمتي ويستحق آنذاك الأجرة كما في كل موارد الأمر بالعمل، هذا حاصل الطريق.
المناقشة من جهتين:

الجهة الأولى: ان الأمر بتفريغ الذمة لا قيمة له في نفسه عند العقلاء وإنما المقابل بالقيمة هو نفس المال الذي تفرغ به الذمة، وفرق بين الأمر بالعمل هنا وبين سائر الموارد فالعمل الصادر عن الحمال أو البناء مثلاً له قيمة لدى العقلاء ويستحق عليه الأجرة، بينما تفريغ الذمة لا قيمة له لدى العقلاء، بل القيمة للمال المفرغ به الذمة.
وعليه فالفائدة أو الاجرة لا تكون مأخوذة على نفس تفريغ الذمة بل على المال المدفوع لتفريغ الذمة.

وقد يقال بأنه لا يمكن ان تكون العلاقة بينهما من باب القرض؛ لأن المعتبر في القرض وتحققه ان يقبض المقرض مبلغ القرض، وهذا لا يوجد هنا، الا اذا فرض ان المدين قد وكل الثالث في قبض المبلغ المقرض منه وكالة، ثم يؤدي دينه كذلك، الا ان هذا مجرد افتراض وخارج عن مرتكزات المتعاملين بها.^(١)

الطريق الثاني: ان يفترض ان يذهب الى ثالث ويقول له افرغ ذمتي أو فرغ ذمتي المشغولة لفلان فيأمره بعمل هو تفريغ الذمة، ومع قبول الثالث وفرغ ذمته جازت له المطالبة بالأجرة، كبقية الموارد التي يفرض فيها الأمر بالعمل حيث فيها يجوز للمأمور

بعد قيامه بالعمل المطالبة بالأجرة باعتبار ان الأمر بالعمل من موجبات الضمان لقيام السيرة العقلائية على ذلك، فكذا في المقام فأن هناك أمراً بتفريغ الذمة فإذا امتثل المأمور وقام بالعمل جازت له المطالبة بالأجرة عليه.

والفرق بين الصورتين هو افتراض تحقق القرض وأن المدين حينما يفرغ ذمته فهو يفرغها من مال نفسه لأن المال بعد الاقتراض صار ملكاً للمقترض فالوفاء به وفاء بملكه. وهذا بخلافه في الصورة الثانية فإنه لا قرض في البين والمبلغ الذي حصل به الوفاء هي ملك الثالث - المأمور بالعمل - ولا محذور في تفريغ ذمة انسان بواسطة مال غيره فإنه أمر عقلائي ومقرب الى الله سبحانه، وما دام لا قرض بل هو أمر بالعمل فالفائدة المأخوذة لا تكون فائدة على القرض لعدم وجود القرض هنا، فلا دليل على تحريمها وهذا بديل عن الفائدة المحرمة فبدلاً من ان يقول للشخص أقرضني ولك كذا فائدة، يقول له أفرغ ذمتي بمالك، ويمكن تطبيق هذا الطريق على بطاقات الائتمان، فحامل البطاقة - وهو مشغول الذمة - للتاجر لا يقول للجهة المصدرة أقرضيني حتى تكون الفائدة ربوية بل يطلب منها تفريغ الذمة وتستحق آنذاك الأجرة كما في كل أمر بالعمل، وتلك الأجرة هي واحد الى أربعة بالمائة، هذا حاصل الطريق.

الجهة الثانية: ان يفهم من الدليل الدال على حرمة أخذ الزيادة في باب القرض عرفاً حرمة أخذ الزيادة في مقامنا أيضاً، فأن العرف لا يفرق بين أخذ الزيادة في كلتا الحالتين، فما يدل على التحريم هناك يدل عليه هنا.

هذا كله مضافاً الى ان الطريقة المذكورة لو تمت فهي تصلح كتوجيه لأخذ الجهة المصدرة للفائدة من الحامل للبطاقة ولا تصلح توجيهاً لأخذها من التاجر، إذ الأمر بتفريغ الذمة هو الحامل لا صاحب المحل التجاري.^(١)

ويلاحظ عليه: أنه لا فرق بين الطريقتين، سواء قال أقرضني أو فرغ ذمتي فإن كليهما لا يتحقق الافراغ الا بالمال وعليه لا يفرق في أخذ الفائدة في كليهما لأنها فائدة على المال من جهة ان افراغ ذمته بالمال هو في الحقيقة اقراض له وتسبب عنه في تسديد دينه الى الثالث، وإذا أخذت فائدة على ذلك كانت فائدة على القرض ليس الا. اللهم الا ان يقال بأن الفائدة هي بازاء الخدمة التي يقدمها الطرف الثالث للمدين وليس بازاء مبلغ القرض كما تقدم.

نتيجة بحث البطاقة الائتمانية، وقد تترتب عدة نتائج نذكرها في أمور:

الأول: الجواز في دخول العميل في عضوية عقد البطاقة والحصول عليها بدون فرق في ذلك بين انواعها.

الثاني: للجهة المصدرة الحق في تقاضي عمولة من حامل البطاقة لقاء قيامها بعملية تزويده بالبطاقة؛ لأنها خدمة فلا يجب قيامها بهات تبرعاً وبدون أجر.

الثالث: ان الاجرة التي تأخذها لا تخلو ان تكون من باب أجر المثل على اساس ان تزويد العميل بها، كان بأمره وطلب وهو يوجب الضمان بها أو من باب الجعالة أو الفائدة على ما تقدم بيانه.

(١) فقہ البنوك ص ١٦٢-١٦٤ الايرواني باقر

الرابع: ان الفائدة المأخوذة من قبل الجهة المصدرة عن حاملها ليست فائدة على القرض بل هي أجرة لما قدمته من الخدمة له فلا ربا.

الخامس: ان الفائدة على تأخير الدين عن المدة المقررة وإن كانت ربا الا انه بإمكان حامل البطاقة عدم الالتزام بهذا الشرط الباطل، وهذا لا يضر بصحة عقد البطاقة الواقع بينهما، وحينئذٍ إذا أُجبر على دفعها فلا شيء عليه، والا لم يجز الا بعنوان الهبة والتبرع.

السادس: يجوز للجهة المصدرة للبطاقة ان تقطع من اثمان البضائع والسلع والخدمات عند تسديدها للتاجر بنسبة مئوية محددة على اساس قبوله والتزامه بشروط البطاقة.

السابع: المتحصل من كل ذلك، أنه لا مانع شرعاً من التعامل بالبطاقات بأنواعها في السفر والحضر في اقسام المعاملات والخدمات السائغة شرعاً.^(١)

(١) البنوك ص ١٨٢-١٨٣ الشيخ الاستاذ الفياض

خضم الكمبيالات

عرفت المصادر المصرفية الكمبيالة بـ

هي عبارة عن صك مكتوب وفقاً لأوضاع محددة يحددها القانون ويتضمن أمراً من شخص معين (الساحب) الى شخص آخر (المسحوب عليه) ليس بالضرورة ان يكون بنكاً، بأن يدفع لأذن ثالث (المستفيد) أو لحامله مبلغاً معيناً من النقود في تاريخ معين أو بمجرد الإطلاع، ويجب ان تتضمن الكمبيالة بخلاف ما ذكر على تاريخين أحدهما تاريخ تحرير الكمبيالة والآخر تاريخ الإستحقاق ويشترط في الكمبيالة ان تنص صراحة على وصول القيمة والقيمة هنا قد تكون بضاعة أو نقداً وهي السبب الذي ترتب عليه إنشاء الدين ...^(١)

وايضاً هي ورقة تسجيل الدين في المصرف، وقد عرفوه في المصادر المصرفية بأنه صك (سند) يحرره شخص يسمى الساحب يأمر فيه شخص آخر يسمى المسحوب عليه بأداء مبلغ من النقود في تاريخ معين أو بالإطلاع لأمره أو لأمر شخص ثالث يسمى المستفيد.

ويطلق على الكمبيالة الداخلية (سفتجه) وهي غير عربية في الأصل بالرغم من تعريب أكثر الإصطلاحات المصرفية، ومن هنا سميت أيضاً (سندات السحب) ولم يصبح متعارفاً لحد الآن.

قال السيد الأستاذ الشهيد (قده) الساحب المحرر للكمبيالة هو الدائن يأمر بها أو من خلالها المسحوب عليه وهو المديون بالأداء في تاريخ معين متفق عليه أو عند الإطلاع

(١) المصطلحات المصرفية ص ١٦ عبد المعطي محمد حشاد

على الكمبيالة وهو فقهياً يحمل معنى (عند المطالبة) إذ ان ارسال الورقة للإطلاع نحو من المطالبة وخاصةً وهو يعلم انه ملزم بها قانوناً عند الإطلاع.

وسميت بالتعريف بالصك؛ لأنها تشببه من حيث كونها ورقة مالية، والا فالصك بالأصل هو (الشيك) ولذا كان الأولى إبداله بلفظ السند لأنه يحمل معنى الإستيثاق من الأمر المطلوب وتسجيله تسجيلاً قانونياً أو إقامة دلالة واضحة عليه، ولذا سميت سندات السحب.^(١)

ويبدو من عبارة الأستاذ بشكل واضح بأن الموقع على الكمبيالة هو الدائن كما في عبارته والساحب المحرر للكمبيالة وهو الدائن.

فيما ذهب السيد الخوئي وآخرون الى ان الموقع على الكمبيالة هو المدين حيث قال الكمبيالات المتداولة بين التجار في الأسواق لا تعتبر لها مالية كالأوراق النقدية، بل هي مجرد وثيقة وسند لإثبات ان المبلغ الذي تضمنه دين في ذمة موقعها لمن كتب بأسمه.^(٢)

وقال: ولذا لو ضاعت الكمبيالة أو تلفت عند البائع لم يتلف منه مال ولم تفرغ ذمة المشتري بخلاف ما اذا دفع له ورقة نقدية وتلفت عنده أو ضاعت.

وقد علق عليه السيد الأستاذ (قده) بالقول: انه واضح من هذه العبارة ان الذي يوقع الكمبيالة هو المدين لمصلحة الدائن وهو أمر ممكن في التصور، الا انه خلاف الواقع الذي جرت عليه المصارف، فإنها تعتبر الكمبيالة صادرة بأمر وتوقيع الدائن وليس المدين.^(٣)

(١) ما وراء الفقه ج ٤ ص ٩٣ عن النشرة الفصلية لمصرف الرافدين العدد (٥) السنة السادسة ١٩٨٦

(٢) مستحدثات المسائل ص ٢٤ الخوئي

(٣) ما وراء الفقه ص ٩٥ ج ٤

والصحيح هو ان المدين هو من يوقع الكمبيالة اقراراً منه بأنه مدين لأخر ويكون هذا توثيقاً للمدين لدى الدائن، وأما توقيع الدائن فلا يثبت انه توثيق لدينه على آخر إذ قد يكون مجرد ادعاء يدعيه على آخر، وما دام لم يوقع المدين عليها فلا يثبت شيء للدائن، وهذا واضح.

وتحرير الكمبيالة من قبل الساحب (الدائن) يمكن الا ان توقيعه لا أثر له ما لم يوقع على ما حرره المدين، وتوقيعه، فإذا تخلف عن أداء الدين حيث يمكن للدائن اثبات حقه بتقديمها الى الجهات الرسمية ويحكم آنذاك لصالحه لأن وجه توقيع المدين عليها الذي يعني اعترافه بالدين للدائن، وإلا كيف يثبت حق الدائن لو كان هو من وقع عليها.

ومن المعلوم استحباب كتابة الدين والاشهاد عليه ليكون ذلك سنداً ووثيقة فيثبت الدين عند حصول النزاع، أو حصول النسيان أو غير ذلك من النكات التي يعلمها الله سبحانه، وقد حصلت حديثاً أوراق أشبه بالرسمية تعتبر كسندات مثبتة للديون، وهي أوراق مطبوعة تقوم مقام كتابة ورقة خاصة بين الدائن والمدين وهي مثبتة لحق الدائن فإذا تخلف المدين عن أداء الدين يمكن للدائن تقديمها للجهات القانونية ويحكم لصالحه.

والخصم عندهم هو التقليل من القيمة، فإذا بيعت على المصرف بأقل من قيمتها الاسمية كان ذلك خصماً وهو أمر موجود في المصرف باستمرار يربح من الدائن (بائع الكمبيالة) وفاء حاجته الوقتيه للمال ويربح المصرف منها الفرق بين القيمتين الاسمية والحالية أو قل: الاصلية والمخصومة، وإذا دفع المصرف قيمة هذه الورقة التجارية في

أجلها بقيمتها الكاملة أو قبله بالخصم فإنه يستوفي ما يدفعه الى الدائن من حساب المدين ان وجد أو يطالبه به شخصياً.

وعملية الخصم هي عبارة عن بيع الكمبيالة بأقل من قيمتها قبل حلول الأجل كما لو فرض ان الدائن يرغب في الحصول على مال بالفعل لحاجته اليه فيبيع تلك الكمبيالة الى شخص ثالث أو لبنك قبل حلول الاجل بمبلغ نقدي أقل من قيمتها.

وفي زماننا فقد حلت الشيكات مقام الكمبيالات فيستعين بالشيك لإثبات الدين فإذا أدان شخص آخر مبلغاً من المال كألف دينار ويطالبه بتقديم شيك له بالمبلغ المذكور، ويكتب تاريخه متأخراً الى نهاية السنة وبهذا لا تكون من ثمة حاجة الى الكمبيالة، ولأجل هذا قل تداول الكمبيالات بعد ظهور الشيكات ونفس ما يذكر في الكمبيالة من البيع بالأقل يأتي في الشيكات أيضاً بلا فرق إذ الخصم في الكمبيالة وفي الشيك شيء واحد أي بيعهما قبل حلول الاجل بمبلغ أقل.

ويمكن تخريج ذلك فقهياً بوجوه:

الوجه الأول: قد تخرج عملية الخصم على أساس القرض والمقصود من الخصم على هذا الأساس، هو ان الطرف الثالث، الذي يدفع اليه الشيك أو الكمبيالة وهو هنا البنك لا يشتريه بالاقبل بل يقرض حامله مبلغاً أقل من قيمته، فلو كانت قيمة الشيك ألفاً فالبنك يقرض حامله تسعمائة دينار مثلاً، من دون ان يشتريه منه بالالف، بل يبقى الالف على ملك مالكة السابق وهو حامل الشيك، ومع حلول الموعد استلم الشخص الحامل من البنك ألف دينار ويأخذ البنك منها مقدار قرضه ويبقى بيده المائة، وهذه تخرج في:

١- أنه يمكن جعلها مقابل كتابة الدين والأوراق.

٢- بقطع النظر عن ذلك يمكن توجيه أخذ الثالث للمائة بأنه حينما أقرض حامل الشيك تسعمائة فقد دفع إليه المبلغ نقداً وسلمه إليه كمنقود بيده، ومن حقه آنذاك أن يسترجع ما دفعه كمنقود أيضاً بنحو مقبوضاً كمنقود فعلية، فأن هذا حق ثابت له ويمكنه بإزاء تنازله عن حقه المطالبة بالمائة، فهو يأخذها لا في مقابل الأجل أو القرض ليلزم محذور الربا بل يأخذها بإزاء التنازل عن حقه في استلام القرض كمنقود فعلية وهذا لا محذور فيه.^(١)

ويلاحظ عليه: بأن البنك قد يكون قد بنى عقده في القرض على الإستفادة من النقيصة، ومع بناءه على ذلك فيكون أخذ الزيادة ربا محرماً وإن عنونها في مقابل التنازل عن حقه، خصوصاً وان البنوك لا تلتفت الى هذه النكات. ولعله لذلك لم يشير بعض الفقهاء الى هذا الطريق.

الوجه الثاني: التخريج على أساس البيع لا على أساس القرض وهو المعروف في كلمات الفقهاء.

وهو ان يفترض ان حامل الشيك يبيع ما يستحقه على الشخص الثالث من قيمته التي يستحقها الحامل بعد فترة، وهذا ما يعبر عنه ببيع الدين المؤجل بثمن اقل حال، وهذا جائز لأن مقتضى الإطلاقات والعمومات ب (أحل الله البيع) وغيره هو الجواز. وقد يقال بأن البيع بالأقل بعنوانه غير جائز لبعض الروايات التي يمكن ان يستفاد منها ذلك:

(١) فقه البنوك ص ٢٢٩ - ٢٣٠ الإيرواني

منها ما رواه محمد بن الفضيل عن الرضا (عليه السلام) قال: قلت للرضا عليه السلام رجل إشتري ديناً على رجل، ثم ذهب الى صاحب الدين فقال له: إُدفع ما لفلان عليك فقد إشتريته منه؟ قال: يدفع اليه قيمة ما دفع الى صاحب الدين وبريء الذي عليه المال من جميع ما بقي عليه.^(١)

وهي ظاهرة بأن المدين غير ملزم بدفع اكثر من المبلغ الذي دفعه المشتري الى المستفيد، وانه لا يستحق اكثر مما دفعه ويعتبر الزائد ساقطاً عن ذمة المدين رأساً، ولا تشتغل ذمته بأكثر منه، والمستفاد من الرواية:

١- بطلان بيع الدين نقداً بالأقل منه.

٢- براءة ذمة المدين من الدائن المستفيد.

٣- إشتغال ذمته للمشتري بمقدار ما دفعه الى المستفيد لا أكثر.

وههنا مناقشة سنديّة وأخرى دلالية وانها ساقطة عن الإعتبار بإعراض المشهور عنها.

أما المناقشة السندية: بإعتبار محمد بن الفضيل وانه لم يوثق في الكتب الرجالية، لكنه لم يقدر فيه فيها، الا من قبل الشيخ الطوسي بأنه مغالي وله كتاب، من أصحاب الأمام الرضا (عليه السلام) كما في رجال الطوسي (٣٥)، وعده تارة من أصحاب الصادق (٢١٣) قائلاً محمد بن كثير الأزدي الكوفي الصيرفي.

وأخرى من أصحاب الكاظم (عليه السلام) (٢٥) قائلاً: محمد بن الفضيل الكوفي الازدي ضعيف.

(١) الوسائل ب١٥ من أبواب القرض والدين ح ٣

وعده البرقي من أصحاب الصادق (عليه السلام) قائلاً: محمد بن الفضيل الأزدي الصيرفي، عربي كوفي.

وقال النجاشي: محمد بن الفضيل بن كثير الصيرفي الأزدي، أبو جعفر الأزرق: روى عن أبي الحسن موسى، والرضا (عليهما السلام) له كتاب ومسائل.

وقال ابن داوود (١٤٥٠) من القسم الأول: محمد بن الفضيل بن كثير الأزدي الصيرفي أبو جعفر الأزرق (ق) - (م) (صا) (جخ) (كش).

قال الخوئي وكلمة (كش) في كلامه مضعف (جش) كما وقع ذلك في غير مورد. وذكر صاحب المعجم (قده) بقي هنا أمور:

الأول: إنما ذكره الشيخ من ان محمد بن الفضيل من أصحاب الصادق والكاظم والرضا (عليهم السلام) يصدقه ما في الروايات فإنه قد روى عنهم (عليهم السلام) في عدة موارد ونذكر بعضاً منها، روى عن أبي جعفر الثاني (عليه السلام) فقد روي الكليني بسند صحيح عن الحسين بن سعيد عن محمد بن الفضيل عن أبي جعفر الثاني (عليه السلام) في الكافي ج ٢ ح ٣٦ باب الدعاء.

الثاني: ان محمد بن الفضيل وقع في اسناد كامل الزيارات حيث روى عن إسحاق بن عمار في ب ٣٩ في زيارة الملائكة للحسين بن علي (عليه السلام) ومقتضى ذلك ان يحكم بوثاقته على ما التزم به جعفر بن قولويه من انه لا ينقل رواية الا عن الثقات.

وعده المفيد في رسالته العددية محمد بن الفضيل من الفقهاء والرؤساء الأعلام الذين يؤخذ منهم الحلال والحرام والفتيا والأحكام ولا يطعن عليهم بشيء، ولا طريق

لذم واحد منهم، الا ان ذلك معارض بما عرفت من تضعيف الشيخ إياه، إذا لم تثبت وثاقة الرجل فلا يعتمد عليه.

الثالث: ان محمد بن الفضيل الصيرفي قد عرفت روايته عن الرضا (عليه السلام) فهو معاصر مع محمد بن القاسم بن الفضيل الآتي وقد أشرت كما في عدة من الرواة عنهما، وفيمن يرويان عنه ولأجل ذلك جزم الاردبيلي في جامعه بأنه الذي وقع في اسناد هذه الروايات هو محمد بن القاسم بن الفضيل الثقة، وان اطلاق ابن الفضيل عليه من باب الاسناد الى الجد، وهذا الذي ذكره وان كان محتملاً كما ذكره المجلسي في الوجيزه الا ان الجزم به في غير محله .. وطريق الشيخ اليه صحيح وإن كان فيه ابن ابي جيد فإنه ثقة على الاظهر^(١)

ومن مجموع ما تقدم يظهر إمكانية الاعتماد على الرجل وإن كان الشيخ الطوسي ذكره بالضعف، إذ مع مقارنة عبارته مع عبارة المفيد (قده) وهي اسبق منه زماناً حيث عده من الفقهاء والرؤساء ولا يطعن عليه ولا طريق الى ذمه، يجعل الاعتماد على كلام الطوسي مشكوكاً بل موهوناً، حيث يمكن الاعتماد على روايته، وبضم وقوعه في اسناد كامل الروايات والتزام مؤلفه بأنه لا يروي الا عن ثقة، يزداد الاطمئنان في نقله واعتبار روايته، ولو كان ضعيفاً لما صح نقله عن الائمة الثلاث، بل الأربع (عليهم السلام) ولأجتنب في نقله عن الكاظم فضلاً عن الرضا فضلاً عن الجواد، فهذه مجموعة قرائن تؤيد ان لم تدل على اعتبار روايته، خصوصاً إذا بنينا على حسن الظاهر للراوي كما حقق ذلك في بحوث سابقة، وظاهره حسن كما يظهر من عبارة المفيد.

(١) معجم رجال الحديث ج١٧ - ١٦١-١٦٤ الخوئي

ذكر صاحب الجواهر ان الشيخ الطوسي ومن تبعه والشهيد الأول في دروسه وان عملا بالروايتين الا انهما ضعيفتان^(١)، وعمل الطوسي يعني إيمانه على الرواية وإعتبار ابن الفضيل عنده.

اذن الأظهر هو قبول رواية محمد بن الفضيل الأزدي الصيرفي.

إما دلالة: فأدعي ان الرواية ساقطة لإعراض المشهور عنها.

وأجاب عنها الشيخ الفياض بأنها دعوى مدفوعة: بأن سقوط الرواية بإعراض

المشهور منوطة بتوفر أمرين:

الأول: ان يكون الإعراض من قدماء الأصحاب الذين يكون عصرهم متصلاً بعصر

أصحاب الأئمة (عليهم السلام).

الثاني: ان يكون تعبيراً بمعنى انه وصل اليهم من أصحاب الأئمة (عليهم

السلام) يداً بيد وطبقة بعد طبقة، ولا يمكن احراز توفر كلا الأمرين معاً، كما حققناه

في علم الأصول، فإذا لا أثر لإعراض المشهور ولا يكشف عن سقوط الرواية عن الاعتبار.

وان قيل: انه لم يفرض في الروايتين شراء الدين بالأقل منه.

أجاب (حفظه الله): ان الروايات ظاهرة في ذلك عرفاً بمناسبة الحكم والموضوع

الإرتكازية، ومع الإغماض عن هذا فلا شبهة في إطلاقها وشمولها لصورة شراء الدين

نقداً بالأقل منه.

وعلى هذا الأساس فليس بالإمكان من الناحية الشرعية تخريج عملية خصم

الكمبيالة فقهيّاً على أساس شراء الدين بأقل منه نقداً.^(٢)

(١) جواهر الكلام ج ٢٥ ص ٦٠
(٢) البنوك ص ٨٠-٨١ الفياض

ولو لم يلتزم بصحة الرواية وان ضعفها ظاهر سنداً بأبن الفضيل فالمناسب هو التنزل الى الإحتياط لأجلها، ومن هنا إحتاط بعض الفقهاء كالسيد الشهيد (أبو جعفر) (قده) في جواز بيع الدين بالأقل حيث احتاط إستحباباً.^(١)

ويمكن التخلص والفرار من مخالفة الإحتياط بأن المشتري -البنك المحصل- يقول لحامل الكمبيالة أو الشيك إني اشتري منك الشيك بما يعادل قيمته من دون نقيصة، ولكن إذهب أنت وجثني بقيمة الشيك من البنك الأصلي، فإن البائع يلزمه تسليم المبيع، والحامل غير مستعد لذلك حسب الفرض و الا لما باع الشيك، ولكن بإمكانه ان يقول للمشتري تنازل عن هذا الإشتراط أو عن حق تسليم المبيع مقابل النازل عن جزء من الثمن فيصير الثمن بحسب النتيجة أقل من قيمة الشيك كما لو كانت قيمته مليون وتنازل له عن مائة مقابل التنازل عن حق التسليم ولا محذور هنا لأنه ليس ببيع الدين بالاقبل بل هو بيع بكامل قيمته، والتنازل عن المقدار المذكور جاء في مقابل التنازل عن حق التسليم.

هذا اذا إعتبرنا الرواية او الروائيتين فإن تخريج عملية الخصم على أساس البيع باقل منها نقداً غير جائز ولا يصح هذا التخريج لوثاقة إبن الفضيل وظهور الروائيتين في عدم جواز بيع الكمبيالة أو الشيك المؤجل بأقل من قيمته نقداً، وهذا هو الصحيح عندنا.

(١) منهاج الصالحين ج ٢ م ١٨٧ - السيد الحكيم حاشية (٢)

فهل من ثمة تكييفات فقهية أخرى لخصم الكمبيالة، نعم:

منها: ان تكييف عملية الخصم فقهياً على أساس اشتراط البنك على المستفيد في عقد الشراء هبة مبلغ محدد من قيمة الكمبيالة كما لو قال له: أشتري منك الدين الذي تمثله الكمبيالة بنفس قيمته بدون أية نقيصة مشروطاً بأن تهب لي من قيمتها مبلغاً محدداً بعد الشراء نقداً وحينئذٍ فإن وفى بالشرط فهو المطلوب، وان لم يف كان للمشتري الفسخ لتخلف الشرط، وهذا التكييف لا بأس به شرعاً.

ومنها: ان يشترط المشتري -البنك هنا- على المستفيد في عقد الشراء عملاً كخياطة الثوب أو بناء الجدار أو أي عمل سائغ شرعاً له قيمة لقاء شراء الدين الذي تضمنته الكمبيالة بنفس قيمتها من دون اية نقيصة منها فإن قبل المستفيد - حامل الكمبيالة- الشرط وجب عليه الوفاء به، والا كان للمشتري فسخ العقد.

ومنها: حينما يشتري البنك الدين الذي تضمنته الكمبيالة بما يساوي قيمتها ولكنه يقتطع جزءاً منه القيمة كعمولة على الخدمة التي يقدمها البنك أو لقاء تحصيل المبلغ اذا كان يدفع في مكان آخر؛ لأن العمولة لقاء الخدمة - كأجرة كتابة الدين وتسجيله في السجلات وحفظه- جائزة ولهذا يكون بإمكان البنك ان يتقاضاها في كل قرض يقدمه لقاء تلك الخدمة وحينئذٍ يجوز هنا للبنك ان يتقاضى عمولة لقاء تحصيل قيمة الكمبيالة وتسجيلها بعنوان أجرة الكتابة أو غير ذلك. وقد يوجه جواز البيع بالأقل: بأن متعلق البيع ليس الدين الذي تضمنته الكمبيالة بالأقل ليكون باطلاً بمقتضى الرواية، بل يبيع نفس الورقة - الشيك- فيقول من يشتري مني هذه الورقة؟ والناس حينما يعرفون أنه يمكن من خلالها السحب من البنك بمقدار ما هو مسجل

فيها يتنافسون على شراءها، فمتعلق البيع هنا هو نفس الورقة لا الدين المسجل فيها، ومعه لا يكون البيع مشمولاً للرواية؛ لأنها ناظرة الى بيع الدين وليس الى بيع الورقة المسجل فيها الدين، ولا معنى أن يكون بيعها بالاقبل فإن المبيع إذا كان نفس الورقة فلا يصح ان يقال هي بيعت بالاقبل، فإن البيع بالاقبل فرع كون المبيع هو الدين كي يصدق هذا العنوان وإنه بيع بالاقبل، هكذا قيل.

والجواب عنه: ان ورقة الكمبيالة أو الشيك ليست مالاً حقيقةً حتى تقابل بالمال

وتباع به،

والمنبه على ذلك انها لو مُزقت فلا يعد ذلك اتلافاً للمال، بل يتمكن المصدر لها اصدار ورقة ثانية بديلاً عنها، وهذا بخلاف الورقة النقدية كالدولار وما شاكله فإنها لو مزقت عدّ ذلك إتلافاً للمال، فهناك فرق بين الامرين ببيع ورقة النقد وورقة الشيك، فالأولى هي نفسها مالٍ إعتبرته الجهة المصدرة بديلاً عن الفضة والذهب، فيما الثانية فهي سند على المال، وعلى هذا لو فرض أنها بيعت بأقل من قيمتها المائة بخمسة وتسعين فالمبذول بإزاء ذلك المال ليس هو نفس الورقة بل هو المال الثابت في ذمة المدين الذي سجل مقداره في ورقة الشيك الذي هو الدين.

نعم هناك بعض الشيكات الجديدة التي تتعامل معها الجهة الرسمية معاملة المال حقيقةً، ومثله يصير مالاً وليس سنداً على المال، الا ان هذا مطلب آخر وموضوع غير موضوع البحث لأن البحث في الأوراق التي تكون سنداً دالاً على المال من دون ان تكون بنفسها مالاً.

والحاصل: ان تكييف خصم الكمبيالات على أساس البيع مُشكل وان جعلنا متعلق البيع هو نفس الورقة، فتبقى التكييفات التي ذكرناها مجدية في عملية خصم الكمبيالة شرعاً.

كـمبـيـالـة المـجـامـلـة

ان الشخص الموقع شيكاً لآخر تارة يفترض وجود دين عليه لغيره حقيقة ويراد بالشيك ان يكون سنداً على ذلك الدين.

وأخرى: يفترض انه لا يدن حقيقة بل يوقع الشخص شيكاً بمائة لفترة شهر ويدفعه الى صديقه ليبيعه في السوق بالأقل ، وهذا ما يعبر عنه (كـمبـيـالـة المـجـامـلـة) وهي لا تتضمن ديناً في ذمة موقعها، فهل يصح بيعها وخصمها بالأقل من قيمتها المسجلة أو لا؟

وهل يمكن تخريج الاستفادة منها بدون محذور شرعي؟

والجواب: ان يكون ذلك على أساس القرض تارة وأخرى على أساس البيع.

اما على أساس القرض: ان ورقة الشيك لو كان قد سجل فيها مائة فالطرف المقرض سوف يقرض خمسة وتسعون وبعد حلول الأجل اذا قبض المائة واستوفى منها مقدار حقه وهو الخمسة والتسعين تبقى هذه الخمسة زائدة وقد وجهنا جواز أخذها في حال الكمبيالة معبرة عن دين حقيقي في ذمة موقعها اما في مقابل كتابة الدين أو في مقابل التنازل عن حقه بالإستلام بالفعل، فالمقرض كان يذهب الى من كتب الكمبيالة ويقبض منه المائة وهو امر غير لازم عليه واما في هذه الكمبيالة فلا دين حتى تكون الخمسة في مقابل كتابته وما يرتبط به او في مقابل الذهاب الى موقعها وقبول الحوالة عليه، اذ لا دين ولا مدين هنا ليفترض كون الخمسة في مقابل قبول الحوالة بالذهاب اليه، وعليه فالتخريج على أساس القرض غير ممكن.

وأجاب البعض بأنه نعم يمكن ان يقال: ان الحوالة على المدين وان لم تكن ممكنة اذ لا دين في البين ولكن حامل الشيك سوف يقول للمقرض: اذهب الى البنك واستلم بالموعد المقرر خمسة وتسعين وللمقرض الحق في ان يقول اني سلمت لك القرض نقداً وببيدك فعليك ان ترده نقداً وببيدي ايضاً، فيقول له بأن هذا من حقك ولكن تنازل عن هذا الحق ولك عليّ خمسة فالخمسمة الزائدة هي في مقابل التنازل عن هذا الحق - حق الاستلام باليد- وعلى هذا فيمكن الترخيع على أساس القرض بالبيان المذكور.(١)

أقول: هنا ان القرض من الطرف الثالث -المقرض- يكون في ذمة موقع الكمبيالة بالوكالة ولمدة شهر مثلاً وبعد تمامية عقد القرض حيث يأخذ المستفيد خمسة وتسعين ديناراً وكالةً بمائة دينار على ذمة مؤجله ولا يمكن تكييف هذه العملية من الناحية الشرعية على أساس القرض؛ لأنه ربوي اذا قبض تمام المبلغ المسجل فيها عند حلول الأجل.

والصحيح ان يدفع موقعها للمقرض مبلغه الذي أقرضه للمستفيد لا أكثر من ذلك، وتكون ذمة المستفيد مشغولة له بنفس المبلغ لا أكثر وهو الخمسة والتسعين، وبهذا لا ربا في البين.

واما على أساس البيع: فقد مر ان الورقة لا قيمة لها بنفسها ولا يمكن بيعها، ولكن ذكر السيد الخوئي (قده) وغيره امكان البيع بالبيان التالي: لو فرض ان المسجل بالشيك خمسون ديناراً لمدة شهر مثلاً، فيقول كاتب الشيك للحامل خذ هذا الشيك وبع الخمسون بأقل منها من عملة أخرى فراراً من محذور الربا، فإن بيع العملة بما يماثلها

(١) فقه البنوك ص ٢٣٩ الايرواني

الى اجل هو قرض حقيقةً ألبس لباس البيع، ولذلك يلزم افتراض اختلاف فيبيع الخمسين ديناراً بالوكالة عن مُصدر الشيك بألف تومان وهي اقل قيمة من الخمسين، فتصير الألف ملكاً لمصدر الشيك والخمسين ملكاً للطرف الثالث -المشتري- ثم يفترض وجود وكالة ثانية بأن يقول مُصدر الشيك للحامل بعد ان يصير هو مالكا للألف تومان انت وكيل في بيع الالف على نفسك بخمسين ديناراً، وبذلك يصير الحامل مشغول الذمة بخمسين لمصدر الشيك، والمفروض ان مصدر الشيك مشغول الذمة بخمسين ديناراً للطرف الثالث وبعد ذلك يقول مصدر الشيك للطرف الثالث اني قد احلتك بالخمسين ديناراً فيذهب الطرف الثالث ويأخذها من الحامل، وبذلك يكون مصدر الشيك قد فرغ ذمته من دون ان يخسر شيئاً وقضى حاجة أخيه المؤمن وأحسن اليه وجامله.

وبهذا يظهر ان العملية المذكورة تنحل الى بيعين وحوالة، فأولاً يفترض ان مصدر الشيك يوكل حامله في ان يبيع الخمسين ديناراً بألف تومان على ان يكون البيع والشراء للمصدر دون الوكيل -الحامل-.

ثم يفترض ثانياً ان المصدر يوكل الحامل في ان يشتري لنفسه لا للمصدر الألف تومان بخمسين ديناراً.

ثم بعد ذلك تفترض الحوالة فالمصدر يحول الطرف الثالث على الحامل. (١)
ويرد عليه: أولاً ما ذكرناه في بحث بيع الدولار بالآجل وذكره ايضاً بعض المعاصرين من ان الارتكاز العقلائي في باب العملات وان العملات المختلفة هي واحدة بحسب الارتكاز العقلائي وان اختلفت تسميةً حيث يسمى بعضها دولار وبعضها دينار

(١) منهاج الصالحين الخوئي ج ص ٤١٨- ٢١٩ مستحدثات المسائل

وبهذا يلزم ان يكون بيع الخمسين ديناراً بألف تومان هو بيع للعملة بما يماثلها، والمفروض ان بيع العملة بما يماثلها اذا كان الى أجل هو قرض حقيقة قد ألبس لباس البيع فيلزم محذور الربا القرضي بعد فرض اختلاف العوضين في الكم.

وثانياً: بما ان مصدر الشيك قد وقع عليه، وهذا يعني التزامه بما فيه من المبلغ المسجل لحامله ديناً عليه، فإذا باعه الحامل - الخمسين - بألف تومان وهي أقل قيمة من الخمسين، معناه انه باع الدين بأقل منه نقداً، وهو غير جائز على ما تقدم في رواية محمد بن الفضيل التي صححنا سندها.

ومن هنا فالتخريج على أساس البيع غير ممكن، واما على أساس القرض فغير جائز عند شيخنا الفياض (حفظه الله) سواءً كان القرض من الطرف الثالث على ذمة المقرض او على ذمة المصدر للشيك ويقوم الحامل بتحويل الطرف الثالث على الموقع للكبيالة لكي يقبض منه المبلغ عند الأجل، وهذه الحوالة ان كانت على البريء في الواقع الا انه بموجب توقيعه للكبيالة وتعهدده كان قد قبلها، واذا قام بعملية التسديد وسدده أصبحت ذمة المستفيد مشغولة له بنفس المبلغ ولكن لا يمكن تكييف هذه العملية شرعاً على أساس القرض؛ لأنه ربوي في كلا الفرضين. (١)

ويمكن تخريج اخذ الزيادة على أساس البيع في صورتين:

الأولى: ان المستفيد يشتري من الطرف الثالث - كالبנק - مبلغاً قدره خمسة وتسعون ديناراً بمائة دينار على ذمته مؤجله لمدة خمس أشهر، وبعد اكمال عملية البيع بين الطرفين، يقوم المستفيد بعملية التحويل حيث يحول الطرف الثالث على الموقع

(١) البنوك (٨٤) الفياض

للكمبيالة ليتسلم منه المائة دينار عند الاستحقاق ولا يمكن للموقع ان لا يقبل هذه الحوالة فأنها وإن كانت على البريء واقعاً الا انه قد قبلها بتوقيعه لها فإذن يكون بموجب قبوله الحوالة مديناً للطرف الثالث، فإذا قام بتسديد المبلغ أي الطرف الثالث أصبحت ذمة المستفيد مشغولة له بنفس المبلغ - المائة - وعلى هذا فلا اشكال في هذه العملية من الناحية الشرعية.

أقول: وهذا منه غريب لأن المستفيد بعد توقيع المصدر للكمبيالة يصبح دائناً له ويملك هذا الدين فإذا باعه بخمسة وتسعين ديناراً وهو مائة فقد باع الدين بالاقبل وهو غير جائز عنده كما هو عندنا.

الثانية: يوكل الموقع المستفيد في تنفيذ عملية الخصم مع الطرف الثالث فيقوم المستفيد بموجب هذه الوكالة ببيع مبلغ قدره مائة دينار على ذمة موكله مؤجلة لمدة خمسة اشهر بمبلغ قدره خمسة وتسعون ديناراً نقداً وبعد اكمال عملية البيع يكون الموقع مديناً للطرف الثالث بمائة دينار مؤجلة في مقابل خمسة وتسعون ديناراً نقداً، وهو ملك الموقع فلا يجوز للمستفيد التصرف فيه فعلى المستفيد ان يجري معاملة جديدة مع الموقع وكالة فيشتري منه المبلغ المذكور وهو خمسة وتسعون ديناراً نقداً بمائة دينار في الذمة مؤجلة لخمس أشهر، فإذا تم البيع بينهما اصبح المستفيد مالكا للمبلغ نقداً ومديناً للموقع مؤجلاً وهذه العملية لا اشكال فيها شرعاً.

وقد يقال: ان شرعية كلا العمليتين مبنية على صحة البيع للأوراق النقدية الشخصية بالكلي منها في الذمة كبيع خمسة وتسعين ديناراً مثلاً نقداً بمائة دينار في الذمة مؤجلة وصحته موضع البحث والإشكال.

وأجاب عنه ان الأظهر صحة ذلك ومع الإغماض وتسليم ربوية المعاملة وان هذا قرض بلباس البيع، ولكن بالإمكان تخريج ذلك شرعاً بطريقة أخرى، وهي ان للمستفيد أن يقوم ببيع عملة أجنبية على ذمته مؤجلة للطرف الثالث كالبنك مثلاً بعملة داخلية نقدية، كما إذا باع ألف تومان على ذمته مؤجلة للبنك بثمانية وأربعين ديناراً نقداً، ولا إشكال في أن هذا البيع واقفاً لمكان التباين بين الثمن والمثمن وعدم إنطباق أحدهما على الآخر، ثم ان المستفيد يقوم بإحالة البنك الى الموقع للكمبيالة بما يساوي قيمة المبلغ (الف تومان) من الدينار وهو خمسون دينار مع التراضي بينهما على ذلك حيث يكشف التراضي عن قبول البنك للكمبيالة بما تضمنته من العملة، وقبول الموقع الحوالة بتوقيعه عليها.

كما ان المستفيد له ان يبيع ألف تومان على ذمة الموقع وكالة عنه للبنك، بثمانية وأربعين ديناراً نقداً وبعد عملية البيع يقدم المستفيد للكمبيالة الى المشتري - البنك - فإذا قبلها معناه أنه رضي بما تضمنته من المبلغ المساوي لقيمة البيع في ذمة الموقع - الف تومان - وهو خمسون دينار، ثم ان المستفيد يجري مع الموقع معاملة جديدة فيشتري منه المبلغ المذكور وهو ثمانية وأربعون ديناراً نقداً بألف تومان مؤجلاً^(١)

ويرد عليه: نفس ما أوردناه على سابقه من أن بيع الدين المؤجل بالأقل نقداً غير صحيح، وهو قد التزم بهذا، على ان تغيير العملة لا يؤثر في بقاء المعاملة قرضية واقعاً وهو غير جائز على ما حققناه في كتابنا - بيع الدولار بالآجل.

قبول البنك الأوراق التجارية بتوقيعه عليها - الشيكات والكمبيالات.

قد يصدر شخص شيكاً ويريد زيادة إعتباره في السوق فيذهب الى البنك ليطلب منه قبول الشيك بمعنى التوقيع عليه -على ظهره- وهذا يعني ان البنك يتحمل مسؤولية الشيك أمام المستفيد منه ، وقبول الشيك له شكلان :

الشكل الأول: ان يجعل البنك الورقة على عهده ، وهو ان الموقع اذ لم يؤد الدين فالبنك نفسه يكون ضامناً ويؤدي بدلاً عنه ، حيث ان توقيع البنك عبارة عن قبوله لضمان موقع الشيك ، وهذا الضمان ليس هو الضمان بمعناه الفقهي لدى الفقهاء وهو نقل دين من ذمة الى ذمة أخرى لا ضم ذمة الى ذمة الذي هو باطل ، وإنما ضمان البنك على أساس تعهده بوفاء المدين بدينه ؛ لأن البنك لا يقصد بقبوله الورقة التجارية الكمبيالة أو الشيك نقل الدين من ذمة المدين الى ذمته ، بل يقصد تعهده بوفاء الدين إذا تخلف المدين عن (الوفاء)

وهذا يعني ان المستفيد من الورقة يرجع اليه ويأخذ قيمتها منه؟ وهذا لا يعني ضمان الدين وإن ذمة البنك مشغولة للمدين ، بل هو ضمان أداء الدين من قبل المدين وإذا تخلف عن الوفاء سدد المتعهد البنك عنه ، وهذه العملية جائزة شرعاً وان ضمان التعهد صحيح لجريان السيرة العقلائية المتصلة بزمن المعصوم (عليه السلام) والمضادة بسبب عدم الردع ، وكذلك عموم قوله تعالى: ((أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)).

ومع جوازه يجوز للبنك المطالبة بعمولة معينة مقابل قبوله وتوقيعه على ظهر الشيك ، لأن ذلك خدمة عقلائية يستحق عليها الأجر.

الشكل الثاني: أن التوقيع لا يحتمل البنك مسؤولية الوفاء أمام المستفيد، وإنما يقصد به التأكيد على وجود رصيد مالي لمحرم الورقة يكفي لخصم قيمتها منه، ولا مانع من ذلك شرعاً فهو جائز.

وهل يجوز للبنك أخذ عمولة على ذلك؟

نعم حيث ان ذمة المحرم قد اكتسبت من قبول البنك الورقة وتوقيعه عليها إعتباراً وثقه بين الناس وبإمكان البنك أن يأخذ عمولة على هذا القبول لأنه خدمة عقلائية يستحق عليها العمولة.

تحصيل قيمة الشيكات

هنا صور متعددة للاستفادة من البنك لا ربط لبعضها بعنوان البحث وبعضها له ربط والصور هي:

الصورة الأولى: ان يكون للشخص رصيد مالي في البنك ويكتب شيكاً ويسحب مقدار من المال لنفسه، وهذا يرجع الى الإستيفاء للقرض الذي دفعه الشخص للبنك أولاً. وذكر بعضهم ان هذا من المحتمل ان يكون راجعاً الى إقراض جديد من قبل البنك للشخص مع فرض التهاثر القهري، وهذه الصورة خارجة عن عنوان البحث.

الصورة الثانية: أن يكتب شيكاً صاحب الرصيد لشخص آخر كمساعدة له مثلاً أو غير ذلك، وهذا يرجع أيضاً الى الإستيفاء من خلال الوكيل، فصاحب الرصيد قد إستوفى حقه بواسطة وكيله وهي خارجة أيضاً.

الصورة الثالثة: ان يكون صاحب الرصيد مطلوباً ديناً لشخص آخر فيكتب شيكاً له ليسحبه من البنك، ويرجع هذا الى الحوالة، حيث يحيل صاحب الرصيد دائنه على

مدينه الذي هو البنك، فالبنك مدين لصاحب الرصيد بسبب وجود الرصيد عنده وهذه الصورة خارجة ايضاً.

فما هو المقصود من عنوان المسألة المذكورة؟

والمقصود ما اذا فرض ان شخصاً كتب شيكاً لشخص آخر وحوّله على بنك معين فأخذ الشخص الشيك ولكنه لم يذهب به الى ذلك البنك المعين بل ذهب به الى بنك آخر وطلب منه تحصيل قيمة الشيك، أما لأنه يصعب عليه الذهاب الى البنك المحوّل عليه أو لأن حسابه في البنك الذي طلب منه تحصيل قيمة الشيك، وفي مثل ذلك يقبل هذا البنك تحصيل قيمة الشيك، ويأخذ أجره على ذلك، فوظيفة البنك المحصل هو تحصيل قيمة الشيك مع فرض حلول الأجل أو ليس بحال وهو يتصدى لتحصيله بعد حلولة.

فما هو التكييف الفقهي لهذه العملية؟ وما هو حكم الأجرة، فهل يجوز للبنك المحصل أخذها أو لا؟

والجواب عن السؤال الأول فقد ذكر الشيخ حسين الحلي (قده) ان مرجع ذلك الى البيع والحوالة، فمن بيده الشيك يبيعه على البنك المحصل، فلو كانت قيمته مئة دولار فيبيعه على البنك بمائة ويدفع له البنك الثمن ثم بعد ذلك يحول صاحب الشيك البنك المحصل بقيمة الشيك على البنك الأول المحول عليه^(١)

وأورد عليه والأيراد صحيح: ان الجمع بين الحوالة والبيع كما هو ظاهر عبارته غير صحيحة، وكلامه لا يخلوا من تشويش؛ لأنه ان افترض شراء البنك المحصل

(١) بحوث فقهية - تقارير بحث الشيخ الحلي ص ١٢٦

للشيك المذكور بقيمته يصير مالكا للبنك ومعه لا حاجة الى فرض الحوالة، بمعنى انه لا حاجة الى ان يحول صاحب الشيك البنك المحصل على البنك الأول، إذ بعد ملكه للشيك فيرجع البنك المحصل على الشيك الأول بلا حاجة الى فرض الحوالة واذا أردنا ان نحذف فكرة البيع ونقول ان حامل الشيك لا يبيع على البنك المحصل، بل يقترض منه قيم الشيك، ويحوّله على البنك الأول، فدور الحوالة يكون واضحا وضرورياً، ولكن لا حاجة آنذاك الى فرض البيع، فالجمع بين البيع والحوالة غير واضح.

ويمكن توضيحه: بأن حامل الشيك حينما يبعيه على البنك المحصل، فهو لا يدفع له المبلغ بل يبقى المبلغ في ذمته للبنك المحصل حيث يكون مديناً له، وهو دائن الى البنك الأول فيحوّله عليه، فالحوالة في محلها، وان كان يمكن الإستغناء عنها بالبيع.

وتخريج العملية بأحد أمور:

التخريج الأول: ان ترجع الى الوكالة فمن بيده الشيك يوكل البنك المحصل في تحصيل قيمة الشيك ويسلمه له، وتكون أخذ العمولة من الشخص للبنك المحصل واضحة لأن البنك المحصل له الحق في رفض الوكالة الا ان يدفع له الشخص مبلغاً معيناً من المال.

ويمكن رجوع العملية الى الإجارة أو الجعالة، حيث يقال بأن بأن حامل الشيك يستأجر البنك المحصل في تحصيل قيمة الشيك أو يجعل له جعلاً جعلاً على ذلك هكذا يقال فالمسألة داخلة تحت الإجارة أو الجعالة أو هما قريبان من الوكالة فإن الوكالة

مادامت بأجرة فهي إجارة أو جعالة، وليست هي دائماً من مصاديق الإجارة أو الجعالة والمناسب عد الثلاثة تحت تخريج واحد.

واشكّل عليه السيد الشهيد الأول في البنك اللاربوي بأن الوكالة هي وكالة في قبض النقود من البنك الأصلي ومن المعلوم بأن البنك المحصّل كثيراً ما لا يستلم النقود حتى يسلمها إلى صاحب الشيك، بل يصدر حوالة من البنك الأصلي إلى البنك المحصّل وتسجل الحوالة في حساب حامل الشيك من دون إستلام للنقود في البين، ومعه يكون تخريج العملة على أساس الوكالة أمراً باطلاً، إذ الوكالة هي في القبض، ولا قبض للبين للنقود (١)

ويرد عليه: ان ما أفاده وجيه لو فرض حصر متعلق الوكالة بالقبض ولكنه عادة لا يكون الأمر كذلك، بل يوكل حامل الشيك البنك المحصل في تحصيل الحوالة وتسجيلها في حسابه وهذا عمل عقلائي تتعلق به الوكالة، فالوكالة لا ينحصر متعلقها بقبض النقود ليرد ما أفاده (قده).

ولا يرد هذا الإيراد، لأنه (قده) يتكلم عن هذا المورد من موارد الوكالة لا مطلق مواردها ليجاب عليه بما ذكر، والمورد هو في قبض المال خاصة.

التخريج الثاني: أن يكون ذلك راجعاً إلى حوالتين، الأولى: ان من صدر منه الشيك وأخذه حامله يكون قد حوّل حامل الشيك على البنك الذي له رصيد فيه وهو البنك الأصلي، والثانية: ثم بعد ذلك يتصل البنك المحصّل بالبنك الأصلي ويطلب منه

(١) البنك اللاربوي ص ٢١٥ - الشهيد محمد باقر الصدر

إصدار حوالة لحامل الشيك اليه، فيقول البنك المحصّل للبنك الأصلي حوّل عليّ قيمة هذا الشيك فيجيب البنك للبنك الأصلي أنني قد أحلّلت عليك حامل الشيك عليك.

والبنك المحصّل الذي حوّل عليه البنك الأصلي الحامل إما أن يكون برئ الذمة للبنك الأصلي أو يكون مشغولها، فعلى الأول يكون طلب العمولة وجيها إذ من حق البنك المحصل بعد تحويل البنك الأصلي عليه، ان يقول إني برئ الذمة لك ولا اقبل منك الحوالة لحامل الشيك الا بعمولة معينة، فإني لست بملزم بقبول الحوالة ما دمت برئ الذمة

وأما إذا كان مشغول الذمة فيمكن ان يطالب بالعمولة في مقابل الإتصال بالبنك الأصلي، فحينما يتقدم حامل الشيك الى البنك المحصّل ويطلب منه الإتصال بالبنك الأصلي كي يحول الحامل عليه فيمكن ان يجيب اني وان كنت مشغول الذمة للبنك الأصلي ولكني لست ملزماً بالإتصال به ليحوّل عليّ وانا لا اتصل الا ببذل مقدار من المال -كعمولة- فيأخذها البنك المحصّل من الحامل.

وعلى هذا تكون عملية تحصيل الشيك بناءً على هذا تكون راجعة الى حوالتين، والعمولة تكون بإزاء اتصال البنك المحصّل بالبنك الأصلي للتحويل عليه ولا مشكلة في هذا التخريج.

التخريج الثالث: ان ترجع العملية الى اقراض وحوالة فحامل الشيك حينما يقدمه الى البنك المحصّل كأنه يطلب منه ان يقرضه ما يساوي قيمة الشيك، وبعد ان يقرضه يقول الحامل للبنك المحصّل اني قد أحلّلتك على البنك الأصلي لإستلام ما

يساوي مقدار القرض وتبقى العمولة ما هو وجه أخذها قد يقال أن أخذها على القرض وهو ربا؟

والجواب: كلا، حيث يمكن توجيه أخذ الفائدة.

بيان ذلك ان البنك المحصل يتمكن ان يقول للحامل اني قد سلمتك نقوداً فاستلم لي نقوداً ولا أقبل ان تحولني على آخر وان هذا من حقه وأنداك تكون العمولة بإزاء تنازله عن حقه وهذا التخريج تام ولا مشكلة فيه.

الا أن يقال: بأن فيه تفصيلاً فإنه ان كانت بين البنكين معاهدة على ان بإمكان دائن كل منهما أن يرجع الى الآخر لإستيفاء حقه منه لم يجز للبنك المحصل ان يطالب بعمولة لقاء ذلك على أساس انه ملزم بالقيام بهذه الخدمة بموجب المعاهدة بينهما، ولا فرق في ذلك بين ام يكون البنك المحصل مديناً للبنك الأصلي أو لا.

وان لم تكن معاهدة بينهما كذلك، كان من حقه ان يطلب منه عمولة لقاء قيامه بهذا العمل ولا فرق بين كون البنك المحصل مديناً للبنك الأصلي أو لا، بإعتبار ان رجوعه الى البنك المحصل ليس بموجب حوالة البنك الأصلي عليه، بل من جهة انه كان يعلم بأنه إذا رجع اليه وهو يقوم بتحصيل قيمة الشيك من البنك المسحوب عليه، وله حينئذٍ ان يطالب بعمولة لقاء هذه الخدمة (١)

التخريج الرابع: اذا كان الشيك مسحوباً من المدين للدائن المستفيد على بنك في البلد، والمستفيد يطلب من البنك دفع قيمة الشيك في خارج البلد بعملة أجنبية، كما اذا فرض ان المستفيد أراد ان يسافر الى بلد آخر بسبب ما ويحتاج الى عملة أجنبية كما لو

أراد شخص مريض السفر الى باريس للعلاج وعنده شيك يتضمن مبلغاً من المال على بنك داخل البلد، فيراجع البنك ويطلب منه تحويل المبلغ بعملة أجنبية بسعر الصرف في البلد الى الخارج كباريس، وفي مثل ذلك يمكن تكيف العملة بأحد وجوه.

الأول: ان يبيع المستفيد ما ملكه بموجب الحوالة على ذمة البنك من العملة المحلية بعملة أجنبية كالدولار مثلاً، وبهذا يصبح البنك مديناً للمستفيد بعملة أجنبية بدلاً عن العملة الداخلية، ثم يقوم البنك بتزويده بحوالة على خارج البلد عن طريق ممثله ان كان له فرع فيه، والا على بنك آخر هناك، ولكن هذا الوجه غير صحيح شرعاً لأنه من بيع الدين بالدين الباطل.

الثاني: ان المستفيد يتقدم بالشيك الى البنك المدين لمحرره ويطلب منه تسليم قيمة الشيك المسحوب عليه فإذا تسلم القيمة باعها منه بعملة أجنبية على ذمته فيصبح البنك مديناً للمستفيد بعملة أجنبية، ... فإن اشترط المستفيد على البنك في عقد البيع تزويده بالحوالة بتلك العملة الأجنبية في الخارج فعليه ذلك فإن كان له فرع هناك أصدر خطاباً اليه بتزويد دين دائنه المستفيد، وحيث لا ذمة للفرع في مقابل الأصل فلا يصبح مديوناً للمستفيد؛ لأن فروع البنك جميعاً وكلاء له فلا ذمة لهم في مقابل الأصل، وان لم يكن له فرع ممثل في الخارج فعليه تزويده بالحوالة على بنك آخر فإذا أحاله عليه أصبح البنك مديناً للمستفيد بموجب الحوالة، فإذا سدد دينه في الخارج قيّد المبلغ المسدد في حساب البنك المحوّل، هذا اذا كان للبنك المحوّل رصيد مالي عنده، واما اذا لم يكن فهو من الحوالة على البريء فإن قبلها صحت وأصبح مديناً للمستفيد و الا بطلت.

نعم له ان يطالب عمولة لقاء قبوله الحوالة ولا مانع شرعاً من أخذها لقاء ذلك؛ لأن المال المأخوذ إنما هو بإزاء قبول الدين لا على الدين، والممنوع هو الثاني لأنه ربا دون الأول.

وأما اذا لم يشترط المستفيد على البنك الحوالة على بلد آخر في ضمن البيع، فلا يجب على البنك قبول الحوالة منه مجاناً وله ان يتقاضى منه عمولة في هذا التحويل لقاء قبوله بالدفع في مكان آخر.

الثالث: ان يقوم البنك بموجب طلب المستفيد من البنك بتزويده بالحوالة بعملة أجنبية في دولة أخرى، يريد المستفيد ان يستورد منها او يسافر اليها بسبب أو آخر أو غير ذلك، فإذا وافق البنك بتنفيذ طلب المستفيد زوده بالحوالة بها هناك، أصبح المستفيد مديناً للبنك بعملة أجنبية، والبنك مديناً له بعملة محلية، فلذلك لا يسقط الدينان بالتهاتر؛ لعدم التماثل بينهما، ولكن بإمكان كل منهما اسقاط ما له على ذمة الآخر غايته اذا كانت مالية أحدهما أزيد من الآخر طولب بالزائد.

ولا مانع من هذه الحوالة شرعاً سواءً أكانت على فرع له هناك أم كانت على بنك آخر على التفصيل المتقدم، ويمكن للبنك حينئذٍ ان يتقاضى عمولة من المستفيد لقاء قبوله الحوالة هناك، على أساس انه لا يجب عليه تسديد الدين في غير مكان وقوع عقد القرض، مالم يشترط ذلك في عقد ما، ويمكن تخريج أخذ العمولة فقهيّاً بأحد وجوه:

الأول: ان يكون ذلك من باب الجعالة، فالدائن يقول للبنك إذا سددت قيمة الشيك بعملة اجنبية من خارج البلد فلك كذا مبلغاً من المال، فإذا قام البنك بالعملة وسدد قيمته بها في الخارج استحق الجعل.

الثاني: ان يكون ذلك بعقد الإجارة، بأن يقوم المستفيد بإستئجار البنك على القيام بهذا العمل وهو تزويده بالحوالة على خارج البلد بعملة أجنبية لقاء أجره محددة، فإذا قبل ذلك وتحقق العقد بينهما إستحق البنك الأجرة.

الثالث: ان يكون ذلك من باب أجره المثل التي يتقاضاها للقيام بمثل هذا العمل بدون تحديدها بعقد الجعالة أو الإجارة.

الحوالات البنكية:

المدين لشخص بمبلغ من المال وذلك الشخص أما موجود في بلد آخر ويريد التحويل عليه لتفريغ ذمة أو يكون في نفس بلد المدين ويريد التحويل عليه، فعلى الأول يصطلح على التحويل الخارجي وعلى الثاني يصطلح عليه بالتحويل الداخلي و في كلتا الحالتين اذا قام البنك بالتحويل فهو يأخذ عمولة على ذلك، وللحوالات أشكال فالحوالات الداخلية لها خمسة اشكال:

الشكل الأول: الشخص الدائن قد يكون في مدينة أخرى من نفس الدولة أو يعيش في نفس المدينة، ولبعد المسافة بينهما يدفع المدين المال الى البنك القريب ليدفعه الى الدائن وكلاهما مصداق للحوالة الداخلية، غاية الأمر ان يفترض ان المحول لديه رصيد لدى البنك ويأمره بتحويل مقدار من رصيده الى الدائن وأخرى ان لا رصيد له في البنك بل يذهب الى البنك بالمال ويطلب منه تحويله الى الدائن، وفي كليهما يأخذ البنك مقدارا من المال عمولة على هذا التحويل.

وحيثنذ يُسأل عن حقيقة هذه الحوالة وما هو تكييفها الفقهي، وعن حكم العمولة المأخوذ شرعاً.

والجواب: انه ذكر أربعة تخريجات لحقيقة العملية المذكورة:

التخريج الأول: ان يكون ذلك مصداقاً للحوالة حقيقة، فالشخص المدين يحوّل الشخص الدائن على البنك الأول وبذلك يكون البنك مشغول الذمة للدائن الموجود في مكان آخر، وبعد ان اصبح البنك الأول مشغول الذمة للدائن فيحيله على البنك الثاني الموجود في مكان الدائن وعلى هذا تكون هنا حوالتان لا حوالة واحدة، الأولى يفترض فيها ان المحيّل هو الشخص الأول -المدين- والمحال هو الشخص الثاني -الدائن- والمحال عليه هو البنك الأول، وفي الثانية يفترض أن المحيل هو البنك الأول، والمحال هو الشخص الثاني -الدائن- والمحال عليه هو البنك الثاني.

وعليه تكون أخذ العمولة واضحاً، فإن البنك الأول وان كان مشغول الذمة للشخص الأول - المدين- ولكنه ملزم بالدفع في البلد الذي تم فيه القرض، وأما الدفع في بلد آخر فليس ملزماً له، ومعه يكون أخذ العمولة في مقابل تنازله عن الإمتناع من التسليم في غير عملية القرض وهكذا يقال ايضاً ان البنك الأول الذي يأخذ العمولة هو مدين ولا محذور في ان يأخذ المدين الفائدة، وانما المحذور في أخذ الدائن لها ولا محذور في ان يأخذ المدين الفائدة، وانما المحذور في أخذ الدائن لها، هذا كله لو فرض ان للشخص -المدين- رصيماً في البنك أو قرض أنه سلّم للبنك مقدار ما يريد تحوبله.

ولو فرض إنعدام كلا الأمرين، فقد يستشكل في أخذ العمولة لأنها ستكون فائدة على القرض بإعتبار ان البنك الأول يقرض الشخص الأول ويأخذ الفائدة والعمولة على القرض.

وجوابه ان الشخص الأول يحيل على البنك الأول وهو برىء الذمة، فله حق رفض الحوالة، وفي مقابل تنازله عن هذا الحق يأخذ العمولة فهي تكون في مقابل قبوله الحوالة، وإشتغال ذمة البنك للشخص الثاني -الدائن- ومع فرض براءة ذمة الأول، وهذه خدمة عقلائية تكون العمولة في مقابلها.

أو ان البنك الأول حيث أقرض الشخص الأول ولكنه ليس ملزماً بدفع المال في بلد الشخص الثاني، بل ملزم بالدفع في بلد الذي تم فيه القرض وهو بلد الشخص الأول، والعمولة تكون في مقابل الإمتناع عن التسليم في بلد الثاني.

التخريج الثاني: ان البنك الأول يحيل دائنه - الشخص الأول على البنك الثاني، فيصبح البنك الثاني مدينًا للشخص الأول ثم يحيل الشخص الأول دائنه - الشخص الثاني - على مدينه الجديد وهو البنك الثاني، وكلاهما مصداق للحوالة ايضاً كالسابق.

وأما وجه جواز أخذ العمولة من قبل البنك الأول الذي هو مدين للشخص الأول إلا أنه غير ملزم بالتسليم في آخر بل ملزم بالتسليم في مكان الأول الذي تم فيه القرض والإيداع، وأما الدفع في مكان آخر - الثاني - فهو غير ملزم به و يكون مقدار العمولة هو في مقابل التنازل عن هذا الحق المذكور.

التخريج الثالث: أن يكون ذلك من باب إستيفاء الحق فالشخص الأول - المدين - حينما يضع أمواله في البنك الأول يكون هناك تعاقد على لزوم التسليم بعد ذلك أما اليه - المدين - أو الى من يأمر البنك بالدفع اليه، فإذا قال المدين للبنك إُدفع الى الدائن الشخص - الثاني - كذا مبلغاً من المال، فهو أمر بالعمل وفق ما تباينا عليه،

أي طلب لإستيفاء الحق من خلال الدفع الى من يأمره بالدفع اليه، فالعملية هي إستيفاء حق لا أكثر.

وأما وجه أخذ العمولة فهو واضح بإعتبار أن البنك الأول ملزم بالتسليم والإرجاع متى ما أراد المودع ولكن ذلك في المكان الأول، وأما إذا كان في المكان الثاني فلم يتباينا عليه مجاناً فيكون أخذ العمولة في مقابل التنازل عن الحق المذكور.

التخريج الرابع: أن يكون ذلك من مصاديق الأمر بالإتلاف فالشخص الأول حين طلبه من البنك الأول دفع مقدار من المال للشخص الثاني فذلك يعني الأمر بالإتلاف وهو من موجبات الضمان بالسيرة العقلائية فيصير الشخص الأول ضامناً للبنك الأول بمقدار ما أتلفه من أمواله الموجودة في المكان الثاني، وبذلك يصبح كل منهما أي الشخص الأمر والبنك مديناً للآخر ويقع التهاثر. فيما إذا كان للشخص الأول رصيد في البنك وهو سبب كون البنك مديناً للشخص الأول وسبب الامر بالإتلاف يصبح الشخص الأول مديناً للبنك الأول ويقع التهاثر بين الدينين.

أو يقال لا حاجة للتهاثر والمقاصة القهرية بل أنه نفس طلب الدفع الى الشخص الثاني يدل عرفاً على إذن الشخص الأول للبنك الأول بسحب ما يعادل ذلك من رصيده.

أما وجه جواز أخذ العمولة فواضح، بإعتبار ان الشخص الأول قد طلب من البنك الأول إتلاف مقدار من ماله في مكان آخر وليس في نفس البلد، وهذا التصدي للإتلاف في مكان آخر، هو عمل وخدمة عقلائية يستحق عليها العمولة، فأخذ العمولة ليس على نفس المال المتلف ليلزم محذور الربا بل في مقابل الإتلاف في مكان آخر غير بلد الأمر.

هذه هي التخريجات الأربعة للشكل الأول.

الشكل الثاني: هو خلاف لما إفترضناه في الشكل الأول. بأن يفترض أن الشخص الأول يملك في ذمة الشخص الثاني المتواجد في المكان الثاني - مقداراً من المال ويريد إستلام ذلك المقدار في نفس مكانه، فيذهب الأول الى البنك الموجود في مكانه ويطلب منه أن يسلمه مائة دينار على أن يستلم الفرع الموجود في المكان الثاني المائة من الشخص الثاني، فيقول البنك الأول للشخص الأول نعم أنا أدفع لك بشرط دفع مقدار من المال، فهل هذا جائز أم لا؟

حكم الشيخ حسين الحلبي (قده) بعدم الجواز بإعتبار أن مرجع ذلك الى الإقراض فالبنك الأول يقرض الشخص الأول مقدار المائة وما دام ذلك قرضاً فالعمولة تكون على القرض وبذلك يلزم الربا^(١)

فيما ذهب الخوئي وآخرون الى الجواز، فإن البنك المقرض يستطيع ان يقول للشخص الأول اني أقرضك المائة في المكان الأول فعليك أن تسلمني القرض في نفس المكان وأنا لا أتنازل عن حقي هذا ولا يقبل الوفاء في المكان الثاني إلا بإزاء عمولة معينة، فأخذها ليس لأجل نفس القرض حتى يلزم محذور الربا المحرم^(٢) بل في مقابل التنازل عن حق الوفاء وفي المكان الأول ومعه لا يلزم محذور الربا المحرم.

وأنكر السيد السيستاني (حفظه الله) ذلك بدعوى ان البنك وان جاز له أن يتنازل عن حقه بإزاء عمولة معينة ولكن حقه إنما يحدث بعد ان يتم العقد، أما إذا أراد الطرفان إجراء العقد، وهو بعد لم يتم فالحق لم يتولد بعد، أي حق الوفاء بالمكان الأول

(١) بحوث فقهية ص ١١٥ تقريرات بحث الشيخ حسين الحلبي
(٢) منهاج الصالحين ج ١ ص ٤١٣ مستحدثات المسائل - الخوئي

لا يتولد الا بعد تمامية العقد، واما قبله فلا حق لتكون العمولة في مقابل التنازل عن الحق.

نعم بعد فرض تمامية القرض، وبعده طلب الشخص الأول من البنك ان يكون الوفاء في المكان الثاني جاز آنذاك المطالبة بالعمولة كما هو الحال فيما لو كان للشخص رصيد بالبنك فإنه لا يلزم على البنك الوفاء في المكان الثاني. فإذا طلب منه صاحب الرصيد بعد ذلك ان يكون الوفاء في المكان الثاني فمن حق البنك المطالبة بالعمولة؛ لن حقه في كون الوفاء في البنك الأول لا الثاني قد تحقق بوضع الرصيد في البنك فإذا أُريد بعد ذلك ان يكون الوفاء في البنك الثاني، فتجوز المطالبة بالعمولة إزاء التنازل عن هذا الحق، وهذا بخلافه في محل كلامنا فإن الشخص الأول حينما يذهب الى البنك ويقول له، إُدفع لي مائة بعنوان القرض، فلا معنى لأن يقول البنك إني أريد الوفاء في هذا المكان ولا أتنازل عن حقي هذا إلا بإزاء عمولة معينة، فإن هذا لا معنى له إذ الحق المذكور يتولد بعد ذلك — بعد تمامية عقد القرض— هذا ما يظهر من كلامه.(١)

وأجاب البعض ان الشخص الأول حينما يذهب الى البنك ويقول له إُدفع لي مائة، فهل يتمكن البنك أن يقول له: أُدفع لك مائة لكن بشرط أن تسلمني هنا؟ نعم لا إشكال فيه، وما دام جائزاً فيمكن للشخص الأول أن يقول للبنك، تنازل عن شرطك هذا، وهو شرط مباح، في مقابل أُدفع لك عمولة ولا إشكال في أخذ العمولة في مقابل التنازل عن إشتراط الوفاء في نفس المكان.

(١) منهاج الصالحين ج ١ ص ٤٣٥ المسائل المستحدثة م ٢٠

أقول: وهذا نفس جواب الخوئي، غاية الفرق ان شرط التسليم في المكان هو من ضمن مقتضى العقد - القرض - فلا حاجة الى اشتراط آخر كما فرضه المجيب.
كما أن الشرط لا يجعل العقد متحققاً وتاماً الى بعد إيقاعه وعليه يبقى إشكال السيد السيستاني لم يحل.

ان المطالبة بالتنازل يعني تحقق العقد خارجاً والا لا معنى للتنازل عن شيء لم يحصل وان المطالبة بالتنازل يكون بنحو الشرط المتأخر لأيقاع العقد وانه بمجرد إقراض البنك للشخص يحقق الحق فيطالب بالتنازل عنه وانه لا معنى للمطالبة بالتنازل مالم يتحقق العقد.

الشكل الثالث: هو كالشكل الأول بإفترض أن الشخص الأول يريد تحويل مبلغ من المال الى الشخص الثاني ولكن من دون ان يكون مشغول الذمة للثاني، فهنا لا شغل للذمة في البين، بل يريد الأول أن يقدم مبلغاً من المال للثاني تبرعاً، وفي هذه الحالة لا تأتي تمام التخريجات الأربعة السابقة في الشكل الأول.

وجوابه: عدم إمكان التخريجين الأول والثاني الراجعين الى الحوالة ولا يمكن تطبيقها في هذا الشكل - هنا - لأن تطبيق فكرة الحوالة تحتاج الى إفتراض إشتغال الذمة، وهنا لم تشتغل ذمة الأول للثاني، ولا الثاني للأول فالتخريج الأول لا يمكن تطبيقه لأننا إفترضنا فيه ان الشخص الأول يحيل الشخص الثاني على البنك الأول والبنك الأول يحيل الشخص الثاني على البنك الثاني، وفي المقام لا معنى للإحالة بعد فرض كون الشخص الأول غير مشغول الذمة للثاني، فإن المحال عليه وإن جاز أن

يكون برىء الذمة إلا ان المحال يلزم أن يكون دائناً والمحيل مشغول الذمة له ، وهنا المحيل ليس مديناً للمحال ولا المحال دائناً للمحيل.

وكذلك التخريج الثاني: الذي إفترضنا فيه إحالة البنك الأول للشخص الأول - وهو دائن البنك الأول- على البنك الثاني ، فيصبح البنك الثاني مشغول الذمة للشخص الأول، ثم يحيل الشخص الأول الشخص الثاني على البنك الثاني وحيث ان الشخص الثاني -المحال- ليس دائناً فيما نحن فيه للشخص الأول -المحيل- فلا معنى للحوالة فالتخريجان الأولان لا يمكن تطبيقهما هنا.

نعم يمكن تطبيق التخريجات الثالث والرابع ، ففي الثالث كنا نفترض ان المورد من موارد إستيفاء الحق ، وهذا يمكن فرضه هنا فإن الشخص الأول له رصيد في البنك ويريد أن يستوفي حقه من البنك الأول من خلال الدفع الى من يأمره بالدفع اليه - الشخص الثاني- في المكان الثاني ويمكن للبنك المطالبة بالعمولة بإعتبار أنه غير ملزم بالدفع في المكان الثاني فيأخذها في مقابل التنازل عن حقه.

كما ويمكن تطبيق التخريج الرابع -الأمر بالإتلاف- فالشخص الأول يأمر البنك الأول بدفع مقدار من المال الى الشخص الثاني ، الذي هو عبارة عن طلب إتلاف مقدار من ماله ، والبنك الأول بقيامه بإتلاف ماله في المكان الآخر يكون قد قدّم خدمة للشخص الأول، فيصح له أن يطالب بالعمولة في مقابل الإتلاف في المكان الثاني - وهذه خدمة كما قلنا.

وقال بعض المعاصرين ، له ان يطالب بشيئين ، بمقدار ما اتلفه وهو مثلاً مائة وبالعمولة في مقابل الإتلاف في المكان الثاني.

والسؤال لِمَ يطالبه بمقدار ما اتلفه، فهو اتلف مال الشخص الأول لفرض أنه له رصيد في البنك، لا مال نفس البنك بأمر من الشخص الأول ليطالبه به كونه ضامن له بأمره؟ ... فلا يفهم وجه المطالبة بالمال؟!!

الشكل الرابع: ان الشخص يقترض من البنك مالاً ولكنه يريد إستلامه في مكان آخر -مكان ثاني لنفسه- وإنما يقترض من البنك إذ لا رصيد له في البنك، ومع الرصيد فهو الشكل الخامس الآتي.

والسؤال عن العمولة فهل تسوغ للبنك ام لا؟

والجواب ان الإستلام للمال المقترض إذا كان في نفس المكان الأول فأخذ العمولة غير جائز، لأنها ستكون عمولة على القرض نفسه، وأما مع إرادة المقترض الإستلام في المكان الثاني، فيتمكن البنك بالمطالبة بالعمولة، لأنه مقتضى عقد القرض ان يكون التسليم والإستلام في نفس مكان القرض، لا في مكان آخر، واما لو كان التسليم في مكان آخر فهو غير لازم فيجوز أخذ العمولة عليه.

الشكل الخامس: شخص يملك رصيماً في البنك أو يدفع له مبلغاً من النقد ويطلب منه تسليمه له في المكان الثاني.

وهل تجوز العمولة على مثل ذلك؟

نعم يجوز ذلك لأن الشخص حينما يدفع المال الى البنك في المكان الأول فهو يدفعه بعنوان القرض ولا عنوان آخر في البين، وبذلك يصير البنك مديناً ومقترضاً، وأخذ المدين للفائدة أمر لا بأس به، وإنما البأس في أخذ الدائن لها،

على ان المدين ليس ملزماً بالدفع في مكان آخر، وحينئذٍ يجوز المطالبة بالعمولة لو أراد الدائن إلزامه بالدفع اليه في مكان آخر وعليه لا محذور في أخذ العمولة لهذين الأمرين.

قد يقال كما قيل: ان الشخص بدفعه المال الى البنك يصير مقرضاً، فإذا طالب بالأداء في المكان الثاني، فذاك شرط في صالح الدائن وفائدة له فتكون محرمة لكونها مصداقاً للقرض الذي جر نفعاً.

فإنه يقال: هذا صحيح لولا الدليل الخاص الدال على الجواز فقد ورد في بعض الروايات أن المقرض يجوز له إشتراط التسليم في مكان آخر كما في صحيحة يعقوب بن شعيب عن ابي عبد الله (عليه السلام) الرجل يُسلفُ الرجل الورق على أن ينقده إياها بأرض أخرى وإشتراط ذلك؟ قال: لا بأس (١)

والمراد بقوله يُسلف يُقرض كما جاء في لسان العرب (٢)

وهي وان كانت واردة في الإشتراط المجاني، ولكنها تدل على الجواز مع أخذ المدين للعمولة بالأولوية^(٣)

(١) الوسائل ب ١٤ أبواب الصرف ح ٦

(٢) لسان العرب مادة سلف

(٣) فقه البنوك ذكر الإشكال والتكبيفات ص ٢٦٦- ٢٧٧

الحوالة الخارجية

حيث تفترض الحوالة خارج البلد ونفس ما سبق من الأشكال الخمسة مع فارق واحد وهو أنه هنا تكون العملة خارج البلد مغايرة للعملة الداخلية في الدولة الأولى فالشخص بالعراق يدفع في داخلة بالعملة العراقية -الدينار- ليسلم اليه أو الى شخص آخر ما يعادل ذلك من العملة الخارجية لبلد التسليم.

فما هو التكييف الفقهي لدفع عملة وإستلام أخرى؟

والجواب: قد يفسر ذلك على أساس البيع، فإن الشخص الدافع الى البنك عملة داخلية يشتري منه ما يعادلها عملة أجنبية خارجية وطلب الإستلام في بلد ثاني فيجوز للبنك المطالبة بالعمولة على ذلك.

ويمكن أن لا يدخل فرض العمولة في البين ولا يؤخذ مقدارها بعنوانه بعين الإعتبار، بل ينقص مقدار العملة الثانية بما يعادل مقدار العمولة، بناءً على أن النقود أمور مختلفة كما هو المتعارف هكذا يفترض.

أو يفترض أن الدافع للعملة الداخلية لا يشتري عملة خارجية، بل يبقى حقه هو العملة الداخلية، ولكن يطلب من الطرف الثاني أن يكون وفاء القرض بغير الجنس حيث هو امر جائز ومعقول فمن كان في ذمة الغير دينار مثلاً يمكن ان يتفق الطرفان على الوفاء بما يعادل ذلك من غير الدينار، ويكون ذلك من باب وفاء الدين بغير جنسه، غاية الأمر يؤخذ مقدار من العمولة لأن الوفاء يقع في بلد آخر. والطرف غير ملزم به فتجوز المطالبة بالعمولة.

أو يفترض أن الوفاء يكون بغير الجنس، فمن حق الطرف الآخر رفض ذلك الا بإزاء مقدار من المال كعمولة.

هذا ويمكن بيان بعض طرق تسديد الدين والوفاء به في بلد آخر.

الطريق الأول: ان العميل المدين المستفيد في الخارج يقوم ببيع ماله في ذمة البنك من العملة الداخلية بعد قبضها منه اصاله أو وكالة عليه بالعملة الأجنبية، فيصبح البنك مديناً لعميله بالعملة الأجنبية ثم يأمر العميل البنك بالحوالة فيقوم البنك بها فأحاله على فرع من فروع في الخارج الممثل له، ولكن هذا لا يكون حوالة بالمعنى الفقهي بإعتبار انه ليس للفرع ذمة أخرى في مقابل ذمة الأصل ليحال عليه، وأما إذا لم يكن له فرع فيحيله على بنك آخر هناك، وهذا حوالة بالمعنى الفقهي إذ بها ينتقل الدين من ذمة البنك المحول الى ذمة البنك المحول عليه، فيصبح البنك المحول عليه بموجب هذه الحوالة مديناً لعميل الأمر، وحينئذٍ فيإمكانه -العميل- أن يحيل دائئه المستفيد على البنك المحول عليه، وهذا حوالة ثانية وبموجبها يصبح البنك المحول عليه مديناً للمستفيد وتبرأ ذمة العميل منه، هذا إذا كان البنك المحول عليه مديناً للبنك المحول، والا فالحوالة حينئذٍ مشروطة بقبول البنك المحول عليه لأنها حوالة على البريء.

وهل للبنك أن يأخذ عمولة لقاء قيامه بالحوالة أو لا؟

وجوابه نعم: فإن ذلك له على أساس مدين للعميل وأخذه الفائدة لا بأس بها، وإنه غير ملزم بحوالة الدائن في بلد آخر فله ان يطالب بعمولة لقاء تنازله عن هذا الحق وقبوله الحوالة.

والطريق فيه بيع وحوالتين.

اما البيع، بين العميل والبنك الداخلي بيع للعملة الداخلية من العميل بعد قبضها من البنك عليه بالعملة الأجنبية، فيصبح البنك مديناً لعمليه بالعملة الأجنبية. أما الحوالة الأولى: حيث يأمر العميل البنك بالحوالة، على بنك آخر في البلد الثاني، فتصبح ذمة البنك المحول عليه مديناً للعميل بدلاً من البنك المحول، هذا إذا لم يكن للبنك المحول فرع هناك ومع وجوده وإحالاته عليه فليست حوالة بالمعنى الفقهي اذ لا ذمة للفرع في مقابل ذمة الأصل.

والحوالة الثانية: ان يحيل العميل الدائن المستفيد على البنك المحول عليه، ويكون البنك المحول عليه مديناً للمستفيد وتبرأ ذمة العميل عنه، هذا اذا كان البنك المحول عليه مديناً للبنك المحول، والا كانت من الحوالة على البريء يشترط فيها القبول من قبل المحول عليه.

الطريق الثاني: العميل بعد عملية بيع العملة الداخلية بالعملة الأجنبية مع البنك، يطلب منه ان يدفع العملة الأجنبية للمستفيد بواسطة أحد فروعها هناك أو بنك آخر، فإذا قام البنك بإتمام العملية، برأت ذمة العميل من المستفيد وذمة البنك من العميل، وإشتغلت ذمة البنك الأمر للبنك المأمور، هذا إذا لم يكن للبنك الآخر رصيد مالي عند البنك المأمور وإلا فهو يدفع من رصيده وحينئذ لا ضمان.

وللبنك الأمر أخذ العمولة، إذ لا يجب عليه التسديد في بلد آخر غير بلد القرض، وله حق الإمتناع عن ذلك وعدم القبول بدون عمولة.

الطريق الثالث: الشخص المدين يصدر خطاباً الى البنك المدين له مباشرة متضمناً الأمر بدفع قيمة الدين بعملة اجنبية لدائنه المستفيد في بلد كالهند مثلاً المقيم فيه بواسطة ممثله هناك ان كان والا فبواسطة بنك آخر، فإذا قبل البنك ذلك وقام بالعملية فأدى الى وصول الدين للمستفيد هناك بأحد الطريقتين، اصبح الشخص العميل مديناً للبنك بعملة أجنبية والبنك مدين للعميل بعملة محلية وحيث لا مماثلة بين الدينين فلا يسقطان بالتهاتر.

نعم بإمكان كلاً منهما إسقاط ما في ذمة الآخر، إلا إذا كانت قيمة أحدهما أزيد من قيمة الآخر فيطالب بالزائد هذا من ناحية، وإذا كان للبنك فرع في بلد المستفيد وأمره بدفع دين المستفيد هناك بعملة أجنبية - من ناحية أخرى - فدفعه، لم يضمن البنك ما دفعه لما مر من ان فرضه ممثلاً له ووكيل عنه فدفعه دفع البنك لا دفع جديد في مقابل دفعه، وأما اذا لم يكن له فرع هناك، فله ان يتصل ببنك آخر ويأمره بدفع دين المستفيد هناك، فإذا دفعه ضمن البنك الآخر ما دفعه البنك المأمور هناك، والا فهو يدفعه من رصيده وحينئذٍ فلا ضمان.

وهل للبنك الآخر ان يأخذ عمولة لقاء قيامه بهذه العملية شرعاً أم لا؟
والصحيح نعم يمكن ذلك، لأنه غير ملزم بدفع قيمة الدين بعملة أجنبية ولا ببلد أخرى غير بلده، القرض.

وهل للبنك المأمور أن يأخذ عمولة أم لا؟

إذا لم يكن للبنك الآخر رصيد مالي عند البنك المأمور، ولا قرار ومعاهدة بينهما على ذلك، ان يتعاطى عمولة لقاء قبوله الأمر وتنفيذه بدفع قيمة الدين للمستفيد في بلده من ماله^(١)

أقول: ان البنك المأمور هو بريء الذمة امام البنك الأمر وقبوله لتسديد دين المستفيد بالعملة الأجنبية يعني قبوله حوالة البنك الأمر وهنا قد يقال كما قيل، بأن أخذ الفائدة قد يكون في مقابل قبوله الحوالة وهي لباً ترجع الى اخذها بإزاء الإقراض؟ والجواب عن ذلك: ان هذا الإشكال مبني على ان يقول الحوالة هو نفس جعل الفائدة بإزاء عملية الإقراض للتفصي عن الربا لا بإزاء المال المقترض لتقع في الربا، فالحوالة هي مثل توجيهه أخذ الفائدة بإزاء عملية الإقراض وهو لا ماهية له سوى نفس المال المقترض، وعليه فالعوض لباً لا يكون بإزاء الإقراض بل بإزاء المال المقترض وهو الربا.

وحيث إن يكون الجواب: وان ما نحن فيه مقدار مغاير لحيلة بدل الفائدة مقابل عملية الإقراض، لأنه في مقامنا ليس مجرد إقراض بل هو إقراض مع حوالة - التي تعني التزام بنوع من الضمان مع طرف آخر ثم بعد ذلك يرجع البنك المأمور الى البنك الأمر بالضمان، يعني يرجع المحال عليه على المحيل، ففي الحوالة نحو من الإلتزام والعهدة غير الإقراض وهو عمل له مالية مستقلة لإنطوأة على نحو من الجهد وتحمل المسؤولية والتعهد بتسليم الدين في بلد المستفيد - المضمون له - وهذا يغاير ماهية التزام القرض فيتم ما ذكر هنا.

(١) البنوك - ص ٧٤ - ٧٦ - الفياض

أما وجه الإشكال في جعل الفائدة في قبال عملية الإقراض، وان الإقراض لا ماهية له سوى نفس المال المقترض فالعوض لباً لا يكون بإزاء عملية الإقراض وانما بإزاء المال المقترض وهو زيادة ربوية.

وقد قرب الشهيد الصدر الأول (قده) ذلك بالقول ان في القرض عنصران:

الأول: المال المقترض من الدائن للمدين

الثاني: نفس الإقراض بما هو عمل يصدر من المقرض.

والربا هو وضع الزيادة في مقابل المال المقترض فتصبح رباً محرماً ولكنها إذا فرضت بإزاء نفس الإقراض بما هو عمل يصدر من الدائن على أساس الجعالة تخرج بذلك عن كونها رباً؛ فالشخص الذي يريد ان يحصل على قرض يقوم بإنشاء جعالة يعين فيها جعلاً معيناً على الإقراض فيقول: من اقترضني دينار فله درهم وهذه الجعالة تُغري مالك المال فيقوم على إقراضه ويستحق عليه الجعل وليس ثمة ربا هنا لأن هذا الإستحقاق جاء بموجب عقد الجعالة لا بموجب القرض ولذا لو فرض إنكشاف بطلان الجعالة بوجه من الوجوه ينتفي بذلك إستحقاق المقرض للجعل وان كان عقد القرض ثابتاً لأن الأستحقاق نتج عن الجعالة لا عن عقد القرض، والفائدة الجعل موضوع بإزاء الجعالة المتعلقة بعمل الإقراض بما هو عمل لا بإزاء المبلغ المقترض بما هو مال ولهذا لا يسري على الجعل حكم العوضين.

ثم ذكر (قده) اشكالاً على هذا التقريب من جهتين جهة الصغرى وجهة الكبرى.

أما من جهة الصغرى: فقد فرض في هذا التقريب ان الدرهم -الجعل - موضوع

بإزاء نفس عملية الإقراض لا على المال المقترض، ولكن يمكن ان يقال بهذا الصدد ان

الإرتكاز العقلائي قائم على كون الدرهم في مقابل المال المقترض لا في مقابل نفس الإقراض وجعلة بإزاء عملية الإقراض مجرد لفظ.

وعليه فلا تتصور الجعالة في ذلك لأنها فرض شيء على عمل لا على مال وبعد ارجاع الدرهم في محل الكلام بالإرتكاز العقلائي الى كونه مجعولاً في مقابل المال لا تكون هناك جعالة بل يكون الدرهم ربوياً لأنه زيادة على المال المقترض.

وأما من جهة الكبرى: فلو فرضنا ان المتعاملين الدائن والمدين تحرراً من ذلك الإرتكاز العقلائي وابتعدا من الإرتكازات العرفية ولم يمشيا عليه وقصدا بجد الجعالة في مقابل الإقراض وركزا على قصدهما ارتكازاً آخر غير الإرتكاز العقلائي فيبدو إشكال آخر في تلك الجعالة وهو يحتاج الى مقدمة في ماهيته الجعالة وحقيقتها، وفي ملاك استحقاق الجعل المحدد في الجعالة، فهناك قول بأن إستحقاق الجعل المحدد فيها ليس في الحقيقة الا بملاك ضمان عمل الغير بأمره به لا على وجه التبرع، فحين تأمر الخياط بأن يخيط لك الثوب فيمثل لأمرك فتضمن له قيمة عمله وتشتغل ذمتك بأجر المثل.

وهذا نحو من ضمان الغرامة في الأعمال على حد ضمان الغرامة في الأموال وبإمكانك أن تحول في هذه الحالة اجرة المثل منذ البدء الى مقدار محدد فتقول: من خاط الثوب فله درهم أو إذا خطت الثوب فلك درهم، فيكون الضمان بمقدار ما حدد في هذا الجعل ويسمى هذا جعالة فالجعالة بحسب الإرتكاز العقلائي تنحل الى جزئين:

أحدهما: الأمر العام أو الخاص بالعمل - الخياطة مثلاً -

والآخر: تعيين مبلغ معين بإزاء ذلك.

والأول: هو ملاك الضمان، والضمان هنا من قبيل ضمان الغرامة لا الضمان المعاضي.

والجزء الثاني: يحدد قيمة العمل المضمونة بضمان الغرامة حيث ان أجره المثل في الأصل في الضمان مالم يحصل الاتفاق على الضمان بغيرها.

وإذا عرفت هذه المقدمة فيترتب عليها ان الجعالة لا تتصور الا على عمل تكون له اجرة المثل في نفسه وقابل للضمان بالأمر به كالخياطة والحلاقة.

واما ما لا ضمان له في نفسه فلا تشمله ادلة ضمان الغرامة فلا تصح الجعالة بشأنه لأن فرض الجعل في الجعالة ليس هو الذي ينشأ اصل الضمان وإنما يحدد مقداره، وعلى هذا الأساس لا تصح الجعالة على الإقراض بما هو عمل؛ لأن مالية الإقراض في نظر العقلاء انما هي مالية المال المقترض وليس لنفس العمل بما هو مالية زائدة، ومع فرض كون مالية المال المقترض مضمونة بالقرض فلا يتصور عقلاً ضمان آخر لمالية نفس عملية الإقراض.

وبعبارة واضحة: ليس عندنا في نظر العقلاء الا مالية واحدة هي مالية المال المقترض وتضاف الى نفس عملية الإقراض بإعتبار ذلك المال فليس هناك الا ضمان غرامة واحد ولا يتصور في الإرتكاز العقلائي ضمانان من ضمانات الغرامة، أحدهما للعمل والآخر للمال المقترض.

والمفروض ان المال المقترض مضمون بعقد القرض والضمان الحاصل بعقد القرض هو من نوع ضمان الغرامة وليس ضماناً معاضياً ومعه فلا مجال لفرض ضمان غرامة آخر لنفس عملية الإقراض.

وبناءً على ذلك لا تصح الجعالة على الإقراض لأن الجعالة دائماً تقع في طول شمول أدلة ضمان الغرامة للعمل المفروض له الجعل ففي المورد لا تشملها أدلة ضمان الغرامة ولا يكون العمل فيه مضموناً بالأمر على الأمر لا تصح فيه الجعالة^(١) وهنا إشكال آخر وهو:

ان هذا الوجه نظير ما ذكره الفقهاء في بحث الميتة والعذرة للتخلص من سحتية ثمن الميتة أو العذرة بأن العوض لا يبذل بإزاء الميتة أو العذرة لأنه سُحت؛ بل يبذل بإزاء حق الإختصاص ورفع اليد، ولكن المالية المبذولة بإزاء حق الإختصاص هي عين المالية المبذولة بإزاء الميتة أو العذرة، فكيف بتحايل ويلتفّ على القانون مع أنه في الواقع فيه نفس محذور سحتية الثمن بإعتبار ان المالية أتت من المنافع والفرض ان المالية للعين ايضاً تأتي بلحاظ منافعها، فإذا كانت المالية الآتية من المنافع بإزاء العين هي أيضاً مالية حق الإختصاص ففي الواقع هو تغيير اسم وألغاف وليس تغييراً واقعياً في نفس مالية الشيء.

وما أجب عن الإشكالات وما يمكن الجواب عنها أمور:

الأمر الأول: ما ذكره السيد الأستاذ (قده) الشهيد بأن الإقراض من قبيل قضاء الحاجة والسعي في مصلحة الفرد، فإذا لم يقصد بها المجانية إستحق عليها الأجرة كائنة ما كانت^(٢) وقد سجل إعتراضاً على ذلك بأن المتعاملين لم يقصدوا الجعالة ولا جعل الفائدة على عملية الإقراض.

(١) البنك اللاربوي ص ١٦٤-١٦٨ - طبعة بيروت عن فقه الحيل الشرعية - السند
(٢) ما وراء الفقه ص ٢٧ - الشهيد الصدر

الامر الثاني : ما ذكره بعض المعاصرين : حيث منع الإشكال الصغروي والوجه في ذلك انه يشاهد لدى العرف إن كثيراً ما لأجل ان يرغب شخص شخصاً آخر في الإقدام على تلك المعاملة، يبذل له هدية مشروطة وذلك الشرط هو إقدامه على تلك المعاملة المقصودة، فلأجل ترغيبه للطرف المقابل بالإقدام على إنشاء معاملة خاصة يبذل له مالاً. فإن العرف يبذلون لأجل ان ينشئ الطرف الآخر شيئاً أو يقدم على إنشاء شيء ولذلك نرى بعض الأحكام التكليفية في المعاملات وردت لتحریم أو تحليل نفس الإنشاء لا المنشأ.

وذكر الانصاري (قده) في تنبيهات المعاطاة ان طبيعة المعاملات هي جعل عوض قبال شيء آخر، وهناك معاملات تسمى معاملة فوقانية، وفيها يكون الطرفان أو أحدهما معاملة كالمصالحة، على هبة مقابل هبة أخرى. وما نحن فيه من هذا القبيل ايضاً، هي جعالة فيها عوض مقابل إنشاء القرض ولا ضير فيه.

وفيه ان هذا مجرد تصور في مسألتنا لا واقع له، وان المال المدفوع بالجعالة هو بإزاء القرض لباً لا بإزاء عملية الإقراض، والأخير لا يلتفت اليه بأجرة ليكون مقصوداً بالجعالة وإنما المقصود هو القرض وعليه يكون دفع الفائدة في مقابله لا في مقابل الإقراض.

على أن هذا التصور دقي وليس بعرفي والمعاملات من العرفيات لا من الدقيات.

الأمر الثالث: ما ذكره أيضاً البعض ويتعلق بالإشكال الكبروي حيث قال: وفيه انه لا شاهد على ان الضمان في الجعالة غرامي ويسبب الإتلاف بل يحتمل ان يكون من باب المعاوضة، وذلك لأن مالية الأشياء على نمطين، طبيعية، وقانونية.

لأن بعض الأشياء يبذل بأزائه المال لإحتوائه على صفات ذاتية و منافع تكوينية كالدار فإنها بطبيعتها يرغب فيها العقلاء، فماليتها طبيعية وكذا مالية أكثر الأشياء. وبعضها يتصف بالمالية بسبب القانون كالوثائق والسجلات فإن منافعها ليست تكوينية طبيعية بل لا يرغب فيها لولا القانون والجعل.

وكذلك الحقوق الشرعية فمالية بعضها طبيعية وأخرى قانونية، بمعنى ان ماليتها قد جاءت من ناحية طبيعة العين أو الشيء الذي تعلق به الحق والمنافع التي تعلق الحق بها وبعض الحقوق ماليتها ليست بطبيعية وإنما هي بسبب القانون. وهذه المالية القانونية ايضاً على قسمين.

قسم منها ماليتها تنجزية فإذا أتلفه متلف يكون ضامناً لماليتها، وقسم منها تعليقية فلا يكون ضامناً لماليتها إذا اتلفت قبل التعاقد عليه.

فإن بعض الوثائق إذا أتلفها متلف لا يكون ضامناً لماليتها وان كان حرم صاحبها من فوائد قانونية مثل (الصك) فإن ماليتها قانونية تقديرية ولا يكون الضمان لنفس الشيء وإنما الضمان لأمر آخر هو تلف اصل المال بسبب إتلاف الصك، وأما اذا لم يسبب إتلاف الصك تلف المال الأصلي فلا ضمان في البين بسبب اتلاف نفس الصك.

إذا عرفت هذا فنقول ان الجعالة ماهيتها تقع على هذه الأقسام الثلاثة من الأموال

كلها وهذا من خصائص الجعالة؟

قاسم الطائي (٣٠١)

أما البيع والإجارة فلا يقعان على القسم الأخير من الأموال التي ماليتها تقديرية بخلاف الجعالة والصلح.

والسر في ذلك ان الإجارة هي تمليك منفعة بعوض والمنفعة أشرتت فيها المالية الطبيعية أو القانونية الفعلية، والبيع ايضاً تمليك العين بعوض وأشرتت في العين ان تكون لها المالية الفعلية.

والجعالة تقع على كل واحد من تلك الأقسام والاقراض عمل ذو مالية من القسم الأخير تقع عليه الجعالة ويندفع به الإشكال الكبرى.

وبعبارة: أن الجعالة لا تقع على المالية من القسم الأول والثاني فقط ولو كان من القسم الثالث لا تقع عليه الجعالة أم لا؟

الظاهر انه ليس يجب ان يكون منهما بل يجوز ان يكون من القسم الثالث خذ لذلك مثلاً لو أراد شخص ان يتحول وينتقل شخص آخر عن داره التي إستأجرها وينتقل الى مكان آخر، لكي ينتفع هو نفسه بتمليك الدار يجوز ان يجعل له جُعلاً للمستأجر بأن يتحول من البيت الى مكان آخر مع أن التولية والتحول ماليتها من القسم الثالث نشأت من القانون ولا تضمن بدون تعاقده.

وبالإلتفات الى ان المالية لها قسم ثالث تظهر الثمرة وهي ثمرة مهمة وهي حل لطيف شرعي لتصحيح لكثير من المعاملات العصرية ولا حاجة الى دليل شرعي لوجود هذا القسم من المالية؛ لأن المالية كما هو محرز في البيع - ليست من مخترعات الشارع بل هي من الموضوعات المخترعة عقلاً، وتكون موضوعاً لأحكام شرعية وليست بنفسها مجعولة شرعاً حتى بجعل إمضائي وإنما هي موضوعة من الموضوعات العقلية

فقه المعاملات المصرفية (٣٠٢)

التي تكون موضوعاً للآثار الشرعية، نعم يجب ان لا يكون الشيء منهيّاً عنه في الشرع، لأن النهي يعني إعدام مالية الشيء المنهي عنه.

وفي صحيحة محمد بن مسلم ما يدل على الجواز بجعل جعلاً للمستأجر ليتحول من الدار قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يرشو الرجل الرشوة على ان يتحول من منزله فيسكنه؟ قال لا بأس به^(١)

واصل الرشوة هي بذل المال مقابل العمل.

وفي القاموس: الرشوة، الجعل

فهي في الواقع نوع من الجعالة لا سيما في المقام لوجود (شرط) على ان يتحول وليس التملك مطلقاً، بل هو تملك معلق على شرط وهو مقتضى ماهية الجعالة من تعليق الجعل على إيقاعها.

والفرض أن المستأجر لم ينشئ صيغة القبول وإنما إذا أتى بالعمل فيستحق المال فهي جعالة سواء قلنا بأن الرشوة حقيقة هي الجعالة الخاصة ام أنها في هذا المقام إستعملت في الجعالة وهذا واضح.

وعليه نقول بأن الإقراض عمل نشأت ماليته من ناحية القانون فهذا الإنشاء مملك ببناء العقلاء والشارع ايضاً أمضى تلك المالية، فإذن يصح جعل الجعالة على الإقراض فيقول: من يقرضني فله كذا.

(١) الوسائل ب٨٥ ما يكتسب به ح٢- ورواه الشيخ في التهذيب عن الحسين بن سعيد عن حماد بن عيسى عن حريز عن محمد بن مسلم

فهذا الحل صحيح كبروياً ولا غبار عليه صغروباً، غاية ما في الأمر أن هذا الحل لا ينفع البنوك الربوية لأن قانون الربا عندهم هو إزدياد نسبة الربح إذا إزدادت المدة الزمنية لتسديد الدين من جانب المدين.

والجعالة لا تكون كذلك فقهيّاً مقدار معين من المال لا يزيد ولو ازداد التأخير، فزيادة المدة الزمنية للتسديد لا تؤثر في زيادة المنفعة والبنوك الربوية تريد حلولاً بديلة عن الربا بحيث توصلهم الى نتائج الربا من حيث الربح وهذا الحل ليس كذلك.

أما الإشكال الأخير الذي أورد على القائلين بعدم صحة بيع الميتة والاعيان النجسة، بل بصحة بيع حق الإختصاص فيهما، من ان مؤدى البيعين متحد.

وبيان المطلب يقع في مقامين:

الأول: في بيان المقيس عليه

الثاني: في بيان أصل القياس

أما الأول - المقيس عليه - وهو بيع حق الإختصاص تحايلاً عن بيع الميتة والأعيان النجسة- فالاشكال عليه صحيح ومتين لأن الشارع لما حرم البيع - على فرض تسليم التحريم مطلقاً- لا ان يحرم بلحاظ المنافع المحرمة كالأكل، فمعناه اسقاط الشارع مالية العين بلحاظ اسقاط مالية منافعها، وحينئذٍ فلا يعقل ان يكون الشارع اسقط مالية تلك المنافع واسقط منشئية تلك المنافع للمالية، ومع هذا نفرض ان تلك المنافع هي سبب لمالية حق الإختصاص، وهذا تدافع، لا سيما ان مالية حق الإختصاص التي تنشؤها تلك المنافع المحللة - التي اسقط الشارع على مبنى من يمنع عن بيع الميتة مطلقاً ماليتها- بقدر مالية العين فيستلزم لغوية تحريم الشارع.

والقول بأن عدم المالية ثابت للعين وللمنافع فقط، ولم يثبت للحق مجازفة ولغو؛ لأنه اذا كانت تلك المنافع تنشيء مالية بقدر المالية التي تنشؤها العين، فما الفرق بين ان نقول بأن البيع وقع على الحق او على العين؟

وما الفرق بين سنخ هذا الحق المتعلق بالعين وملكية العين؟

اذ ان حق الإختصاص انما يعتبره العقلاء في الموارد التي تكون فيها مالية الاعيان ضعيفة جداً - كالإناء المكسور أو السيارة المصدومة شديداً- فحق الإختصاص في تلك الموارد في الواقع ملكية ضعيفة وتعلق ضعيف بالعين.

اما اذا كانت المالية بقدر مالية العين والتعلق بالعين المصدومة المنافع -المنفعة- كالتعلق بالعين ذات المنفعة الكثيرة، فلا يقال حينئذٍ لهذا الحق حق الإختصاص؛ بل يقال: الملكية، ولذا مثلوا لمورد حق الإختصاص بالإناء المكسور.

فالإشكال في المقيس عليه بتلك الوجوه متين.

وأما المقام الثاني: وهو اصل القياس بأن الجعالة نوع تحايل على الربا كما في التحايل على بيع الميتة - فليس في محله- وان ذكرنا في الإشكالات المتقدمة -العامه- ان هذه الجعالة ليست حقيقتها حقيقة الربا ولا تؤدي كل آثار الربا، لما مر بأن الربح في الربا يتصاعد بإزدياد المدة وهذا ليس في الجعالة مع انه من اهم أغراض الربا فهذا الحل في نفسه صحيح قد اعتمد عليه كثيراً السيد الخوئي (قده) في مسائل البنوك^(١).

ويلاحظ عليه:

(١) فقه الحيل الشرعية ١٧٢ - ١٧٤ - السند - ذكر الإشكال الثالث وحله

أولاً: بأن الفقهاء مثلوا لحق الإختصاص في مورد بيع الخنزير والذي لا مالية له مطلقاً ولو ضعيفة لتسمى حق الإختصاص، فكيف صححوا ذلك.

ثانياً: ان ما ذكره من الحل مدعياً اعتماد الخوئي عليه ليس بصحيح لأن الجعالة فرضت على القرض (ومن اقرضني فله كذا) فإن هذا التعبير يوحي بأن الإعطاء للمقرض عن قرضه، وهذه المعاملة ربوية، وان صيغت بعنوان الجعالة، إذ هو قرض جر نفعاً، نعم لو كان ذلك على البيع والإجارة لكان تاماً ولكنه على القرض فلا يكون تاماً. هذا مضافاً الى انشاء القرض واتمائه اذ بُني على أخذ الجُعل كان رباً لا محالة، والتفكيك بين الجعالة والربا في غير محله لأن الزيادة فيما سمي بالجعالة مأخوذة على نفس القرض لا على التأخير في التسديد وهو ربا ايضاً.

ثالثاً: ما ذكره من البناء العقلاني العرفي على الترغيب، ليس بتام في مورد القرض وان كان تاماً في غيره من المعاملات.

الأسهم والسندات:

والكلام في مقامين هما:

الأول في الأسهم:

وقد عرفته المصادر المصرفية بأنه عبارة عن صك يمثل مشاركة في رأس مال أية شركة مساهمة أياً كان نشاطها، وبالتالي فالمساهم يعتبر شريكاً في الشركة بقيمة الأسهم المشارك بها، وله حقوق، فالسهم يخول لصاحبه حق حضور الجمعية العمومية للشركة التي تنتخب من بينها أعضاء لمجلس إدارة الشركة.

وله الحق في الحصول على نصيب من أرباح الشركة عندما يتحقق فائض قابل للتوزيع، وللشهم قيمة إسمية وهي التي يصدر بها اصلاً وله أيضاً قيمة أخرى يطلق عليها القيمة السوقية، وهي التي تحدد في داخل البورصة للأوراق المالية وفقاً لعملية العرض والطلب.

والأسهم أنواع من حيث نصيبها في التوزيع للارباح وفائض التصفية، فمنها السهم العادي والسهم الممتاز وأسهم التمتع^(١)

توضيح أكثر: لو تم تأسيس شركة في مجال ما، كصناعة السكر أو الأقمشة أو غيرها. برأس مال كبير لا يمكن تغطيته من شخص واحد أو اشخاص لعدم ملكيتهم لهذا المقدار منه، وحينئذٍ فيقسم رأس مال تكوين الشركة الى حصص كألف حصة متساوية القيمة وبأسعار متساوية أيضاً بحيث يكون سعر كل حصة مليوناً مثلاً، ثم يعلن عن الإستعداد لبيع تلك الحصص، والمشتري قد يشتري حصة واحدة ويكون مساهماً بالشركة بقدرها وقد يشتري أكثر من حصة ويكون مساهماً بقدرها وكل حصة هي عبارة عن سهم، وعليه فالسهم هو حصة من رأس مال الشركة ويعبر عن الشركة المذكورة بالشركة المساهمة لتركبها من اسهم ويربح صاحب السهم إذا ربحت الشركة ويخسر إذا خسرت، وقد يستفيد صاحب السهم من تقلبات السوق التجارية فيرتفع سعر السهم خلال مدة قصيرة فيستفيد من ارتفاع سعره إذا باعه.

والمساهم يصبح واحداً من الشركاء في الشركة المساهمة.

(١) المصطلحات المصرفية ص..... عبد المعطي محمد حشاد

وعلى هذا فالشركة متمثلة في جميع المساهمين، أو كل واحد شريك فيها على قدر عدد أسهمه، ولا تكون الشركة مشغولة الذمة له بشيء إنما هو شريك. وعليه فالسهم وثيقة على كون الشخص شريكاً في رأس المال الشركة. ويعتبر السهم من الأوراق المالية ذات قيمة إسمية محددة. تكتب عليها وهي تعادل حصته من رأس مال الشركة. خصائص الأسهم.

١- تساوي قيمها حسبما يحددها قانون الشركة

٢- تساوي حقوقها

٣- ان مسؤولية كل مساهم بقدر قيمة أسهمه

٤- قابليتها للتداول في الأسواق ويتم تداولها وفق أنظمة وإجراءات محددة في

أسواق البورصة

٥- تترتب على ملكية الأسهم حقوق والتزامات منها حق بقاء مالكيها في

الشركة، وحق الأولوية في الإكتتاب، ومنها حق إقتسام موجودات الشركة، ومنها حق

التدخل في قرارات الشركة ومنها غير ذلك^(١)

اما السند فهو صك تصدره بعض الجهات المخولة قانوناً. وتعرضها في الأسواق

بأسعار معينة الى اجل محدد؛ وهو يمثل جزء من المال المحدد في ذمة الجهة المصدرة

ووثيقة عليه.

لنفرض ان كل شيك، يحمل قيمة ألف دينار مثلاً تستلم بعد شهر مثلاً، ويباع ذلك الشيك بقيمة معجله كتسعمائة مثلاً، فمن يدفع هذا المبلغ يحصل على شيك واحد وفي نهاية الشهر يذهب الى تلك الجهة المصدرة ويستلم منها الفاً وبذلك يحصل على مائة وهذه الشيكات تصدرها:

١- الدولة لتمويل الإنفاق العام

٢- سندات الهيئات العامة كالبنوك الدولية بدافع تمويل مشاريعها

٣- سندات الهيئات الخاصة كالبنوك المحلية رسمية كانت أم غير رسمية

٤- سندات المؤسسات الحكومية الخاصة التي تصدرها لتمويل مشاريعها والإنفاق

عليها

٥- سندات الشركات التجارية أو الصناعية أو الخدمية أو غيرها.

ما بين السهم والسند من الإفتراق والإشتراك.

المشاركة: يشترك السند مع السهم في تساوي القيمة الأسمية لكل فئة ويشتركان

في عدم القابلية للتجزؤ والتقسيم.

أما المفارقة:

١- أن السند يعتبر شهادة ووثيقة دين على الشركة وليس جزء من رأس مالها،

بينما يعتبر السهم جزء من رأس مالها ولا يكون وثيقة على دين له عليها.

٢- صاحب السند يحصل على فائدة سواء ربحت الشركة أم خسرت، بينما

صاحب السهم يحصل على فائدة إذا ربحت ويخسر إذا خسرت الشركة

٣- لا يشارك صاحب السند أصحاب الشركة إدارتها إعتباراً أنه ليس من أحدهم بينما صاحب السهم يشاركهم في الإدارة لأنهم أحد الشركاء.

حكم بيع الأسهم؟

وهنا عدة تفاصيل ذكرت:

التفصيل الأول: من حيث عمل الشركة مباح أو محرم؟ فعلى الأول يكون شراء الأسهم مباحاً، وعلى الثاني يكون شراء الأسهم محرماً.

والوجه في ذلك واضح فإن مشتري السهم سيكون بشرائه للسهم أحد الشركاء والإشتراك في ما هو مباح بخلاف المحرم فإنه محرم.

التفصيل الثاني: للشركة التي تزاول المحرم، من حيث الإشتراك في الدخول والدخول في الأعمال المحرمة أو لا؟

فقييل: ان الشركة حتى وإن كانت تزاول الحرام فإن شراء السهم في نفسه غير محرم ما دام لا يؤدي الى الإشتراك والدخول في الأعمال المحرمة التي تزاولها الشركة، كما لو أريد تأسيس شركة تزاول الربا ولكن هي الآن. بعد في دور جمع الشركاء والمساهمين في الشركة، وأما مزاولتها للعمل فسيتم بعد ذلك بمدّة وعليه شراء اسهم خلال هذه الفترة جائزة بشرط أن يبيعه قبل موعد مزاوله الشركة للعمل الربوي، إذن شراء السهم جائز حتى إذا كانت الشركة تزاول العمل المحرم فيما اذا لم يستلزم شراء السهم الدخول في الأعمال المحرمة.

ولعل هذا ما ذهب اليه الخوئي (قده) من نص فتواه ((يصح بيع هذه الأسهم والسندات وكذا شراؤها، نعم إذا كانت معاملات الشركة ربوية فلا يجوز شراؤها بغرض الدخول في تلك المعاملات))^(١)

أقول: لا يمكن بناء الفتوى على قصد المكلف، والا لسرى ذلك الى معظم مناطق الحرام.

ثم ما يريد من جملة (بغرض الدخول) فهل المدار على الغرض والقصد فمن كان يقصد الدخول في تلك الأعمال المحرمة فيحرم عليه شراء الأسهم ومن كان يقصد مجرد الربح وإرتفاع قيمة السهم من دون ان يكون له غرض في تلك الأعمال المحرمة فيجوز له ذلك.

وعلق البعض على هذه العبارة: بقوله ((ولكن من البعيد ان يكون ذلك مقصودة عرفاً إذ لا مدخلية للقصد و عدمه من هذه الناحية، والذي له مدخلية هو صدق انتساب العمل المحرم، فمتى ما صدق ان هذا العمل المحرم صدر من مجموعة هو احدهم - المساهم - كفى ذلك في التحريم سواءً أكان قاصداً ذلك أم لا.

فليس مقصود الخوئي (قده) ما توحى به ظاهر العبارة هذا وقد جاء في كتاب صراط النجاة ما نصه ((اصل الشراء لا مانع منه ولكن الأشتراك في معاملاتها المحرمة غير جائز))^(٢)

أقول: وهذا التفصيل لا مبرر له: لأن شراء السهم يعني المساهمة والعضوية فيها وهو غير جائز باعتبار انه يعلم بأن الشركة لا تتقيد بالتعامل بها على الحلال،

(١) منهاج الصالحين ج ١ ص ٤١١ مستحدثات المسائل م (١)
(٢) صراط النجاة ج ٢ ص ٣١٥ - س (٥٨٥) م

والمفروض انه بموجب كونه عضواً فيها -شريك في هذه العمليات- ولا فرق بأن يكون شراؤها بقصد المساهمة والعضوية أو لا؛ حيث انه يعلم بكونه قد أصبح عضواً تلقائياً بمجرد الشراء، وان كان حين الشراء غافلاً وغير قاصد وحينئذٍ يكون شريكاً في جميع معاملاتها السوقية وفوائدها ولو في فترة قليلة.^(١)

التفصيل الثالث: بأن يقال: بأنه إذا كانت المعاملة المحرمة من قبيل الربا والخمر ف شراء السهم غير جائز وان بيع السهم قبل تحقق المعاملة الربوية، أو بيع الخمر؛ وذلك لأن الربا والخمر لهما خصوصية على ما يستفاد من روايات البابين، فقد لُعن في باب الخمر غارسها وساقبها وشاربها، وهكذا بالنسبة للربا وإستفاد الفقهاء من لحن الخطاب - ان كل ما يرتبط بالخمر والربا فهو محرم، وجاءت فتوى الخوئي (قده) كما في كتاب صراط النجاة؛ إذ من الواضح ان المشتري لسهم من الشركة يكون بنفس شرائه قد وضع حجر الأساس بشكل من الأشكال للمعاملة الربوية أو لبيع الخمر فيصدق على نفس شرائه أنه قضية ترتبط بالربا والخمر، بل دعم لها بشكل واضح، فكيف يجوز مثل ذلك؟ هذا إذ كانت المعاملة المحرمة من قبيل الربا والخمر.

وأما اذا كانت بشكل آخر فالمناسب الجواز لشراء السهم في حالتين الأولى: يشترط المشتري على الشركة ان لا تزاول الحرام ما دام هو باقياً فيها، فاذا قبلت الشركة ذلك - وعادة لا تقبل- فيجوز شراء السهم.

الثانية: ان يجزم بعدم مزاوله الشركة للحرام خلال بقائه فيها، وهنا ايضاً يجوز شراء السهم بشرط بيعه قبل المزاوله؛ إذ لا موجب للحرمة بعد ما كان الحرام يرتكب

(١) البنوك ١٩١ الفياض

بعد خروجه منها، وأما اذا لم يشترط ويحتمل ان الشركة تزاوّل الحرام بعد شرائه للسهم مباشرة، وهذه هي الحالة المتعارفة فلا يجوز شراء السهم؛ لأن الشخص حين شراء السهم يكون قد حوّل الشركة في التصرف كيفما شاءت والا فلا يقبل كشريك وكيف يجوز للمؤمن تخويل غيره بالتصرف في أية معاملة ولو كانت محرمة

هذا كله فيما لو كانت للشركة المساهمة وجود خارجي^(١)

ويلاحظ عليه: ان التمييز بين الربا والخمر وغيرهما من المحرمات لا وجه له لإمكان تجريد أدلتها عن الخصوصية وبالتالي فكل ما يدخل في إنتاج الحرام محرم، ولو من باب ان مقدمة الحرام حرام كما بينها في علم الأصول خلافاً للمشهور.

وانه بمجرد شراءه للسهم اصبح عضواً فيها تلقائياً فيكون مساهماً في معاملتها المحرمة أياً كانت ولو من غير الربا والخمر، لا اقل تصدق على شراء السهم أنه إعانتها على ممارسة الحرام والإعانة على الأثم حرام.

التفصيل الرابع: هو مع فرض ان الشركة لم تؤسس بعد بل اخذت في بيع الأسهم قبل انشاؤها، فهل يجوز شراء وبيع الأسهم المذكورة؟ فيه تفصيل.

بينما اذا ما كانت الشركة في دور التأسيس، بمعنى يراد تأسيسها بعد فترة، متى ما تم جمع الأموال.

وبين ما اذا كان لا يراد تأسيسها وانما أريد بيع وشراء الأسهم من دون إرادة تأسيس شركة، لا بالفعل ولا في المستقبل.

فعلى الأول يجوز بيع وشراء الأسهم.

فإن قيل: انه لا وجود خارجي للشركة لكي تباع وتشتري قسم من أموالها وما تملكه، فماذا يباع ويشترى بعد فرض عدم وجودها.

فإنه يقال: ان هذا الإشكال وجيه في بيع الأشياء الشخصية وأما الأشياء الكلية، أو ما يعبر عنه ببيع السلف، فلا محذور فيه فيمكن ان يبيع شخص لآخر طناً من الحنطة من دون ان يكون مالكا لها بالفعل، ولكنه طن كلي، فإنه من الجائز، فإنه من قبيل بيع السلف غايته السعي في تحصيل ذلك الطن، والمقام كذلك فيبيع الكلي ويلزم السعي في تأسيس الشركة وتسليمه.

وعلى الثاني: لا يجوز بيع وشراء السهم؛ إذ لا وجود خارجي لها بالفعل، كما لا يمكن تسليمه بعد ذلك لفرض انه لا يراد تأسيس الشركة بل ان بيع وشراء الأسهم في مثل هذه غير عقلائية ولا تشملها عمومات أدلة البيع كقوله تعالى: ((أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)) (١)

أقول: وهذا التقسيم لا معنى له إذ بيع وشراء السهم على الثاني لا موضوع له، ومن السالبة بانتفاء الموضوع حيث لا شركة بالقوة ولا بالفعل.

الشركة المساهمة: وهي الشركة المؤسسة والمتكونة من رؤوس أموال محددة تقسم الى أسهم عديدة ولهذا الإسم خصائص ومميزات:

منها: يساوي قيمتها حسبما يحددها القانون للشركة.

منها: تساوي حقوقها

ومنها: ان مسؤولية كل مساهم بقدر قيمة أسهمه

ومنها: قابليتها للتداول في الأسواق، ويتم تداولها وفق أنظمة وإجراءات محددة في أسواق البورصة .

وتترتب على ملكية الأسهم حقوق والتزامات، منها: حق بقاء مالكيها في الشركة، ولها حق أولوية في الإكتتاب، ومنها: حق إقتسام موجودات الشركة، ومنها حق التدخل في قرارات الشركة وغير ذلك.

وللشركة المساهمة اقسام:

الأول: التي يكون رأس مالها حلال وتتعامل بالحلال بكل نشاطاتها الإستثمارية ونظامها التأسيسي ينص على انها تتعامل في مورد الحلال وذلك كشركة الكهرباء المساهمة وشركة السمنت والزراعة والصناعات التوليدية وغيرها. شريطة ان تقتصر تلك الشركات على أعمالها الإستثمارية في حدود دائرتها المحللة ولا تتعامل بالربا قرصاً وإقتراضاً ولا غيرها من الأعمال المحرمة.

والمشاركة في مثل هذه الشركات المساهمة جائزة بإكتتاب أسهمه وشرائها والإستفادة من الأرباح التي تحصل عليها الشركة فلا مانع من شراء أسهم هذا القسم من الشركات والدخول في عضويتها.

الثاني: التي رأس مالها حرام أو مخلوط بالحرام وتتعامل على الحرام والحلال كتوليد الخمر وبيعها والربا وغير ذلك ولا تتقيد بالحلال خاصة.

والمشاركة في هذا القسم غير جائزة بعملية الإكتتاب لأسهمه وشرائها والدخول في عضويتها والإستفادة من الأرباح والفوائد التي تحصل عليها الشركة على أساس أنها جميعها تعامل وانتفاع بالمال الحرام أو المخلوط به وهو غير جائز.

الثالث: التي رأس مالها حلال ولكنها لا تتقيد بنص نظامها التأسيسي على ان تتعامل بالحلال لا بالحرام.

والمساهمة فيها غير جائزة لأن رأس مالها وان كان حلالاً، إلا انها لا تتقيد بموجب قراراتها التقليدية بالتعامل عن طريق الحلال، حيث تتعامل عن طريق الحرام ايضاً، فمن أجل ذلك لا يجوز شراء أسهمها بغرض العضوية والمساهمة فيها والإستفادة من أرباحها التي تحصل عليها عن طريق الحلال والحرام معاً، والمفروض ان المساهم بموجب كونه عضواً فيها -شريك في عملياتها ولا فرق في ذلك بين أن يكون شراؤها بقصد المساهمة والعضوية او لا- حيث انه يعلم بكونه قد أصبح عضواً تلقائياً بمجرد الشراء وان كان حين الشراء غافلاً عن ذلك وغير قاصد، وحينئذٍ يكون شريكاً في جميع معاملاتها السوقية وفوائدها ولو في فترة قصيرة.

تكييف عمليات تداول الأسهم شرعاً:

١- تداول القسم الأول من الشركات المساهمة حيث يمكن تخريج هذه العملية فقهيّاً وتطبيقها على العقود الشرعية بما يلي:

الوجه الأول: ان يتم التداول بالأسهم بالسوق المالي أو البورصة بين المتعاقدين عاجلاً، بأن يلتزم كل منهما بتنفيذ العقود بينهما حالاً بتسليم البائع الأسهم المالية والمشتري ثمنها أو في مدة لا تتجاوز اليوم، وفي هذه الحالة قد يحتفظ المشتري بها على أمل تحسن وضع السوق وإرتفاع الأسعار حيث يقوم ببيعها ويحقق بذلك ربحاً، وقد يخسر لإنخفاض أسعارها بسبب عوامل السوق عن قلة الطلب وكثرة العرض، وعلى كلاً فهذا بيع عاجل بكامل الثمن والمثمن.

الوجه الثاني: ان يتم العقد بينهما بتسليم المثلن -الأسهم- بعد شهر مثلاً وتسلم الثمن عاجلاً حيث يقوم المشتري بتسليم الثمن الى البائع حالاً، والبائع ان يسلم الأسهم عند حلول الأجل، وهذا يكون من بيع السلم ولا إشكال في صحته.

الوجه الثالث: عكس السابق بتسليم الثمن مؤجلاً بعد شهر مثلاً وتسليم المثلن عاجلاً وهذا يكون من عقد النسيئة ولا إشكال في صحته.

الوجه الرابع: أن تتم المبادلة بين الثمن والأسهم بتسليم كل منهما بعد مدة زمنية محددة كشهر أو شهرين وحينئذٍ على كل واحد من المتعاقدين ان يقوم بالتسليم والتسلم وتصفية الحساب في الموعد المتفق عليه.

وعلى الرغم من أنه لا يصدق على المعاملة عقد السلم أو النسيئة يحكم بصحة المعاملة على أساس ان الصحة لا تتوقف على ان يكون من أحد العقود المعروفة في الشريعة المقدسة، بل يكفي في الصحة والشرعية إنطباق عنوان عام كالتجارة عن تراض، والفروض إنطباق هذا العنوان على المبادلة المذكورة وبذلك تكون مشمولة لإطلاق قوله تعالى: ((لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ)) (النساء: ٢٩) فلا مانع من ان يحكم بصحة المعاملة المذكورة شرعاً.

وبعبارة أنه وان لم يشملها النص الخاص بعنوانها، ولكنها مشمولة للإمضاء بعنوان عام كعنوان العقود والتجارة عن تراض، والعنوان العام يصدق على هذه المعاملة فتكون محكومة بالصحة شرعاً لأنها معاملة مستقلة مشمولة لإطلاق الآية الكريمة.

وللبائع والمشتري أن يجعل لنفسه خيار التنازل من حق الاجل ونتيجته، ان المشتري عندما يرى مؤشرات لهبوط الأسعار في السوق فيتنازل عن حق الاجل ويطلب

قاسم الطائي (٣١٧)

من البائع تسليم الأسهم المالية المتفق عليها، وحينئذٍ فإن كانت الأسهم موجودة عنده قام بتسليمها الى المشتري وإلا فيضطر الى شراؤها من السوق بسعر العاجل، والمشتري يقوم ببيعها قبل موعد التصفية عن طريق وسطاء.

والبائع كذلك عندما يرى مؤشرات لإرتفاع الأسعار في السوق فيتنازل عن حق الاجل ويطلب من المشتري تسلم الثمن المتفق عليه فإذا تسلمه قام بشراء الأسهم من السوق بسعر العاجل.

وعليه فلا مانع من جعل كل من الطرفين هذا الخيار لنفسه في ضمن العقد فإذا جعله كان متمتعاً به وله ان يقوم بأعماله.

ويجوز لكل واحد من الطرفين أن يجعل لنفسه خيار في عدم تصفية المعاملة التي تمت بينهما آجلاً، وفسخها في مقابل مبلغ من المال يتفق عليه؛ إذ لا بأس بمثل هذا الخيار إذا اتفق عليه.

الوجه الخامس: يجوز شراء الأسهم معجله بسعر ومؤجله بسعر آخر كما هو الحال بسائر السلع والبضائع.

الوجه السادس: ان يكون شراء السهم بكامل الثمن، بل يدفع المستثمر تمام قيمة الأسهم المالية الى البائع، وهذا النوع من المعاملة قليل التداول في الأسواق والبورصات؛ إذ الغالب فيها التأجيل، فالذي يجري في أكثر تلك الأسواق هو ان المستثمر يفتح حساباً مع الوسطاء كالممارسة، مثل الحساب الجاري في البنك، يودع فيه المبلغ الذي يرغب في أن يستخدمه الوسيط لشراء الأسهم، والأوراق المالية الصالحة، ويودع الوسيط

ما يحصل للمستثمر من الأرباح والفوائد في حسابه، وحكم هذا النوع إذا كان الشراء بكامل الثمن أو من حسابه الجاري عند الوسيط هو الصحة.

وقد يكون الشراء بجزء الثمن بأن يدفع المشتري جزء من الثمن للبائع ويستدين الباقي من السماسرة أو من مصادر تمويل أخرى لهذا القرض والجزء الذي يتعين على المستثمر توفيره من الأول لشراء الأسهم يطلق عليه الهامش ويسمى الشراء الشراء بالهامش وتختلف نسبة الهامش من بورصة إلى أخرى بل في بورصة واحدة تختلف من فترة إلى أخرى وقد تمثل النسبة في بورصة أو في فترة من بورصة واحدة ٦٠٪ من قيمة السهم، وقد تمثل ٤٠٪ من قيمة الأسهم وهكذا، مثال مستثمر اشترى مائة سهم كل سهم بمائة دولار ودفع للسماسرة ٩ آلاف دولار فقط وأقترض منه أو من مصدر آخر الباقي من الثمن وهو ٤ آلاف دولار بالفائدة وحينئذ يحتفظ السماسرة بالأسهم رهينة على الدين فالهامش هنا هو ٦٠٪ وإذا انخفضت الأسعار وأصبحت قيمة السهم ثمانين دولار صارت قيمة مجموع السهم ثمانية آلاف دولار، وارتفعت نسبة القرض من السماسرة إلى مجموع الثمن ٥٠٪ والهامش ٥٠٪.

وحكم هذا النوع من الشراء هو الجواز شرعاً؛ إذ لا مانع من التداول بالأسهم بهذه الكيفية في أسواق المال والبورصات شرعاً شريطة ألا تكون الأسهم من أسهم الشركات المحظورة من الناحية الشرعية، نعم يحرم عليه الاقتراض بالفائدة لأنه ربا محرماً.

الوجه السابع: البيع الطويل ويقصد به شراء الأسهم بدافع الاحتفاظ بها بأمل أن يحصل على أرباح من الشركة أو يقوم ببيعها لذا ارتفعت أسعارها، وحكم هذا النوع

من البيع الجواز وان كان بغرض المشاركة والمساهمة في الشركة بإعتبار انه لا مانع من المشاركة في الشركة المتقيدة بالتعامل بالحلال ولا تتعامل بالحرام.

الوجه الثامن: ما يسمى بالبيع القصير ويراد به بيع اسهم في فترة قصيرة حيث يتم شراؤها مرة أخرى.

بيان ذلك: ان المستثمر عندما يتوقع وينتכן بسبب أو آخر ارتفاع الأسعار في السوق في وقت لاحق، فيقوم بإقتراض عدد من الأسهم من الشركات أو ممثليها في السوق بواسطة الوسطاء ويحتفظ بها، فإذا إرتفعت أسعارها وتحققت توقعاته قام ببيعها بالسعر السائد في السوق ثم يعيد شراؤها منه عندما تنخفض الأسعار، وبعد ذلك يرجع السهم الى صاحبها الأصلي تسديداً للقرض، ويستفيد المستثمر من خلال هذه العملية من الفرق بين سعر البيع وسعر الشراء والوسيط من أرباح الأسهم للشركة في الفترة ما بين العمليتين، مضافاً الى ما يحصل عليه مقابل خدماته الإدارية، والمالك المقرض للأسهم من نسبة ربح العمليتين بدون أن يتحمل أي مخاطرة، فلو اتفق إنخفاض الأسعار على خلاف ما تكهن المستقرض، فإنه يتحمل وحده مخاطرة هذا التصرف وخسارته.

فهنا عمليتان: الأولى: عملية القرض.

الثانية: عملية بيع وشراء في فترة قصيرة.

والعملية الأولى غير جائزة شرعاً لأنها قرض ربوي.

والثانية: حكم البيع من وجهة النظر الشرعية، فهي الجواز والصحة.

فإن قلت: ان صحة العملية بيعاً وشراءً تقوم على أساس صحة عملية القرض حتى يكون المستثمر مالكاً للأسهم المقترضة وحيث تكون العملية القرضية ربوية فلا تصح والمستثمر لا يكون مالكاً للأسهم.

قلت: وان أصل عملية القرض صحيحة شرعاً والباطل إنما هو الربا - مقدار الزيادة، وعليه فلا مانع من صحة عملية البيع والشراء ثم ان السمسار اذا قام بعملية البيع والشراء بعد قبض السهام من المقرض، فلا اشكال في الصحة، واما اذا قام بالعملية قبل القبض فهل تصح أو لا؟

وجوابه: انها لا تصح، على أساس ان صحة القرض متوقفة على القرض، وما لم يقبض السهام وكالة عن المستثمر لم يكن المستثمر مالكاً لها وعندئذ يكون هذا البيع من بيع ما لا يملك، وهو باطل عندنا، إذا كان البيع على ما تعهد به السمسار في الذمة والا فهو صحيح.

ثم ان التراضي بين المتعاملين في الأسواق والبورصات موجود بتصرف كل واحد منهم في مال الآخر بموجب قوانينها وأنظمتها التأسيسية وان كانت المعاملات الواقعة بينهم باطلة شرعاً، والمقام داخل في هذه الكبرى على تقدير بطلان البيع.

الوجه التاسع: بيع الأسهم قبل قبضها من المشتري جائز أو لا؟

والجواب: نعم: هم جائز ان لم يكن البيع من المكيل أو الموزون، وأما إذا كان منهما فلا يجوز الا برأس ماله.

قاسم الطائي (٣٢١)

وقد يقوم البائع ببيع الأسهم للعميل قبل ان يشتريها من الشركة المصدرة لتسليم شهر مثلاً ولكنه في وقت التسليم والتحويل يقوم بشرائها بغرض تسليمها الى المشتري فهل هذا البيع جائز شرعاً أو لا؟

وجوابه: ان هذا من بيع المعدوم وبيعه بما هو معدوم وان كان غير معقول وغير عقلائي، وأما بيع شيء معدوم حين الإنشاء وموجود في وقت التسليم والتحويل، فهذا على الأظهر جوازه؛ إذ لا مانع من إنشاء ملكية الأسهم التي كان يملكها في وقت متأخر من الآن الى ذلك الوقت، ثم يقوم بتسليمها ولا محذور فيه، وانفكك زمان المنشأ والمجعول عن زمان الإنشاء والجعل أمر اعتيادي ولا محذور فيه، بإعتبار ان فعلية المنشأ تتوقف على فعلية موضوعه في الخارج ولا ترتبط بالإنشاء.

وبكلمة ان المنشأ بوجوده الإنشائي — يستحيل ان ينفك عن الإنشاء لأنه عينه فلا اثنيينية في البين بينهما وأما بوجوده الفعلي فلا مانع منه.

ولهذا يكون للحكم مرتبتان:

الأولى: مرتبة الإنشاء والجعل.

الثانية: مرتبة المنشأ والمجعول وهي مرتبة فعلية الحكم التي توجد بوجود موضوعه في الخارج لا بوجود الإنشاء.

هذا إضافة الى ان المتعارف والمرتكز في مثل ذلك، هو ان البائع يبيع الأسهم التي تعهد بتسليمها بعد شهر والمشتري يقوم بشراء ما تعهد به من الأسهم فلا إشكال في صحته، وهذا من بيع الكلي الصحيح.

والخلاصة ان الشركة المساهمة من القسم الأول يجوز المشاركة والمساهمة فيها بقصد العضوية والإستفادة من أرباحها التي تحصل عليها وكذلك يجوز شراء أسهمها بدافع الإتجار بها كالسلف في الأسواق المالية أو البورصات من يد الى يد والإستفادة من فوارق الأسعار التي تطراً عليها يومياً لسبب أو آخر^(١)

تداول أسهم القسم الثاني من الشركات المساهمة وهو غير جائز في هذا القسم من الشركات حيث يكون رأس مالها من الحرام أو المخلوط به بإكتتاب أسهمها وشرائها لغرض العضوية على أساس ان السهم جزء من رأس مالها وهو حرام أو مخلوط به، وكذلك لا يجوز عملية تداول أسهمها في الأسواق بغرض الإستثمار والإتجار بها والإستفادة من فوارق أسعارها لأن كل سهم من أسهمها يمثل جزءاً من رأس مالها وهو حرام أو مخلوط به فلا يجوز التصرف فيه بالبيع والشراء، كما لا يجوز التعامل بها على الحرام.

تداول القسم الثالث: من الشركات المساهمة.

مرّ أنه لا يجوز المساهمة والمشاركة في هذا القسم من الشركات على أساس انها لا تتقيّد في تعاملاتها في حدود الحلال وتقوم بالأعمال الإستثمارية من طريق الحلال والحرام.

وهل يجوز تداول أسهمها من الأسواق بالبيع والشراء لا بدافع العضوية والإستفادة من أرباح الشركة، بل بدافع الإتجار بها كسلف في السوق والإستفادة من فوارق أسعارها التي تعرض عليها يومياً.

والجواب: انه لا يجوز لسبيين:

الأول: ان المشتري بمجرد شراء الأسهم يصبح من أحد أعضائها المساهمين فيها تلقائياً بموجب قوانينها الصارمة وان كان غرضه من الشراء بيعها كسلع للإستفادة من فرق أسعارها بيعاً وشراءً لا العضوية، وقد سبق منا انه لا يجوز المساهمة فيها ولو لفترة قليلة من الزمن على أساس ان تعاملاتها في هذه الفترة من المعاملات المحرمة أو المحللة وهو شريك فيها.

الثاني: ان السهم يمثل جزء من رأس مال الشركة، وهو في مرحلة تكوينها وان كان حلالاً بالفرض، الا أنه بدأ بالاختلاط بالحرام من لحظة شروع الشركة بالتعامل والاستثمار الخارجي على أساس انه بحسب نظامها التقليدي تتعامل بالحلال والحرام كالربا والخمور وغيرهما ولا تتقيد بالحلال ولذا لا يجوز التعامل بأسهمها كسلع في الأسواق والبورصات لأن التعامل بها - بموجب انها جزء من رأس مالها - هو تعامل بالمال المختلط بالحرام.

فإن قلت: ان قيمة الأسهم بعد عملية الإكتتاب من الشركة بقيمتها الاسمية يحددها السوق، ولم تبق لتلك القيمة بعد الإكتتاب أية أهمية فإن قيمتها في السوق قد تصل الى اضعاف قيمتها الاسمية المحددة، وقد تنخفض الى جزء بسيط منها، وهذا يدل على ان قيمتها السوقية لا ترتبط برؤوس أموال الشركة.

قلت: هذه الدعوى مدفوعة لأن ارتفاع الأسهم وإنخفاضها في السوق مرتبط بارتفاع مالية الشركة أو إنخفاضها بشكل مباشر لأن الإرتفاع والإنخفاض مرتبط بعدة عوامل:
الأول: قوى العرض والطلب.

الثاني: المركز المالي: للشركة فإن كان قوياً إرتفعت أسعار أسهمها وإلا إنخفضت.

الثالث: ديون الشركة كثرة وقلة، وعلى هذا فالسهم إذا إرتفعت قيمته في السوق، بمعنى ذلك ان مالية الشركة قد زادت وهي لا تتقيد في تعاملاتها بحدود الحلال فلا محالة إختلط رأس مالها بالحرام، فإذن لا يجوز التعامل به لأنه من التعامل بالمال المختلط بالحرام وهو غير جائز.

وخلاصة ما تقدم بأن الشركات المساهمة من القسم الأول - إذا كانت تتقيد بموجب أنظمتها التأسيسية على ان لا تتعامل الا في الحلال جاز الدخول في عضويتها والمساهمة فيها والإستفادة من أرباحها التي تدر عليها.

وكذلك يجوز تداول أسهمها بيعاً وشراءً كسلع في الأسواق والبورصات بغرض الإتجار فيها والإستفادة من فوارق أسعارها.

وأما إذا لم تكن تتقيد بالتعامل في الحلال وأنها حرة بالقيام بأنشطة إستثمارية من طريق الحلال والحرام فلا يجوز الدخول فيها والمساهمة ولا يجوز تداول أسهمها للإتجار بها كسلع في السوق، بلا فرق بين أن يكون رأس مالها إبتداءً حراماً أو حلالاً كما تقدم.

وقد يخطر في البال أن المستثمر اذا لم يعلم ان ما إشتراه من الأسهم هل هو من أسهم القسم الأول من الشركة المساهمة أو من الثاني أو الثالث فما هو الحكم؟
ويجاب عنه: انه يجوز مالم يعلم بوجود الحرام ولا قيمة للشك.

نعم إذا علم إجمالاً بوجود الحرام في الأسهم التي تباع في السوق وان منها محرمة فحينئذٍ إذا لم تكن جميع الأطراف - للعلم الإجمالي - محل إبتلائه بمعنى ان ما يكون مورد إبتلائه كان واثقاً ومطمئناً بعدم وجود الحرام فيه جاز له الشراء والبيع في ذلك المورد، وإلا فلا.

هذا كله في الأسهم العادية وأما لو كان بعضها عادية وبعضها ممتازة.

وقد ذكرت المصادر المصرفية تعريفاً لهما وهو وقبلها.

الإكتتاب: هي عملية التسويق لبيع أسهم يتم طرحها لشركة مساهمة حديثة تحت التأسيس أو في حال التكوين، أو اسهم لشركة قائمة فعلاً بل ومنتجة ايضاً وذلك لزيادة رأسمالها وفور الإعلان يتم طرح الأسهم على الأشخاص الطبيعية والإعتبارية خلال مدة محددة، وتكون عادة الأسهم موحدة في قيمتها الأسمية، وتتولى عملية الإعلان والدعاية والطرح للأسهم وتسويقها شركات متخصصة في هذا المجال يطلق عليها شركات الإكتتاب وقد تلجأ بعض الشركات للبنوك التجارية لتقوم بعملية الإعلان والدعاية والتسويق للإكتتاب في الأسهم المطروحة لما قد يتمتع بعض البنوك بسمعة وثقة ترى الشركة انه يتولى بنك معين الترويج للأسهم سيكون له أثر كبير لدى جمهور المكتتبين.

أما الأسهم العادية: هي الأسهم التي لا يتقرر لها أي إعتبار خاص على غيرها من الأسهم سواءً فيما يتعلق بتوزيع أرباح الشركة سنوياً في حال الربحية أو بقسمة صافي موجودات الشركة عند تصفيتها.

الأسهم الممتازة التي تعطي صاحبها حق الأولوية في الحصول على الربح بنسبة معينة قبل إجراء أي توزيع للأرباح تخصص هذه النسبة لأصحاب الأسهم الممتازة بغض النظر عما يتبقى لأصحاب الأسهم العادية من الأرباح.

وهناك ما يسمى أسهم التمتع، في بعض أنواع الشركات التي لها حق الإمتياز وكذلك شركات المناجم والمخاطر تنتهي موجودات مثل هذه الشركات عند إنتهاء مدة الإمتياز، ولذا تعمل مثل هذه الشركات على إستهلاك اسهم رأس مالها تدريجياً في السنوات الأخيرة من عمرها والإستهلاك يتم من المخصصات الخاصة بإستهلاك الأسهم والمكونه لهذا الغرض والناججة عن حجز جزء من صافي أرباحها وتعطي الشركة للمساهمين الذين إستهلكت أسهمهم أسهماً بدلاً منها تسمى (أسهم تمتع) وهي تتيح لهم أن يشتركوا مع باقي المساهمين في صافي أرباح الشركة الموزعة، وليس لها حق في موجودات الشركة، وإنما تشترك فقط في الأرباح^(١)

هذا ولو كانت بعض الأسهم ممتازة، حينئذٍ فإن كان إمتيازها بنسبة الربح التي تحصل عليه الشركة، بأن يجعل من الربح حصة أصحاب الأسهم الممتازة نسبة ١٠٪ من قيمة الأسهم، وحصة أصحاب الأسهم العادية بنسبة ٥٪ من القيمة، فلا بأس بهذا الإمتياز إذا كان بالجعل والقرار في عقد الشركة بنحو التراضي، وعلى هذا فالأرباح تقسم على الأعضاء من القسمين - الصنفين - بنسبة متفاوتة، وإن كان إمتيازها بأن أصحاب الأسهم الممتازة يحصلون على نسبة معينة من القيمة الاسمية للأسهم ١٠٪ مثلاً من صافي الأرباح، وقبل توزيع أي ربح على بقية الأسهم الأخرى العادية، ثم يوزع ما تبقى

(١) مصطلحات مصرفية ص ١٣، ص ٦١ عبد المعطي محمد حشاد

من الأرباح بعد ذلك أما على الأسهم العادية فقط أو على الأسهم من العادية والامتازة، وبهذا قد يتفق انه لا يتبقى من الربح ما يوزع عليها.

ولكن هذا المعنى غير معقول وغير صحيح لأنه على خلاف مقتضى عقد الشركة، فإن مقتضاه أن كل عضو من أعضائها شريك في الربح بنسبة سهمه بنحو الإشاعة، ولا يمكن تصحيح ذلك بنحو شرط النتيجة؛ لأن صحة شرط النتيجة من أصحاب الأسهم الممتازة على الشركة متوقفة على أن تكون الأرباح ملكاً لها ابتداءً لا لكل المساهمين ولكن الأمر ليس كذلك، فإن الأرباح تدخل في ملكهم من البداية والشرط المذكور لا يقتضي دخول ما يكون ملكاً لهم في ملكهم في طول دخوله في ملك هؤلاء لا ابتداءً الا إذا كان هذا الشرط منهم عليهم في عقد الشركة وهو بعيد.

هذا كله في احكام الأسهم المالية في الشركات المساهمة المؤسسة في البلاد الإسلامية، او كانت رؤوس أموالها من المسلمين^(١)

وفيه: انه لا يمكن تصور عدم بقاء شيء من الأرباح لأصحاب الأسهم العادية، وذلك لأن أرباح الشركة توزع على جميع المساهمين غاية الأمر أنه يكون لأصحاب الأسهم الممتازة، إمتياز على أصحاب الأسهم العادية، وهذا الإمتياز يمكن إرجاعه الى سهم أو اكثر يضاف الى أصحاب الأسهم الممتازة مثلاً لو كان للأسهم الممتازة ١٠٪ من الأرباح والعادية ٥٪ هذا يعني ان لأصحاب الممتازة سهمين مقابل سهم واحد لأصحاب الاسهم العادية، فلو فرضنا ان أصحاب الأسهم الممتازة ٢٠ وأصحاب الأسهم العادية ٦٠ يصبح بعد التعديل $(٦٠+٢ \times ٢٠ = ٦٠+٤٠ = ٦٠+٤٠)$ فنقسم الأرباح على ١٠٠ سهم بدلاً من

ثمانين، فلا مجال لتصور عدم بقاء شيء من الأرباح لأصحاب الأسهم العادية ولا معنى للقول قد يتفق انه لا يبقى من الربح ما يوزع عليها.

أما الشركات المساهمة في البلاد غير إسلامية

وهي على اقسام:

١- أن تكون قائمة على الإستثمارات المحرمة فقط كتوليد الخمر وأنواع المسكرات المشروبة والتعامل بالربا، وحكم المساهمة في هذا النوع أنه لا يجوز المساهمة والمشاركة فيها.

٢- أن تكون قائمة على الإستثمارات المحللة والمحرمة معاً.

كذلك لا يجوز المشاركة والمساهمة فيها كالقسم الأول بنفس ملاك عدم الجواز وقد تقدم.

٣- أن تكون قائمة على الإستثمارات المحللة فقط كشركة الكهرباء المساهمة والنفط والمعادن ونحوها من الشركات الزراعية والصناعية والإنشائية شريطة إقتصارها على الأعمال المحللة.

ويجوز المساهمة في هذا القسم ومزاولة اعمال هذا القسم والقيام بنشاطاته.

هذا فيما يتعلق بالمساهمة فيها والمشاركة، أما حكم تداول أسهمها كسلع من الناحية الشرعية، لا يجوز شراء اسهم القسمين الأول والثاني لأن المشتري بصرف الشراء أصبح من المساهمين في الشركة والمشاركين في تكوين اعمالها الإستثمارية المحرمة، وذلك غير جائز.

نعم بإمكان المشتري التخلص من ذلك بجعل الشراء وسيلة للإستيلاء على الأسهم منها وأخذها إستنقازاً لا أخذها شراءً، فإذا أخذها كذلك جاز له ان يقوم ببيعها في الأسواق والإتجار بها والإستفادة من فوارق السعر.

ولكن هذا من الإعانة على الأثم حيث يكون المشتري لها مشاركاً ومساهماً في اعمالها المحرمة، والإعانة على الإثم محرمة.

هذا مضافاً أن أخذها إستنقازاً لا يلائم شرائها لأن شرائها مملك له فلا حاجة الى إستنقاذها إذ لا موضوع له، وإذا أخذها إستنقازاً فهو مالك لها فلم القول بالإستفادة من فرق أسعارها وهو لم يشتريها أصلاً.

على أن قصد الاستيلاء والاستنقاذ يدخل بالبيع والشراء الصوري لا يحلل مالية الشركة بعد فرض كونها محرمة.

وأما القسم الثالث: فلا بأس في جواز شراء أسهمها والإتجار بها بيعاً وشراءً في السوق لغرض الاستفادة من فوارق الأسعار.

السندات: قد عرفت المصادر المصرفية السند بأنه ورقة مالية تصدر ضماناً لدين على الدولة أو على إحدى الشركات المساهمة، وهذه الورقة لها ربح ثابت ويجوز خصمها، ولا يشمل السند أي حق من حقوق الملكية وليس لصاحبه التمثيل في عضوية مجلس الإدارة أو حتى الجمعية العمومية وليس من حق صاحب السند مساءلة المسؤولين في الشركة عن تصرفاتهم.

ويتم تداول السندات عن طريق بورصة الأوراق المالية ومن خلال سمسار البورصة فقط، وسوق السندات يعتبر من أسواق المال الإستثمارية لأن السندات تتسم بطابع الدين طويل الأجل^(١)

إذن السند هو صك يمثل جزء من المال المحدد في ذمة الجهة المصدرة ووثيقة عليه، وهناك أوجه شبه له مع السهم وأوجه خلاف وهي المشابهة أو المشاركة:

- ١ - يشتركان في تساوي القيمة الأسمية لكل فئة.
- ٢ - يشتركان في القابلية للتداول في الأسواق المالية.
- ٣ - يشتركان في عدم القابلية للتجزؤ والتقسيم.

أما المفارقة:

- ١ - ان السند يعتبر وثيقة وشهادة دين على الجهة المصدرة، شركة أو بنك وليس جزء من رأس مالها بينما يعتبر السهم جزء من رأس مالها.
- ٢ - صاحب السند يحصل على فائدة ربحت الشركة أم خسرت بينما صاحب السهم يحصل على الفائدة إذا ربحت الشركة ويخسر إذا خسرت.

(١) المصطلحات المصرفية ص ٢٣ محمد المعطي محمد

٣- صاحب السند لا يشارك أصحاب الشركة في إدارتها لأنه ليس من أحدهم بينما صاحب السهم يشاركهم في الإدارة لأنه أحد الشركاء.

هذا ويمكن الإتجار بالسندات كسائر السلع ، وهي متغيرة الأوضاع في السوق هبوطاً وصعوداً، ومن يرغب من المستثمرين على شرائها بغرض الإستثمار والربح من فرق سعر الشراء وسعر البيع اتصل بالوسطاء في السوق كالبنك والسماسة، والوسيط بعد التأكد وجدية الأمر ووجود أرصدة مالية لهم عنده يبدأ بالإتصال بالبورصة للإطلاع على سير الأوضاع فيها ووضع السوق فإذا كان الوضع بالنحو المرغوب قيل للعميل قام بإنجاز عمليات البيع والشراء.

تداول السندات شرعاً وأخذ العمولة من الوسيط

فهنا مسألتان: الأولى: تداول السندات وتبادلها من وجهة النظر الشرعية.

الثانية: أخذ الوسيط العمولة على ذلك من الناحية الشرعية.

أما المسألة الأولى: فقد تُفسر على أساس أمرين:

الأمر الأول: أن تكون عملية التداول والتبادل للسندات على أساس القرض، فإن الجهة المصدرة للسند التي تصدره بقيمة إسمية محددة - لنفرض مائة دولار وتبيعه مؤجله الى ستة اشهر مثلاً ٩٥ دولار نقداً فهي تمارس عليه الإقراض، حيث تفترض ٩٥ دولار مؤجلة وتدفع الى المقرض السند على أساس إنه وثيقة دين، وعند إنتهاء المدة تعتبر ما دفعته من الزيادة (٥) دولارات فائدة ربوية على القرض وهذا غير جائز لأنه في الواقع تداول قرض ربوي.

الثاني: أن تكون عملية التداول على أساس البيع، بتعجيل الثمن وتأجيل المئمن الى وقت معين، حيث تقوم الجهة المصدرة للسند ببيع السند بقيمة مائة دولار مؤجلة الى ستة اشهر بخمسة وتسعين دولار نقداً، والمعتبر في البيع إختلاف الثمن و المئمن، والفرض هنا إنهما مختلفان لأن الثمن عين خارجية و المئمن أمر كلي في الذمة وهذا المقدار من المغايرة يكفي في صدق البيع.

فإن قلت: إنها قرض بثوب البيع لأن ملاك القرض هو تمليك شخص مالا بالذمة حيث تصبح ذمته مشغولة بمثله، وهذا ما ينطبق على عملية بيع وشراء السند قلت: ان مفهوم البيع يختلف عن مفهوم القرض، فإن الأول هو تمليك عين بعوض، والثاني هو تمليك عين على وجه الضمان بمثلها، وعلى هذا فإن قصدت الجهة المصدرة تمليك ما في ذمتها من المبلغ بعوض خارجي فهو بيع وان كانت نتيجته نتيجة القرض وان قصدت تمليك شيء بالضمان بمثله فهو قرض.

ولا يبعد ان تكون عملية تبادل وتداول السندات على أساس البيع والشراء، بأن تقوم الجهة المصدرة للسند ببيع قيمته في الذمة الى أجل بعين خارجية لا على أساس القرض، بأن تجعل السند وسيلة لأن تقتترض مبلغاً على وجه الضمان بمثله الى مدة محددة ويكون السند بمثابة الوثيقة على القرض، ومع ذلك فالإحتياط في المسألة لا يترك.

نعم بالإمكان التخلص عن فكرة أنها عملية تغطية لفظية عن القرض الى فكرة أخرى، وهي القيام بتداول السندات بعملة أجنبية، فإذا كانت قيمة السند بالعملة المحلية -الدينار- تبيعها بعملة أجنبية -دولار أو تومان- بحيث تزيد قيمتها على

الدينار بحسب أسعار الصرف بمقدار الفائدة ولا إشكال في العملية انها عملية بيع واقعاً.

وفيها: أولاً: ما ذكره من ان القصد هو ما يحدد العقد بيعاً أو قرضاً غير كافٍ فإن التطابق ما بين اللفظ مع الماهية المنشأة المقصودة في قصد الشيء، والا اذا كان لم يطابق لم يقع العقد لأن ما قصد لم يقع وما وقع لم يقصد.

ولذا يقال في الإيداعات في البنوك أنها قروض لا ودائع وأن أصرت البنوك على انها ودائع، لأن الإستعمال ليس مطابقاً مع المعنى المقصود، فإن المعنى المقصود بالإيداع المزعوم هو تمليك الشخص المال المودع وتملك شيء في ذمة البنك وهذا هو حقيقة القرض فيما الوديعة يجب ان تسلم ولا يتصرف في رقبتهما والحال ان الوديعة البنكية ليس الأمر كذلك، فالمعنى المقصود هو القرض لا الوديعة.

والمهم هو الأمر الثاني في قاعدة العقود تابعة للقصد، وهي المطابقة بين قصد الشيء وبين الماهية العرفية العقلانية فكثيراً ما يقصد ماهية معاملة ويتصور انها بيع (مثلاً) بينما العقلاء لا يعتبرونها ماهية بيعية والمقام ان ما قصده الشيء لا يتطابق مع الماهية العقلانية حيث يعتبرون ما وقع قرض لا بيع^(١) وان كانت صورته صورة بيع.

وثانياً: ما ذكره من إختلاف الثمن والمثمن بإعتبار ان الأول عين خارجية، والثاني كلي في الذمة، هو عين ملاك القرض فهو تمليك عين بمثلها في الذمة فلا فرق بينهما إلا باللفظ وقصد البيع لا يكفي على ما في أولاً.

(١) فقه الحيل الشرعية ص ٧٩ - السند

ثالثاً: القيام بتبديل العملة الى أخرى لا يشفع له، و إنما يتم إذا لم ندع قرضية هذه المعاملة حسب النظر العرفي بضم إرتكاز النظر في باب النقود الى ماليتها دون خصوصياتها الى إرتكاز فحواه أن كل معاملة مؤداها تبديل الشيء بمثله في الذمة تعتبر قرضاً عرفاً، وعليه يكون المنظور عرفاً هو بيع عملة بعملة وهو تبديل مالية بأخرى وحيثُ يشمله عنوان القرض بالنحو المقرر في الإرتكاز السابق فلا يبقى الا ان التغير بينهما في خارجية الأول وذمية الآخر وهو معنى تبديل الشيء الى مثله في الذمة وهو معنى القرض بمعناه الإرتكازي الواسع الذي يشمل بعض البيوع ايضاً هكذا ذكره السيد الشهيد الصدر الأول (قده)^(١)

وهذا الإشكال ضعيف لأن النقود وإن كانت تمثل مقدار المالية الا أنها تختلف في المحافظة على المالية وبه تختلف رغبات الناس خذ لذلك مثلاً، إن الدولار أكثر حفاظاً على المالية من الدينار العراقي ولذا تلتجأ الناس الى إدخاره بدلاً من الدينار. ولذا لا نستطيع أن ندعي أن النقود عبر إختلاف أسماءها وأجناسها متمحضة في المالية ولا ميز لها ولا تختلف رغبات الناس اليها.

وهنا قد يقال بأن هذه الحيلة لا تعود الى القرض حقيقة، كيف وان إختلاف النقود في حفظ المالية مدعاة لزيادة قيمتها، وهذه الزيادة ربوية إذا كانت في الذمة فيعود محذور الربا.

هذا في السندات بشكل عام، أما لو كانت حكومية فيإمكان المستثمر حينما يستلم السند من الجهة المصدرة أن ينوي تسلمه كوثيقة على دين غير ربوي ولا ينوي الزيادة

كشروط وان علم ان الحكومة ملتزمة بذلك، فإذا تسلم الزيادة تسلمها بعنوان مجهول المالك أو مال لا مالك له، وعلى الأول يصدق بمقدار نصفها أو مثلها للفقراء. وفيه ان الأموال في المصارف الحكومية لا تتسم بمجهول المالك كما حققناه سابقاً^(١) كما انه ليس من المباحات ليعنون بأنه لا مالك له. بل مالكة عموم الشعب والخزينة الوطنية بمنزلة بيت مال المسلمين، والتصدق لو قيل بالأول بتمام المال لا بنصفه أو ثلثه.

واما في سندات الشركات الأهلية:

بحيث ان المستثمر يعلم بان صاحب الشركة متعهد بدفع الزيادة على كل حال ومن طيب نفسه بموجب قوانين الشركة الصارمة عقد حلول الأجل فبإمكانه التخلص من الربا بعدم إشتراطها عليه في أعماق نفسه، بمعنى أن يكون جاداً في إلتزامه نفسياً بعدم المطالبة بها إذا لم تُدفع له بسبب أو آخر وحينئذٍ إذا دفعته اليه جاز أخذها بملاك أنه يرضى بالتصرف فيها وأما في سندات الشركات المشتركة بين الحكومية والأهلية فيمكن التخلص من الربا فيها بنفس الطريقة في السندات الحكومية فقط^(٢)

أقول: لو كانت مشتركة فلا يصدق على المال حتى على المشهور عنوان مجهول المالك، ولا عنوان مال لا مالك له لفرض إختلاطها.

هذا مضافاً الى أن أخذ الزيادة مع فرض وقوع العقد صحيحاً مع المالك الشرعي، سواءً أكان بنكاً أهلياً أم غيره، لأن الفرض ان المالك لا يدفعها الا بذلك العنوان ولا يصح أخذها بذلك العنوان لأنه ربا محرم ولا بعنوان آخر؛ لأن المالك لم يقصده.

(١) كتابنا مالكية الدولة ومجهول المالك
(٢) البنوك - ص ٢٢ الفياض وما قبل هذه الصفحة

لا يقال: بأن المالك مملك الزيادة مجاناً غاية الأمر بداعي الوفاء بالشرط الربوي وتخلف الداعي لا يخل في قصد التمليك والزبون يملكه لا بقصد ذلك الداعي، وان العمل بالشرط من قبيل الدواعي وتخلفها غير ضار وإنما المهم قصده لماهية المعاملة وهي التمليك المجاني؛ وذلك لأن الوفاء بالشرط ليس من قبيل الدواعي، نظير شراء اللحم بداعي الضيوف فلو لم يحضروا الى البيت لما أضر بالبيع.

فإنه يقال: وذلك لأن الشرط عبارة عن الإلتزام القانوني المعاملي وإنشاؤه للتمليك ليس تمليكاً ابتدائياً وبرضا مستقل بالتمليك بل هو يتبع رضاه بأصل الإشتراط (الربوي) وليس هو بإنشاء للرضا بطيب خاص بل أنه يتبع الإلتزام بالشرط فحينئذ يكون التمليك غير صحيح^(١)

وبكلمة ان هذا التمليك ليس تمليكاً مجانياً بعنوان الهبة بل هو تمليك بعنوان الربا وهو عنوان محرم ولا يصح وقوع هذا العنوان.

الثالث: وقد ذكره بعض المعاصرين بأن يكون متعلق البيع نفس ورقة السند وليس متعلقه المائة التي هي قيمة السند؛ فلا تباع المائة بتسعين حتى يرجع ذلك الى القرض روحاً ولباً، بل يجعل البيع بين هذه الورقة ومبلغ التسعين فتقول الجهة المصدرة بعت هذه الورقة - التي تتمكن بعد شهر بواسطتها من الحصول على مائة- بتسعين؛ لأن هذه الورقة غير عادية بل لها إعتبار حيث يمكن بواسطتها سحب مائة من البنك وبناءً عليه لا يلزم محذور الربا لأن نفس العوضين من الورقة والتسعين ليسا من المكيل أو الموزون، والقول انه قرض روحاً غير مقبول، وإنما يكون له وجه لو فرض ان البيع كان

(١) فقه البنوك ص ٩٠ - ٩١ السند

بين التسعين والمائة، فإن التسعين عين المائة مع زيادة فيصدق ان التسعين قد مُلكت بشرط ضمان المثل الى أجل معين وهذا بخلاف لو كان متعلق البيع هو الورقة فإنها ليست مثلاً للتسعين ليقل: مُلكت التسعون بشرط الضمان للمثل الى أجل. وقد ذكرنا هذه الفكرة بمسألة بيع الشيكات.

والجواب عنه: بأن الورقة لا مالية لها وهي ليست عوضاً في البيع بل العوضان هما التسعون والمائة بدليل انه لو مزقت الورقة ولو عمداً فلا خسارة في البين لإمكان كتابة ورقة ثانية بدلها وهذا بخلاف النقود فإن تمزيقها خسارة لها ولو قبل الطرف الآخر بالتعويض فإن ذلك لا يعني عدم تحقق الخسارة بل هناك خسارة مالية غايته تحملها الطرف الآخر بخلاف ورقة السند فإنه لا توجد أي خسارة حيث تبدل بمثلها وذلك يكشف عن عدم كونها طرفاً في البيع^(١)

والنتيجة ان بيع السندات محل اشكال لأن واقعه أما بيع أو قرض أو بيع الورقة وكلها غير خالية من الإشكال.

الوساطة: سواءً أكانت للبنك أو للسمسار أو للشركة هل تؤخذ بإعتبارها جائزة أم

لا؟

وهنا ينبغي التفصيل بين ما إذا كان البيع للسند أو للسهم جائزاً في نفسه، فتكون الوساطة على امر مباح وتكون جائزة، وبين ما اذا كان بيع السند أو السهم محرماً، كما في بعض حالات بيع الأسهم ومعظم حالات بيع السند فتكون الوساطة محرمة لأنها وساطة على أمر محرّم.

(١) فقه البنوك ص ٢٩٥ - ٢٩٦ الإيرواني

ولو قلنا بجواز وساطة البنك أو غيره فهل تدخل الوساطة تحت عنوان الإجارة أو الجعالة أو الصلح؟ نعم ممكن أن تدخل تحت كل واحد من هذه العناوين وكلها وجيهه.

سندات القارضة (المضاربة)

وهي عبارة عن صكوك استثمارية يمثل كل صك منها جزء من رأس مال المضاربة بنحو الإشاعة، ومن يملك من هذه الصكوك والسندات صكاً أو صكين أو أكثر فهو يملك بقدره من رأس مال المضاربة ويكون شريك في الربح بعد تحققه بنسبة الحصة المحددة له) وعلى هذا فيجوز بيع هذه السندات، والصكوك في الأسواق المالية وشرائها، ولا مانع من ذلك لأن كل من يملك من رأس مال المشروع بنسبة مئوية معنوية يجوز له ان يبيع ما يملكه من النسبة على أساس أن هذه الصكوك (للمضاربة) قابلة للتداول بعد انتهاء الفترة المحددة للإكتتاب، وحينئذٍ ان كان البيع بعد الإكتتاب وقبل المباشرة في العمل بالمال أعتبر المعاملة نقداً بنقد، لأن رأس ماله لا يزال نقوداً ولا مانع من ذلك والمغايرة بين الثمن والمثمن موجودة بإعتبار ان الثمن نقد خارجي معين والمثمن نقد خارجي مشاع بلا فرق بين ان يكونا متساويين أو متفاضلين، وان كان بعد المباشرة في العمل، حينئذٍ قد يكون المثمن عيناً خارجية وقد يكون ديناً وقد يكون مركباً منهما فقط ويكون مركباً منهما ومن النقد جميعاً فإن بيع وشراء الصكوك في تمام هذه الصورة صحيح شرعاً، بشرط ان تكون المضاربة على المعاملات الشرعية في الإسلام^(١)

سوق الأوراق المالية أو سوق تداول الأسهم والسندات يقسم الى قسمين غير منظم ومنظم، ويطلق على الأول السوق الغير الرسمي أو السوق المفتوح أو سوق فوق الحاجز وكل ذلك تعبيرات عن شيء واحد وهو السوق غير الخاضع للنظم، ولا تتوفر فيه كفاءة التداول من حيث عدالة الأسعار، التي قد تتلاعب بها سلوكيات السماسرة والوسطاء وحتى المستثمرين والمضاربين فإن لهم تأثير كبير في تحديد الأسعار هبوطاً وصعوداً، وكذا لا توجد موازنة بين العرض والطلب.

وأما السوق المنظم: وهو ما يعرف (بالبورصة) فهو سوق منظم للأوراق المالية، ومكان تنعقد فيه صفقات تداول الأسهم والسندات وتبادلها بالبيع والشراء بطريقة منظمة، ويتم فيها تداول الأسهم والسندات المسجلة بها فقط لا مطلقاً، ويكون تداولها خاضعاً لقوانين وإجراءات معينة رسمية وفي أوقات محددة، والتداول فيها بواسطة الوسطاء المتخصصين المسجلين لدى دائرة التسويق بالتعامل في هذه الأسواق كالسماسرة ونحوهم حيث انهم يقومون بتنفيذ أوامر عملائهم بيعاً وشراءً ويكون التداول فيها بشكل وبصورة مسموعة ومقروءة، ويتم التداول فيها بدون ان يكون هناك تماس بين السماسرة والعملاء وتشرف على نشاطات السوق هيئة رقابة متخصصة، ولهذا المزايا تكون البورصة سوقاً مثالياً لبيع وشراء الأسهم والسندات المالية، ولهذا الرقابة يستبعد امكانية تواجد إتفاقيات سرية وحدوث سلوكيات غير قانونية، كالتلاعب بالأسعار وإستغلال المعلومات، ثم ان المستثمر يستعين بأحد الوسطاء لتحقيق رغبته في التعامل بالأسهم بأفضل الشروط في وقت مناسب والوسيط بحكم إطلاعه وتخصصه والمامه بأوامر العرض والطلب المتاحة في السوق يمكن ان يحقق آمال المستثمر في البيع والشراء، ولذا يكون

لكل سوق من أسواق البورصة سماسة سواء أكان من السوق المنظم أو غير المنظم وأسواق فوق الحاجز والوسيط مصرح له الإذن بممارسة تداول الأسهم والسندات لحساب عملائه، وقد يكون الوسيط همزة وصل بين المستثمرين والسماسة وقد يمارس مهمة السمسرة أحياناً، وللمستثمر حرية إختيار الوسيط وتحديد الشروط والاسعار التي يرغبها لإجراء التداول ولا يجوز له التعدي عما حدده المستثمر من الشروط والاسعار.

نعم قد يعول عليه لثقتة فيه، وعلى هذا الأساس فإن العملاء الذين يرغبون في التعامل بالأوراق المالية والأسهم يتصلون بالوسطاء، كالبنك أما بالهاتف أو بأي طريق آخر أو يصدرن أوامر البيع والشراء للأسهم اليهم، والبنك بعد التأكد وتحصيل الإطمئنان والوثوق بالمسألة ووجود أرصدة لهم عنده يقبل التوسط ويبدأ بالإتصال بالبورصة للوقوف والإطلاع على سير الأسعار فإذا كانت بالنحو المرغوب فيها للعميل قام بإنجاز الشراء أو البيع عن طريق سماسة الأوراق المالية والأسهم أو ممثل خاص له. نعم بإمكانه التعامل بالأسهم مباشرة بدون وسيط في السوق غير منظم والمفتوح، كما ان هناك سوقاً آخر يتم فيه تداول الأسهم في شركات الإستثمار بطريق مباشر ولا يتقيد بأن يكون من طريق الوسطاء^(١)

(١) البنوك ص ١٩٢ - ١٩٤ - الفياض

خلاصة بحث الأسهم والسندات

- ١- تجوز المساهمة والمشاركة في الشركات التي تنتقيد بموجب قراراتها التأسيسية بأن لا تتعامل الا في حدود دائرة الشرع فيفرض الإستفادة من أرباحها التي تحصل عليها، كما يجوز شراء أسهمها بدافع الإتجار بها بيعاً وشراءً في السوق والإستفادة من فوارق الأسعار التي تعرض عليها يومياً.
- ٢- لا يجوز تداول الأسهم في الأسواق مباشرة أو بواسطة وسيط في الشركات التي لا تنتقيد بالتعامل في حدود الشرع كما لا تجوز شراء أسهمها بغرض الإتجار بها كسلع.
- ٣- يجوز تداول الأسهم في الأسواق مباشرة أو بالوسيط بكل اشكال البيع والشراء من التعامل والآجل أو السلم؛ وذكرنا أوجه تكييف عديدة وحكم كل واحدة منها على ما تقدم.
- ٤- وتقسم الأسهم الى عادية وممتازة واسهم تمتع وبين حد كل واحد منها طبقاً للمصادر المصرفية.
- ٥- ذكرنا اقسام الشركات المساهمة وبيئنا المساهمة في الشركات الأجنبية بتفاصيلها.
- ٦- ذكرنا أوجه الشبه ما بين السند والسهم وأوجه الإختلاف بينهما.
- ٧- بيع السند محل اشكال على ما يمكن بيعه أو قرضه أو بيع ورقة السند وجميعها غير خالية من الإشكال.

فتح الإعتاماد

وقد عرفت المصادر المصرفية الإعتاماد: هو عقد يتم بمقتضاه وضع مبلغ معين من النقود تحت تصرف العميل خلال مدة محددة يقوم خلالها العميل بصرف المبلغ كله أو بعضه، أو بسحب شيكات عليه أو بتحرير أوراق تجارية مسحوبة عليه أو أي طريقة أخرى يتم الاتفاق عليها بين البنك والعميل وفي مقابل هذا يتعهد العميل برد المبالغ التي قام بسحبها عند إستحقاق الإعتاماد وما يتم الاتفاق عليه من فائدة محددة مضافاً إليها عمولة أقصى رصيد مدين والمصارف البنكية التي يتحملها البنك لخدمته^(١)

إذن هو متعهد بوضع المبلغ مبلغاً تحت تصرف العميل في فترة محددة وله ان يسحب مبلغ الإعتاماد كله أو بعضه على فترات أو بالشكل المتفق عليه في طول تلك الفترة، وأثره تعهد البنك والتزامه بإيجاد الإعتاماد والائتمان للعميل، وأما العميل فهو لا يكون ملزماً بإستعماله، فإذا استخدم العميل مبلغ الإعتاماد فعلاً أصبح العقد لازماً من الطرفين، وعلى العميل حينئذٍ ان يرد المبالغ التي يسحبها من الإعتاماد مع فوائدها فيما لو استعمل المبلغ وسحب منه وأما اذ لم يضطر في عملياته التجارية الى سحب الأموال الموضوعه تحت تصرفه فلا يلزم دفع الفائدة عنها، لعدم تحقق عملية القرض على أساس انها مشروطة بقبض المال المقترض وما لم يتحقق القبض فلا قرض^(٢)

ومن الواضح ان إستخدام العميل للمال هو اقتراض مع الفائدة وهو غير جائز، وهل يمكن تكييف هذه الفائدة فقهياً بفائدة غير ربوية أو لا؟.

(١) المصطلحات المصرفية ص ٦٣ د - عبد المعطي محمد حشاد
(٢) البنوك ص ١٠٤ الفياض

وأجيب عنه: بإمكان ذلك، بتقريب ان من حق البنك أن يتقاضى عمولة من العميل لقاء قيامه بعملية عقد فتح الاعتماد وهو مقدار من ماله تحت تصرف العميل متى شاء على أساس ان هذه العملية ليست افتراضية التي تتمثل في دفع المقرض نفس المال الى المقرض.

نعم اذا قام العميل بسحب ذلك المال من البنك كلاً أو بعضاً تحقق القرض بالنسبة للمال المقبوض، وما دام لم يسحب منه فلا قرض.

وهو غير تام: اذ العرف العقلاني لا يقر بهذه العملية مالية إضافية وراء نفس المال الذي وضع تحت تصرفه بل ماليتها هي مالية نفس ذلك المال ولهذا لا تقبل الضمان ولا تصح الجعالة عليها ولا الإجارة، وعليه فأخذ العمولة عليها في الحقيقة اخذ العمولة على المال المسحوب والمقترض وهو ربا محرم وعلى هذا لا يمكن هذا التكييف الشرعي.

نعم لو اشترط العميل على البنك القيام بتلك العملية في ضمن إيقاع عقد كالهبة أو البيع او الصلح مع أخذ نسبة الفائدة فيه بعين الإعتبار، فيكون العقد بيع او هبة بشرط الإقراض ويكون المقرض هو العميل والمقرض هو البنك والفائدة التي تؤخذ على القرض تكون بنفس مقدار النقصان من القيمة السوقية في البيع، والهبة ان يهب المقرض شيئاً معين بشرط قيام البنك بإقراضه مبلغاً معين لمدة معلومة يتفقان عليها ويكون الموهوب بمقدار الفائدة التي يريدتها البنك.

فتح الإعتام المستندي

وقد عرفته المصادر: بأنه تعهد كتابي صادر من البنك فاتح الإعتام او المصدر بناءً على طلب مستورد معطي الأمر والمفتوح الإعتام المستندي لصالحه بناءً على طلبه لصالح مورد البائع أو المصدر أو المستفيد المفتوح الإعتام المستندي لصالحه، يتعهد فيه البنك بدفع أو قبول كمبيالة أو كمبيالات مستندية مرفقاً بها مستندات السحب اذا قدمت مطابقة تماماً لشروط الإعتام، وتنقسم الإعتامات المستندية من حيث طبيعة الإلتزامات المترتبة عليها الى نوعين:

١- إعتام مستندي قابل للإلغاء أو الرجوع فيه.

٢- إعتام مستندي غير قابل للإلغاء او الرجوع فيه.

الأول اقل انواع الإعتامات المستندية من حيث الضمان فهو مجرد إخطار من البنك فاتح الإعتام لصالح المصدر من دون أي التزام من قبل البنك وهذا النوع نادر الإستعمال لأنه لا يكفل الضمان الكافي للمصدرين.

واما الثاني فيلتزم فيه البنك فاتح الإعتام التزاماً قاطعاً لا رجوع فيه بالدفع أو التعهد بالدفع، وعموماً يحب البعض صراحةً في الإعتامات كافة عما اذا كانت قابلة للإلغاء من عدمه، وفي حال غياب النص يعتبر الإعتام قابلاً للإلغاء^(١)

بيان: قد يكون عقد فتح الإعتام جائزاً ويسمى في عالم البنوك بالإعتام القابل للإلغاء أو بالإعتام غير المؤبد، ويقتصر دور البنك في هذا النوع من الإعتام على مجرد إخطار المصدر، المستفيد بأنه قد فتح الإعتام لحسابه بناءً على طلب الأمر إعتاماً في

حدود مبلغ معين من دون أي التزام أو مسؤولية من جانب الأمر وهذا النوع غير مرضي في التبادل التجاري بين المصدر والمستورد الا في حالات خاصة وهي ما اذا كان عنصر الثقة بين البائع والمشتري وطيداً وفي مثل هذه الحالة اختار هذا القسم من الإعتماد، على أساس انه رخيص، وقليل التكاليف، فلا داعي لأختيار الإعتماد غير القابل للإلغاء والمؤيد.

هذا والإعتماد المستندي هو عقد يتعهد بموجبه البنك ويلتزم على عاتقه ان يدفع ثمن البضاعة نقداً او يقبل الشيكات عند تسلم المستندات من المصدر بكامل شروطها المتفق عليها مسبقاً، وذلك بموجب طلب فاتح الإعتماد - المشتري المستورد- من البنك وذلك لصالح المصدر بالخارج مقابل عمولة محددة، فإذا تم الاتفاق على ذلك اصدر البنك خطاب ضمان وتعهد الى المصدر، واصدر خطاب ضمان وتعهد الى المشتري -المستورد- يتعهد فيها بجميع ما في الإعتماد المستندي من الشروط، خذ لذلك مثلاً لو أراد تاجر عراقي استيراد بضاعة اجنبية من الخارج عن طريق البنوك، يصدر أوامره وتعليماته الى أحد البنوك المحلية في العراق لفتح اعتماد مستندي لصالح المصدر الأجنبي، ويذكر كافة تفاصيل التي يجب ان تظهر في المستندات التي يطلبها من المصدر قبل دفع الثمن له، وحينئذ يقوم البنك في العراق بالإتصال مع بنك مراسل الذي يعمل كوكيل له في بلد المصدر، ويرسل الى البنك المراسل اشعاراً بفتح اعتماد مستندي لصالح المصدر، فيقوم البنك المراسل بتقديم الإشعار الى المصدر ويحتفظ بنسخة منه، وذلك فيما يسمى بعالم البنوك بخطاب الإعتماد، واذا تسلم المصدر خطاب الإعتماد من البنك الوكيل إطمئن بدفع الثمن من المشتري، ومن ثم يبدأ بتحضير البضاعة المباعة واتخاذ إجراءات

التصدير بحراً أو جواً أو براً، وعند ذلك يقدم البنك المراسل مستندات البضاعة المتمثلة في سند الشحن ووثيقة التأمين وفاتورة الثمن، ويطلب منه تسليم الثمن المتفق عليه في عقد البيع والمذكور في الاعتماد المستندي، فإن وجدها سليمة ومطابقة لجميع الشروط والمواصفات الواردة في الاعتماد المستندي قام بدفع الثمن للمصدر، ثم يقوم البنك المراسل بإرسال المستندات الى البنك الأصلي، وأثر فتح الاعتماد المستندي تعزيز عنصر الثقة بين المصدرين والمستوردين، فالمصدر في الخارج لا يعرف الشخص المستورد ولعله يصدر اليه بضاعة لا يسدد اليه ثمنها أو يتسامح في ذلك، وهكذا المستورد فهو لا يعرف المصدر ولعله يدفع اليه الثمن ولا يحول له البضاعة أو يتسامح في ذلك كما لو أرسلها على خلاف المواصفات المطلوبة، ففي مثل هذه الحالة يحتاج الى طرف يكون وسيطاً بين الجهتين، فيتعهد -البنك الوسيط- للمصدر بأن يدفع له كامل الثمن متى ما حول البضاعة كاملة على طبق المواصفات المطلوبة ويتعهد للمستورد بتواجد تمام المواصفات في البضاعة وانها تصل اليه بمجرد دفع الثمن فالوسيط هو البنك بين الطرفين والمتعهد لهما، فإذا أراد شخص الأستيراد فالتاجر المصدر الموجود في الخارج لا يقبل التصدير الا اذا ابرز المستورد تعهد البنك بدفع كامل الثمن عند دفع البضاعة بمواصفاتها، وطلب التعهد من البنك عبارة أخرى عن الاعتماد المستندي، فالإعتماد المستندي هو تعهد من البنك بدفع كامل الثمن عند دفع البضاعة بمواصفاتها المطلوبة، ولذا ينقسم الاعتماد المستندي الى:

١- اعتماد مستندي للتصدير أو قل اعتماد تصدير.

٢- اعتماد مستندي للإستيراد او قل اعتماد استيراد.

ولا فرق بينهما لباً الى من جهة ان المستورد يطلب فتح اعتماد استيراد والمصدر يطلب فتح اعتماد تصدير.

والإعتماد المستندي مضافاً الى اشتماله على الفائدة المذكورة وهو إطمئنان كل من المصدر والمستورد في دخول ما يريده من الطرف الآخر على ما اتفق عليه بينهما، يشتمل على قضية أخرى، وهي ان الإستيراد والتصدير يكون عادةً بالعملة الصعبة ولأجل ان يحافظ البنك على العملة الصعبة وعدم إخراجها الى الخارج بحجة الاستيراد والتصدير، فيطلب البنك ان يكون الإستيراد والتصدير بواسطته وان يكون تسليم العملة الصعبة بواسطته حتى ينحصر أخراجها في حالتي التصدير والإستيراد بالبنك فقط، فهو يحافظ على العملة الصعبة في البلد ولا يتم إخراجها الا عن طريقه. فالبنك حينما يعرض فتح الإعتماد المستندي انما لفائدة ترجع اليه وهي المحافظة على عملة البلد الصعبة من التهريب. ويأخذ البنك مقداراً من المال عن كل من أراد فتح اعتماد سواءً استفاد منه من خلال التصدير أو الإستيراد أو لم يستفد.

وفي أحيان حينما يوافق البنك على فتح الإعتماد فهو لا يأخذ من طالب الاعتماد ثمن بضاعته كله بل يأخذ بعضاً منه، ويتولى البنك بدفع المبلغ المتبقي من الثمن عن المشتري - المستورد- وهذه القضية تصب في مصلحة فاتح الإعتماد حيث يكون بقية الثمن تحت تصرفه حيث يستفيد منه في مجالات أخرى أو قد لا يكون عنده تمام ثمن البضاعة فيسدد البنك عنه بتسهيل امره في عملية الإستيراد.

ومن الواضح ان البنك يأخذ منه عمولة وفوائد بعدد الأيام أو ما شاكل ذلك.

وفي أحيان قد يحصل فاصل زمني بين تحويل البضاعة من المصدر وبين تسلّم الثمن فيطلب المصدر حينئذٍ فوائد على الثمن في هذه الفترة المتخللة.

وهنا تطرح بعض الأسئلة التالية بعد اتضاح فكرة الإعتماد المستندي:

السؤال الأول:

هل فتح الاعتماد وأخذ الأجرة عليه جائز؟ وكيف تُكَيَّف هذه العملية فقهياً؟

والجواب: نعم يجوز فتح الاعتماد وتجاوز أخذ الأجرة عليه من قبيل البنك أما جواز فتح الاعتماد من جهة عدم وجود ما يجعله محرماً من العناوين، فهو أداء خدمة عقلائية مباحة فإن التعهد للطرفين أمر مباح لا بأس به.

وأما جواز أخذ الأجرة عليه فباعتبار أنه خدمة عقلائية ولها قيمة عند العقلاء فتجوز أخذ الأجرة عليها.

وأما تكييف ذلك فقهياً فيمكن ان يكون من باب الاجارة حيث ويستأجر طالب فتح الاعتماد البنك على ان يتعهد عنه للطرف الآخر لقاء دفع اجرة معينة، كما يمكن تخريج ذلك جعلالة فيقول الجاعل - طالب فتح الاعتماد للبنك - إن تعهدت لي فأنا أدفع لك كذا مبلغ.

وقد يستشكل فيهما بأن متعلق الاجارة وكذا الجعالة غير موجود فيما نحن فيه لأن متعلق الاجارة هو ان يدفع البنك من نفسه الى المصدر ثم بعد ذلك يأخذ مقابل ما دفعه من الدين وهذا لا يمكن الا بعد اقراض البنك للمستورد ثم دفعه عنه بالوكالة فالاعتماد والاجارة والدفع متوقف على الاقراض، ثم دفع الثمن الذي اقرضه للمستورد

قاسم الطائي (٣٤٩)

بالوكالة فمتعلق التسديد من الثمن وهو ليس بموجود الا بعد الاقراض فمتعلق الاجارة غير مقدور الا بالواسطة وهي ايجاد وانشاء عملية القرض - الاقراض - .

ويمكن الاجابة عنه بأحد أمرين:

الأول: كفاية القدرة بالواسطة على متعلق الاجارة نظير ما ذكره في (خط لي الثوب من جنس ما هو عندك) فهي متوقفة على ابتياع المستأجر من الاجير جنس الثوب، ومتعلق الاجارة هي الخياطة وهي متوقفة على ابتياع الثوب وعليه فمتعلق الاجارة مقدر ولو بالواسطة.

والمقام فيه متعلق الاجارة - وهو التسديد - متوقف على وجود الثمن وهو متوقف على الاقراض ولكن لا مانع من ذلك لأن متعلق الاجارة وأن يكن موجوداً بالفعل إلا انه مقدور بالواسطة.

الثاني: يعدم توقف عملية الاعتماد على الاقراض بالطريق السابق وإنما البنك يدفع للمصدر مباشرة الثمن لإبراء ذمة المشتري - المستورد- بأمر من المشتري للبنك بتسديد الثمن وهو أمر ضمانى نظير قول القائل أذفع عني ديني وحيث هو اتلاف بأمر من شخص آخر فأمره يكون ضمانياً باعتبار هو من سبب بالأتلاف لمال المأمور وحينئذٍ فلا حاجة في الاجارة وهي تسديد الثمن الى عقد القرض.^(١)

وهذا البيان يتضمن ضمان بنفس المال المدفوع ولا يتضمن الفائدة.

السؤال الثاني: أخذ البنك فوائد على المبلغ المتبقي الذي دفعه جائز أو لا؟

(١) فقه البنوك ص ١٥١-١٥٢ السند

وجوابه: أنه غير جائز عندما دفع المبلغ المتبقي يكون قد اقترض الفاتح ومن الواضح أن أخذ فائدة على القرض ربا محرم.

الا ان السيد الخوئي (قده) ذهب الى الجواز وبيّن ذلك: ان البنك لا يقترض المستورد حيث يكون أخذ الفائدة أخذاً لها على القرض، بل البنك يدفع مال نفسه لأجل طلب المستورد منه حيث يقول له ادفع من أموال نفسك المقدار المتبقي فيكون المورد من مصاديق الامر بالعمل الموجب للضمان بالسيرة العقلائية نظير قول البناء أين الدار فإن نفس طلب العمل موجب للضمان بالسيرة العقلائية الممضاة بعدم الردع شرعاً، فالمورد لا يكون من مصاديق القرض ليكون أخذ الفائدة محرماً لأنه ليس قرضاً بل مورده لأمر بالعمل فلا محذور في أخذ الفائدة.

ويظهر ذلك من الشيخ حسين الحلبي (قده)^(١)

وفيه: ان هذا الوجه يصلح لضمان المال الذي دفعه البنك الى المصدر وهو بأمر المستورد فيوجب ضمان ما دفعه البنك لا أكثر وهو مقدار الفائدة المقروضة للبنك، والسيرة القاضية بضمان ما أمر بعمله خاصة وأما الزائد فلا تقتضي ضمانه. فهذا الوجه لا يصلح لضمان الفوائد.

نعم فكرة الجعالة ممكنة فالمستورد يجعل للبنك مقدار ما وضعه من الثمن مضافاً اليه مقدار الفائدة فتكون الفوائد مضمونه من باب الجعل لا من باب الامر بالعمل.

وفيه: ان هذا عرفاً يكون من أخذ الفائدة على الدين وان فكرة الجعالة لا تدفع هذا الاشكال وان دفعت الاشكال السابق؛ وذلك لتجريد دليل حرمة أخذ الفائدة على

(١) منهاج الصالحين ج ١ ص ٤٠٩ م (٨)، بحوث فقهية تقرير بحث الحلبي ص ١٣٢

القرض عن خصوصية القرضية فيدل عرفاً بالالتزام على حرمة أخذ الفائدة على كل دين وإن لم يكن بواسطة القرض، وهنا الدين ثابت بسبب الأمر بالعمل حيث يكون مضموناً على الأمر للبنك، وعليه فهذا التوجيه الذي ذكره للخوئي (قده) لتحليل أخذ الفائدة من البنك على دفعه المقدار المتبقي من الثمن غير خلي من الاشكال.

وهنا محاولة للسيد السيستاني (حفظه الله): وهي ان البنك حينما يدفع الى المصدر بقية الثمن فهو يدفعها بالعملة الصعبة الخارجية لأن المصدر من بلد خارج وهو يريد الدفع بعملته وحينئذٍ يبيع البنك مقداراً من العملة الاجنبية على المستورد بما يعادلها بالعملة المحلية مضافاً لها مقدار الفائدة.

نعم هذه الفائدة قد لا تكون مضبوطة إذ عدد الايام ليس مشخصاً فيلزم جعالة الثمن.

ويمكن التخلص من ذلك بأخذ الفوائد بنحو الشرطية لا بنحو الجزئية، والجهالة بالشرط لا تضر ومع ذلك لا يلزم أخذ الفوائد على القرض ليقوع في الربا وليست المسألة مسألة الأمر بالعمل بل المورد من مصاديق البيع بالشكل الموضح.^(١)

نعم لا يلزم أخذ الفوائد على القرض لكن يلزم اخذها على عدد ايام التأخير غير المشخصة وهو ربا ايضاً، والتصحيح بأخذها بنحو الشرطية غير مفيد بعد ان كانت ربا ايضاً وأن جهلت.

السؤال الثالث: هل يجوز للمصدر أخذ الفوائد على الثمن قبل ان يتسلمه؟

(١) منهاج الصالحين ج ١ ص ٤٣٢ مستحدثات المسائل م ١٠ السيستاني.

والجواب عنه: أنه يمكن تكييف حلية الفائدة لأن أخذها ليس من باب القرض والفائدة عليه، بل من باب الاشتراط ضمن عقد البيع، كما لو ان شخصاً باع آخر شيئاً بمقدار من الثمن واشترط مع الثمن ان يدفع له خاتم فضة أو ثوب حرير فلا اشكال في ذلك فإنه شرط مباح.

ولا يخلو من اشكال، إذ البيع بما يعادلها بالعملة المحلية في أي يوم إذ سعر البيع للعملات الاجنبية يختلف مع الوقت صعوداً ونزولاً فيتضرر بالخسران أما البنك وأما المستورد، ولا وجه ان يسعر على يوم الدفع الى المصدر.

كما ان البيع لا بد وان يكون بسعر السوق حين التسديد لا أكثر والا اصبحت العملية ربوية كما قرناه في بحث بيع الدولار بالآجل.

كما وأشكل بعض، بوجود ارتكاز عقلائي بأن جميع العملات هي شيء واحد وليست اشياء متعددة، فإن تسميتها مختلفة من الدينار والدولار والتومان وبمجرد اختلاف التسمية لا يخرجها عن كونها شيئاً واحداً ويكون بيع العملة بأخرى أشبه ببيعها بمثلها مع الزيادة الى أجل فهذا لباً قرض ألبس لباس البيع، وبعد كون العملات واحدة روحاً يكون المورد من موارد القرض وقد ألبس لباس البيع.

الا ان هذا الاشكال ضعيف، لما مر منا في بحوث سابقة ان حافضية العملات تختلف ولذا تختلف الرغبة فيها ولا تكون العملات واحدة بل مختلفة لاختلاف حافضية كل منها للمالية عن الاخرى، فيصح البيع بعملة أخرى مع التفاضل خصوصاً في حدود سعر السوق ليوم المعاملة.

ومن حق البائع أو المشتري ان يشترط مع الثمن أو المثلن ما أراد كل واحد منهما، والمقام كذلك فأن البائع - المصدر - يشترط على المستورد مقداراً من المال ما دامت البقية من الثمن لم تصل اليه فإنه شرط سائغ وليس المورد من موارد القرض لتكون المطالبة بالفائدة ربا محرماً.^(١)

ولا يخلو من اشكال لأن كون الشرط ضمن البيع لا يخرج عن كونه ربا؛ إذ ليس الربا القرصي مخصوصاً بعقد القرض، بل هو الزيادة في أي دين متولد من أي عقد. وإذا فرض عدم صحة ذلك واختصاص الربا بالقرض فأن مقابلة الزيادة للتأجيل يكفي فيها تقييد اشتراطها بظرف التأجيل أو بقيد التأجيل.

على ان اشتراط كون شيء في مقابل الاجل بنحو شرط النتيجة غير جائز ولو وقع ضمن عقد البيع لأنه من اشتراط الربا.^(٢)

والنتيجة: ان المتفاهم العرفي من أدلة حرمة الربا بمناسبة الحكم والموضع الارتكازية، هو حرمة إلزام الدائن مدينه بالزيادة على مقدار الدين سواءً كان الدين حاصلًا بأي عقد ولو بالأمر بالأتلاف الموجب للضمان، والعرف لا يرى خصوصية للقرض الا كونه سبباً للدين واشتغال الذمة، وهو مقتضى اطلاق بعض الروايات للمسألة. وأجاب شيخنا الفياض عن أخذ الفائدة من قبل المصدر حال تأخير المستورد بالدفع بما ذكر آنفاً حيث يشترط في عقد البيع على المستورد ان يدفع ديناراً مثلاً عن كل شهر يسبق تحصيل الثمن، فأن المستورد حينئذٍ يكون ملزماً بالدفع عن كل شهر

(١) فقه البنوك ص ٣٠٩ الايرواني
(٢) فقه الحيل الشرعية ص ٢٣٩ السند

يتأخر فيه عن الدفع وليس ذلك إلزاماً بالربا المحرم، لأن ذلك الإلزام إنما هو بحكم عقد البيع لا بعقد القرض حتى يكون ربوياً.

نعم إذا اشترط عليه ان يكون له دينار في كل شهر يتأخر فيه عن دفع الثمن بنحو شرط النتيجة، لم يجز وإن كان في عقد البيع لأن المستورد حينئذٍ يكون ملزماً بوضع الدينار للمصدر، على اساس ان مالك له في مقابل الاجل، وهو من اشتراط الربا، وهذا بخلاف ما إذا كان بنحو شرط الفعل، فأن إلزام المستورد إنما يكون بحكم عقد البيع لا بحكم عقد القرض، ولا بحكم كونه عوضاً مملوكاً في مقابل الأجل كما في شرط النتيجة.

والخلاصة: ان شرط المدعى في المقام بما انه غير واقع في عقد القرض لكي يكون ربوياً، ولا هو من اشتراط كون المال مقابل الاجل بنحو شرط النتيجة لكي يكون من اشتراط الربا، بل هو واقع في عقد البيع بنحو شرط الفعل والإلزام به بملاك أنه في عقد البيع.

ويلاحظ عليه: أنه لا يفرق الأمر بين كون الشرط بالدفع عن كل شهر يسبق تحصيل الثمن، وبين ان يشترط الدينار في كل شهر يتأخر فيه عن دفع الثمن، فأن محصل كليهما واحد، وهو أخذ الدينار المشروط لقاء التأخير في دفع الثمن، فيكون دفعه في مقابل الأجل وهو من اشتراط الربا.

وتقدم منا ان الزيادة عن كل دين من أي حصل غير جائزة وان كانت من البيع. والفرق بين اشتراط النتيجة والفعل غير واضح لينتج ان إلزام المستورد هو بحكم البيع على شرط الفعل، وإلزامه على شرط النتيجة هو في مقابل الأجل كالقرض، وحيث

لا يكون شرط الفعل الا بانشاء مستقل وهو غير موجود، فيكون واقع الشرط على نحو النتيجة لا الفعل.

وههنا بعض الحالات ذكرها بعض الفقهاء نذكر بعضها:

الحالة الأولى: ان ديون البنوك على المستثمرين ورجال الاعمال المستوردين للبضائع من الدول الاجنبية أو تصديرها اليها بواسطة الاعتمادات المستندية لديها على نوعين:

الأول: ان تكون الديون بموجب عقد القرض الواقع بين المستورد والبنك، فالمستورد يرجع الى البنك ويفترض منه مباشرة مبلغاً محدداً ثم بعد قبض القرض يسلم المبلغ الى البنك ليؤدي دوره بتكليف البنك المراسل في بلد المصدر بدفع الثمن عند تسلمه مستندات ملكية البضاعة كاملة.

الثاني: ان لا يرجع المستورد الى البنك لا هو ولا وكيله، بل يتصل به ويطلب منه الاعتماد المستندي ووضع ثمن البضاعة للمصدر في بلده عند تسلم المستندات منه، وبهذا يصبح المستورد مديناً للبنك بقيمة ثمن البضاعة.

ولا فرق في الحالتين من هذه الناحية، وإنما الفرق من ناحية أخرى، وهي اختلاف سبب الدين، من حيث كونه قرضاً في الحالة الأولى، ومن حيث كونه أمراً بالاتلاف، لأن المستورد هو من أمر البنك بالدفع لدينه الى المصدر في بلده الاجنبي — ثمن البضاعة — فإذا أدى البنك ذلك ودفع الثمن من ماله الخاص ضمن المستورد قيمة المال التالف لأنه كان يأمره ولا مانع من وفاء دين كل شخص بمال شخص آخر حتى تبرعاً فضلاً بما كان بأمر الشخص المدين.

فإذا ما طالب البنك بالزيادة فما هو حكمها؟

قد يقال: بالفرق بينهما، حيث الأولى هي زيادة على المال المقترض في عقد القرض فتكون ربوية، وفي الحالة الثانية لا تكون كذلك، إذ ليس فيها عقد قرض بين المستورد والبنك كي تكون زيادة على المال المقترض في عقد القرض، بل فيها ضمان الغرامة للمال التالف بسبب أمره بالاتلاف، ولا يكون هذا ضماناً قرضياً بل هو ضمان اتلاف وعليه لا تكون الزيادة المشترطة على المستورد في عقد القرض كي تكون ربوية ولا يصدق عنوان القرض على ضمان الغرامة، فإنه لا يتضمن تمليكاً معاملياً لا التمليك على وجه الضمان بالمثل ولا غيره، وضمان الغرامة ليست المعاملة بل هو ضمان ابتدائي بموجب الأمر بالاتلاف ولا يتضمن أي تملك عقدي ولهذا لا يجري فيه الربا.

ويمكن مناقشة ذلك:

أولاً: ان المتفاهم العرفي من أدلة حرمة الربا بمناسبة الحكم والموضوع الارتكازية هو حرمة إلزام الدائن مدينه بالزيادة على مقدار الدين بلا فرق بين اسباب الدين، سواء كان حاصلًا من عقد القرض أو كان بموجب الامر بالاتلاف فهو دين ولا يجوز للدائن ان يلزم المدين بالزيادة على مقدار دينه، بل ان هذا هو مقتضى اطلاق روايات المسألة أيضاً.

ثانياً: لو سلمنا اختصاص الربا في عقد الفرض لا مطلقاً فلا يكون إلزام الدائن مدينه في الحالة الثانية محرماً، الا ان ذلك بحاجة الى موجب وسبب يجعل المدين ملزماً بدفع الزيادة فاشترطها في ضمن عقد والمفروض أنه لا عقد هنا غير الأمر بالاتلاف.

فإذن لا يكون اشتراطها عليه من الشرط في ضمن عقد كي يجب الوفاء به ، بل هو من الشرط الابتدائي الذي لا دليل على الالتزام به ولا على صحته.

نعم للبنك ان يقوم في هذه الحالة بعملية اشتراط الزيادة ضمن عقد الجعالة على اساس ان من حق البنك ان لا يقبل تسديد دين المستورد بموجب طلبه للمصدر في بلد اقامته من دون جعل عمولة ، فإذا وافق على ذلك وحدد لقاء قيام البنك بعملية التسديد فإذا قام بها استحق الجعل المحدد بموجب عقد الجعالة وقيمة الدين بضمان الاتلاف.

والحاصل ان البنك بعد قيامه بالعملية المذكورة استحق أمرين :

أحدهما : قيمة الدين بموجب الأمر بالإتلاف.

والآخر : الجعل بموجب عقد الجعالة.

وقد يناقش في صحة عقد الجعالة في المقام.

بتقريب ان صحتها مبنية على ان يكون للعمل المجعول عليه قيمة مالية عند

العرف والعقلاء على اساس ان الجعالة مركبة من أمرين :

أحدهما : الأمر بالعمل الذي تكون له أجره المثل في نفسه وقابل للضمان.

والآخر : تعيين الجعل والاجر بازاء ذلك العمل.

والجزء الأول : منها هو ملاك الضمان وهو من ضمان الغرامة لا المعاوضي.

والجزء الثاني : يحدد قيمة العمل المضمون بضمان الغرامة ، حيث ان الاصل في

الضمان هو أجره المثل ما لم يحصل الاتفاق على الضمان بغيرها وحيث أنه ليس لعملية

التسديد مالية وراء مالية نفس المال المسدد ، فلا يحق للبنك ان يتقاضى عمولة لقاء قيامه

بعملية التسديد زائدة على قيمة المال المسدد ، فلا يتحمل المورد الا ضماناً واحداً ، وهو

ضمان الغرامة - المال المسدد- ولا يعقل ضمان آخر وهو ضمان عملية التسديد في مقابل الضمان الأول؛ لعدم الموضوع له وهو المالية، فمن أجل ذلك لا تعقل الجعالة؛ لأنها لا تنشئ الضمان وإنما تحدده في الأجر المعين.

وجوابه: ان العميل إنما يطلب من البنك تسديد دينه لدى المصدر في بلد آخر - أجنبي - ومن الواضح أنه يتطلب جهداً وعملاً زائداً على مجرد دفع المال الى الدائن، وحينئذٍ يكون من حقه ان يتقاضى عمولة على ذلك إذا طلب منه العميل القيام به، على اساس ان لعملية التسديد عندئذٍ قيمة مالية زائدة على القيمة الحالية للمال المسدد، وبذلك تكون الجعالة مضمونة بضمان آخر غير ضمان المال المسدد ويحدد الضمان في الأجر المعين بموجب عقد الجعالة.

نعم إذا لم تتطلب عملية التسديد للدين جهد وعمل إضافي على نفس دفع المال الى الدائن كما لو كانت العملية في نفس بلد البنك فلا تصح الجعالة عليها لأنه لا ضمان لهما في مقابل ضمان المال المسدد لكي تقبل الجعالة.

والنتيجة ان اشتراط الزيادة في حالتني الاقتراض والأمر بالإتلاف هي من اشتراط الربا الا اذا كان ذلك الاشتراط في عقد الجعالة أو الاجارة.

سؤال: هل بالإمكان تحويل شرط الزيادة الربوية الى غيرها أم لا؟

والجواب: نعم أما في الحالة الأولى فبإمكان ذلك بالطريق التالي، وهو ان المستورد يقوم بعملية الاقتراض من البنك مبلغاً محدداً وبعد القبض يقوم البنك على شراء المبلغ منه بعملة أجنبية في ذمته ويضيف الى المبلغ مقدار الفائدة بدلاً عما إذا اشترطها عليه في عقد القرض فتتحول الفائدة بذلك من كونها ربوية الى غيرها عن طريق البيع والشراء،

ويصبح البنك مديناً للمستورد بعملة أجنبية، ثم يقوم البنك بعملية التسديد عن طريق البنك المراسل في الخارج، ويجوز للبنك عندئذٍ ان يتقاضى عمولة لقاء قيامه بالعملية بتخريجين:

الأول: ان تتطلب بذلك عمل زائد، والثاني: إنها بمثل تأدية الدين في غير مكانه الطبيعي.

والنتيجة أنه لا يجوز للمقرض بنكاً أو غيره أخذ الفائدة على عملية الاقراض ويجوز اخذها إذا تطلبت عملية الاقراض مؤونة زائدة مضمونة، وأما إذا لم تتطلب مؤونة زائدة على مجرد دفع المال الى المقترض كما لو كان القرض في مكان المقرض، فلا مالية زائدة لها على مالية نفس المال المقترض كما مر وعليه فلا يجوز أخذ العمولة عليها، لأن أخذها هو أخذ الفائدة على نفس المال المقترض فيكون ربا، ولهذا لا تصح الجعالة عليه.

وأما في الحالة الثانية، فتخرجها بالنحو التالي.

وهو ان المستورد يوكل البنك من اقراضه مبلغاً معيناً من المال الخاص له ثم يقبضه بالوكالة عنه، وبعد تمامية عملية القرض بالقبض والاقباض يقوم البنك ببيع ذلك المبلغ لنفسه وكالة عنه بعملة اجنبية في الذمة، ويضيف اليه مقدار الفائدة، فتحول الفائدة الربوية الى غيرها عن طريق البيع والشراء كما ان البنك لا يقبل طلب المستورد تسديد دينه للمصدر في بلد إقامته بدون عمولة، على اساس انه تسديد في غير مكانه، مضافاً الى أنه يتطلب مؤونة زائدة.

وفيه: ان الحالة الثانية لا قرض فيها ولا معاملة بين الطرفين وإنما هو ضمان الغرامة في ذمة المستورد لا غير.

نعم ما دام التسديد في غير مكان الدين استحق البنك على ذلك عمولة لأن فيه بدل عمل وجهد زائد.

الحالة الثانية: إذا تقاعس المستورد عن الوفاء بالتزاماته وتخلف لسبب أو لآخر وأمتنع عن تسلم المستندات التي تمثل نقل البضاعة أو عن الوفاء بالثمن، فللبنك ان يحبس المستندات الى فترة محددة من تاريخ اخطاره بوصولها مطابقة للشروط، فأن لم يدفع الثمن خلال هذه الفترة يقوم البنك ببيع البضاعة في الاسواق لإستيفاء ما دفعه الى البائع ثمناً لها.

وتخريج ذلك فقهياً بأحد أمرين:

الأول: ان دفع البنك ثمن البضاعة انما كان بأمر المشتري فهو ضامن له بضمان الغرامة وهي ضمان الاتلاف لأن الاتلاف كان بأمره وحيث أنه ممتنع عن الدفع والاداء كان للبنك ان يقوم ببيع البضاعة لإستيفاء ما دفعه الى البائع من الثمن مقاصة.

وعملية البيع متوقفة على انحصار استيفاء حقه منه، فلو أمكن تحصيل الثمن بطريق آخر كالرجوع الى المحاكم والقضاء لم يجز بيعها لإستيفاء ما دفعه تقاصاً الا اذا انحصر الطريق بالتقاص فيجوز بيعها.

الثاني: أن جواز بيع البضاعة في هذه الحالة على اساس الشرط الضمني من البنك على المستورد في ضمن عقد فتح الاعتماد المستندي، وهذا هو المرتكز بأن المستورد إذا امتنع عن الوفاء بالتزاماته ودفع الثمن فالبنك لا يصبر الى الأبد فلا محالة يتحرك لبيع

البضاعة بعد فترة محددة من تاريخ الاخطار بوصول المستندات، وحينئذٍ يجوز للغير الشراء.^(١)

وهنا إضافة: أنه لو بيعت بنفس الثمن المدفوع للمصدر فلا إشكال، وأما لو بيعت بأزيد منه فهل تكون الزيادة للبنك أو للمستورد، الظاهر انها للمستورد، وأن بيعت بالأقل يبقى الناقص في ذمة المستورد للبنك.

يفترض ان الشرط الضمني يتضمن ان يكون للبنك وكيلاً عن صاحب البضاعة في بيعها وكالة في حال تأخره عن اتلافها حتى بعد اخطاره من البنك وحينئذٍ يتصدى البنك لبيعها فإنه وكيل وشرطها صحيح من بقية الناس لأنه شراء من الوكيل.

الحالة الثالثة: ان اقتراض المستورد من البنك إذا كان ربوياً فهل يجوز للبنك ان يقوم بعملية تسديد دينه المستحق عليه للمصدر في البلد الاجنبي، ويتقاضى منه عمولة على ذلك، على اساس ان العملية بحاجة الى مؤونة زائدة أو لا؟

والجواب: انه جائز بناء على ما هو الصحيح من عدم بطلان عقد القرض الربوي، والباطل إنما هو الزيادة - الربا - وحينئذٍ فالمستورد المقترض مالك لأصل المال المقترض، وإنما لا يملك الزيادة فقط وعلى هذا فيجوز للبنك ان يقوم بعملية تسديد دينه من ماله المقترض وإذا كانت العملية بحاجة الى مؤونة زائدة استحق أخذ العمولة عليها. نعم لو قلنا على بطلان عقد القرض الربوي، وعدم كون المقترض مالكا للمال المقترض، فلا يكون البنك حينئذٍ وكيلاً ومخولاً من قبله في تسديد دينه من ماله المقترض لفرض انه لم ينتقل اليه لبطلان القرض.

(١) البنك ص ١١٨-١٢٤-ص ١٢٩ الفياض

وهناك حالات أخرى ذكرها شيخنا الفياض ترجع الى ما ذكرناه فلا حاجة الى بيانها.

الاعتماد الشخصي

هو ان يطلب العميل من البنك تزويده بطلب - بخطاب - الاعتماد الشخصي بأسمه في الخارج لدى فرع من فروع أو مراسله هناك وحينئذ يقوم البنك بعملية اصدار خطاب الاعتماد لصالحه بموجب طلبه، ويحدد المبلغ في ظهر الخطاب.

والسؤال: هل يجوز ان يتقاضى البنك عمولة لقاء قيامه بهذه الخدمة أو لا؟

والجواب: نعم يجوز له ذلك بلا فرق بين ان يكون للعميل رصيد مالي لدى البنك أو لا يكون.

أما أخذ العمولة في حالة وجود رصيد للعميل، تخرج بأحد وجوه:

الأول: ان يكون خطاب الوثيقة بمثابة التوكيل للعميل الدائن في استيفاء دينه من حساب البنك في الخارج بجنس الدين كان أم بغير جنسه، وحيث أنه لا يجب على البنك المدين تسديد الدائن في غير مكانه الطبيعي، فإذا طلب الدائن منه ذلك، فله ان لا يقبل الا بعمولة.

الثاني: أنه لا يجب على المدين إذا الدين بغير جنسه، فإذا طلب الدائن منه ذلك كان من حقه ان لا يقبل بدون عموله.

الثالث: ان يقوم البنك بشراء عملة محلية حاضرة من عميله بعملة أجنبية في ذمته بسعر الوقت ويضيف اليها مقدار حق العمل، وبعد عملية الشراء والبيع أصبح العميل مالكا للعملة الاجنبية في ذمة البنك بديلاً من العملة المحلية، وحينئذ فالبنك اما

ان يقوم بإحالة العميل الدائن على فرع من فروعها هناك أو على بنك آخر، فإن كان على الفرع فيما أنه يمثل نفس ذمته، فلا حوالة بالمعنى الفقهي، بل هي إختلاف في شكل عملية الأداء على أساس ان الذمة واحدة، وان كان على بنك آخر هناك فهو حوالة بالمعنى الفقهي، وحينئذٍ فإن كان البنك الآخر مدين للبنك الأول كانت الحوالة على المدين والا فعلى البرئ.

والخلاصة ان بيع العملة الأجنبية بالمحلية جائز شرعاً، وحينئذٍ فيجوز للبنك ان يضيف الى الثمن حق العمل أو يتقاضاه من العميل لقاء قيامه بتزويده بخدمات الحوالة في خارج البلد فإن له الا يقبل ذلك الا بعمولة.

أما أخذ العمولة في الحالة الثانية حيث تخرج فقهيّاً بما يلي :

ان يرد خطاب الوثيقة على عميل البنك في خارج البلد الى إقراضه والقرض لا يتمك الا بالقبض، فإذا قبض العميل المبلغ المحدد على ظهر خطاب الإعتقاد أصبح مديوناً للبنك، فإن كانت الفائدة التي يتقاضاها البنك من العميل ان كانت على القرض فهي فائدة ربوية محرمة وان كانت لقاء قيامه بعملية الإقراض في الخارج التي تتطلب جهداً وعملاً زائداً على عملية الإقراض في نفس البلد فهي جائزة، وعلى هذا فيمكن ان يتقاضى فائدة في تلك الحالة لقاء قيامه بهذه العملية لا لقاء المال المقترض هذا من ناحية.

فقہ المعاملات المصرفية (٣٦٤)

ومن ناحية أخرى ان العميل اذا قام بتسديد دين البنك في مكان القرض، فليس من حق البنك ان لا يقبل ذلك، وان قام بتسديده في بلد آخر لا في مكان القرض كان من حق البنك الا يقبل ذلك الا بعمولة^(١)

(١) البنوك ص ١٣٢- ١٣٤ الفياض

خطاب الضمان (الكفالة)

وهي ذات أطراف ثلاثة:

١- المكفول: وهو المتعهد والمقاول

٢- المكفول له: وهو المتعهد له المستفيد، جهة حكومية عامة أم خاصة أم جهة أهلية.

٣- الكفيل: وهو البنك.

فقد تتعاقد الجهة أياً كانت مع بعض المقاولين لإنجاز مشاريع معينة كبناء مستشفى أو مدرسة أو تعبيد طريق أو مجمع سكني أو غير ذلك، وعلى مواصفات معينة وفي فترة زمنية محددة، وقد تشترط الجهة على المقاولين في ضمن العقد والمعاهدة أن يدفع لها مبلغاً من المال في حال عدم إنجاز المشروع وعدم اكماله في موعده المحدد أو الانسحاب منه دون إتمامه، ولتعزيز عنصر الثقة والأمانة للوفاء بالشرط تطلب الجهة المستفيدة من المقاولين ضمانات وكفالات مالية لذلك، والمقاولون يلجأون الى البنك ويطلبون منه الضمان والتعهد لتلك الجهة المستفيدة بالمبلغ المذكور، فإذا وافق البنك على ذلك، أصدر خطاب ضمان يتعهد فيه للجهة المستفيدة بدفع المبلغ المقرر في حالة تخلف المقاول عن القيام بالتزاماته، ومن الواضح ان للبنك ان يطلب أجره لقاء قبوله بإصدار خطاب الضمان.

وههنا أسئلة:

السؤال الأول: هل اشتراط الجهة المستفيدة تحمّل المقاول للخسارة أمر مشروع

وصحيح؟

السؤال الثاني: ان كفالة البنك هل هي كفالة شرعية أو هي كفالة بمعنى آخر؟

السؤال الثالث: أخذ العمولة من البنك على اصدار خطاب الضمان جائز أو لا؟

السؤال الرابع: اذا دفع البنك الخسائر بعد إمتناع المقاول عن دفعها، فهل للبنك

حق الرجوع على المقاول بالخسائر التي دفعها عنه الى الجهة المستفيدة الخاصة؟

والجواب عنها:

أما الأول: الشرط المذكور صحيح ويجب الوفاء به طبقاً للقاعدة ((المؤمنون (المسلمون) عند شروطهم)) وبمقتضاها يجب الوفاء بأي شرط الا ما أحل حراماً أو حرم حلالاً، والشرط في المقام ليس كذلك فهو شرط مباح كما لو اشترطت الجهة الخاصة على المقاول بناء دار إذا حصل تأخير في الإنجاز أو دفع مقدار من المال أو غير ذلك من الأمور المباحة كان ذلك جائزاً فكذلك اشتراط دفع الخسائر أو ما يعادلها هو أمر جائز ولا فرق بينه وبين بقية الشروط.

نعم إشتراط تحمل الخسارة له شكلان، فقد يكون بنحو شرط النتيجة وقد يكون بنحو شرط الفعل.

أما شرط الفعل، فيقصد به ان الجهة الخاصة تشتترط على المقاول إذا ما تأخر عن الإنجاز ان يدفع مقدار الخسائر، فالشرط هو الفعل الخارجي -الدفع- من دون إشتغال ذمة المقاول، وأقصى ما يترتب عليه هو الوجوب التكليفي، أي يكون المقاول ملزماً بالدفع، وقد بلاحق قانوناً وشرعاً لإلزامه بالدفع، فلو لم يدفع ومات فلا تخرج من تركته، إذ لم تشتغل ذمته بل أقصاه هو الوجوب التكليفي.

وأما شرط النتيجة، فالمقصود منه أنه إذا تأخر الما قول عن إنجاز العمل فذمته تكون مشغولة قهراً بمقدار الخسائر، فالنتيجة هنا هي إشتغال ذمة الما قول، وإشتغال الذمة هو الشرط دون الفعل الخارجي- وهو الدفع.

وعلى ما تقدم يقال: بأنه إذا كان الشرط على الما قول بنحو شرط الفعل، فلا إشكال في صحته فإن دفع ما يعادل الخسائر حاله حال إشتراط هدية مقدار من المال فهو أمر مباح فهذا مباح أيضاً.

وقد اشكل على شرط النتيجة، وهو اشكال جاري في كل شرط نتيجة دون خصوصية للمقام.

وبيان الإشكال: ان شغل الذمة بالدين قضية تحتاج الى سبب فالإتلاف سبب لإشتغال الذمة والبيع كذلك والإجارة أيضاً، وأما الشرط الذي يعني إشتغال ذمة الما قول مبلغاً من المال إبتداءً ليست من المضامين المعاملية المشروعة، وأدلة نفوذ الشرط لا تكون شرعية لأصل المضمون وإنما هي متكفلة لبيان صلاحية الشرط لأن ينشأ به المضمون المشروع في نفسه وعليه فلا يجزم بكون الشرط من أسباب إشتغال الذمة، نعم إذا دل دليل على ذلك فلا محذور في الإلتزام بذلك ولكن لم يثبت مثل هذا الدليل.

فإن قلت: يمكن التمسك بعموم ((المسلمون عند شروطهم)) لأثبات ذلك أي إثبات تحقق إشتغال الذمة بنفس الشرط.

قلت: ان التمسك بهذا العموم فرع كون الشرط مشروعاً في نفسه، والعموم ليس ناظراً لأثبات شرعية الشرط وان كل شرط هو مشروع وصحيح بل العموم يقول بما هو مشروع في نفسه يجب الوفاء به ويكون لازماً.

وبعبارة ان التمسك بالعموم هو من التمسك بالعام في الشبهة المصدقية، وهو غير جائز على ما حقق في علم الأصول.

والحاصل: ان شرط تحمل الخسارة ان كان بنحو شرط الفعل فهو صحيح بلا خلاف، وان كان بنحو شرط النتيجة فهو غير صحيح وان كانت صحته تختلف باختلاف المباني.

كما انه لافرق في صحة شرط الفعل بين ان يكون الفعل المشروط هو خصوص فعل الما قول أو الأعم منه ومن فعل غيره كالبنك.

والسؤال الثاني: عن الكفالة التي يقوم بها البنك هل هي كفالة شرعية أو هي كفالة بنوع ومعنى آخر؟

والجواب: ان الكفالة بالمعنى الشرعي هي عبارة عن تعهد شخص بإحضار شخص آخر بنفسه يكون مطلوباً كمن يرتكب جريمة وقبل ان يعين له وقت المحكمة يطلب منه كفيل يتكفل بإحضاره في وقت المحكمة المقرر، فهنا الكفيل لا يتعهد بمال للمحكمة، بل يتعهد بإحضار الشخص نفسه، واما التعهد بالمال فهو الضمان وليس الكفالة.

وبهذا يتضح ان الكفالة هنا ليست المراد منها المعنى الشرعي، فإن البنك لا يتعهد للجهة المستفيدة بإحضار شخص الما قول وانما يتعهد بدفع ما يعادل مقدار الخسارة، وهذا هو الضمان وإنما التعبير بالكفالة فيه شيء من المسامحة والأنسب التعبير بالضمان.

وهنا لا بد من ان تفرق بين ضمان الفعل والتعهد بجبر الخسارة والأول هو الإلتزام بدفع مال مقيداً بتقدير معين، نظير شرط الفعل فهو فعل مباح ساذج وضمن الفعل هو شرط الفعل بخلاف ضمان العهدة فإن المتعهد يجبر الخسارة على تقدير التلف، بعد التلف تكون ذمة الضامن مشغولة وأما في ضمان الفعل فلا تكون ذمته مشغولة وعلى تقدير التلف يتوجه الى الضامن خطاب تكليفي من وجوب الوفاء بالشرط وأداء الفعل كما هو مقتضى شرط الفعل في الفعل الساذج، فضمن العهدة نظير شرط النتيجة، وغاية ما قُرب في شرط الفعل في بحث الخيارات ان الشرط يوجب حقاً لا ملكاً^(١)، وسنأتي الى بيان اقسام الضمان إن شاء الله تعالى.

والحاصل ان الضمان هنا ليس هو المعنى المصطلح -نقل ذمة الى ذمة أخرى- بحيث تكون الثانية هي المشغولة دون الأولى ولا يتمكن صاحب الحق من مطالبة المنتقلة منه، بل يطالب من انتقلت اليه حيث تكون مشغولة بالدين، ويعرف بأنه نقل الدين من ذمة الى ذمة أخرى، هذا عندنا.

وأما عند غيرنا فالضمان هو ضم ذمة الى أخرى فتصبح الذمتان مشغولتان للدائن ويمكنه الرجوع الى ايهما شاء.

بيان ذلك: ان المراد من الضمان هو التعهد بشيء وجعله في عهدة الشخص، لا نقل الدين من ذمة الى أخرى، ولا ضم ذمة الى ذمة فإنه باطل عندنا ومن هنا قلنا ان قبول البنك للكمبيالة انما هو بمعنى تعهده لإداء الدين، وجعل نفسه مسؤولاً عنه، لا بمعنى نقل الدين من ذمة الى ذمة فالمدين مسؤول ومشغول الذمة بذات المبلغ والضامن -

البنك - مسؤول عن أداء ذلك المبلغ أي هو مسؤول عن خروج المدين عن عهدة مسؤوليته وتفريغ ذمته، وعليه فليس للدائن ان يرجع ابتداءً على الضامن بهذا المعنى، وانما يرجع اليه اذا امتنع المدين عن الوفاء، فإن معنى هذا الإمتناع انما تعهد به الضامن - وهو أداء المدين الدين - لم يتحقق، فإذا تشتغل ذمته بقيمة الأداء وهي قيمة الدين بإعتبار ان الأداء في نفسه لا مالية له الا بلحاظ مالية نفس الدين، وعلى هذا الأساس فمعنى خطاب الضمان هو تعهد البنك بأداء الشرط وجعله في عهده كتعهده بأداء الدين على حد أداء العين المغصوبة على عهدة الغاصب، غاية الأمر ان أداء العين المغصوبة على عهدة الغاصب أمر قهري، واما أداء الشرط او أداء الدين في عهدة البنك انما هو بسبب انشاء هذه التعهد إختياراً النافذ بمقتضى الإرتكاز العقلاني الممضى شرعاً، بل هو مشمول بعموم قوله تعالى: ((أوفوا بالعقود)) بإعتبار انه عقد بين إثنين، وكما ان العين المغصوبة اذا تلفت إشتغلت ذمة الغاصب ببدلها من المثل أو القيمة، كذلك أداء الشرط او الدين، ومعنى تلف أداء الشرط او الدين: امتناع المشروط عليه والمدين عن الأداء، فإذا تحولت العهدة الجعلية الى اشتغال ذمة الضامن بقيمة أداء الشرط او أداء الدين الذي هو قيمة نفس الشرط والدين وبالتالي بالشرط والدين.

وهنا اشكال: وهوان تعهد البنك بأداء الدين وأن كان يؤدي الى اشتغال ذمته بالاداء عنه امتناع المدين عنه وبالتالي بالدين على أساس ان الدين مملوك للدائن، الا ان تعهده بأداء الشرط في المقام لا يؤدي الى اشتغال ذمته بالأداء عند امتناع المشروط عليه عنه، وبالتالي بنفس الشرط، بإعتبار ان المشترط لا يكون مالكاً للشرط في ذمة المشترط عليه، وفي المقام ان الجهة المستفيدة التي تشتترط على المقاول بنحو شرط الفعل ان يدفع

قاسم الطائي (٣٧١)

اليها الف دينار مثلاً اذا تخلف عن تعهداته، لا تكون مالكة للألف دينار في ذمته لأن مفاد الإشتراط في موارد شرط الفعل هو ان المشروط عليه يلتزم للمشروط له بالفعل كالخياطة أو تمليك مبلغ من المال أو غير ذلك، لا انه يلتزم بأن الفعل للمشروط له وملك له.

وعلى هذا فلا يمكن افتراض ان تعهد البنك بالشرط يؤدي الى تملك الجهة المستفيدة للشيء في ذمته، برغم انها لم تملك شيئاً بسبب الشرط في ذمة المقاول والمتعهد.

والجواب عنه: ان المشروط له وان كان لا يملك العمل في ذمة المشروط عليه، الا انه لا شبهه في ان الشرط بما هو شرط حق للمشروط له وله مالية، ولهذا يبذل بأزاء اسقاطه المال، فإذا كان للمشروط مالية كان يضمن بالتفويت، وعلى هذا إذا تعهد البنك بأداء الشرط عن المشروط عليه كان مرجعه الى ضمان قيمته عند تفويته، وتفويته هو بإمتناع المشروط عليه عن الأداء والوفاء به، وحيث ان قيمة الأداء انما هي بلحاظ قيمة الفعل لا في نفسه، فإذن تشتغل ذمته بقيمة الفعل.

ودعوى: انه لا معنى للضمان بالتفويت والإتلاف اذا لم يكن المفوت والمتلف مملوكاً، والمفروض ان الفعل المشروط لا يكون مملوكاً للمشروط له حتى يضمن بالإتلاف والتفويت.

مدفوعة: بانه لا موجب لتخصيص الضمان بالإتلاف والتفويت بما اذا كان المفوت والمتلف مملوكاً لغير المفوت والمتلف، بل يكفي في ذلك كونه مضافاً الى غيره ولو

بنحو من الحقيه التي لها مالیه عرفاً، لكي يكون مشمولاً لدليل الضمان في نظر العرف والعقلاء.

وهذا الجواب غير تام لأن المستشكل يصب اشكاله على ضمان الإلتلاف والفرض ان كلامنا في ضمان العهدة وهما متغايران.

ومع الاغماض عن الجواب وتسليم انه لا معنى للضمان والالتلاف اذا لم يكون المفوت والمتلف مملوكاً، ولكن بإمكاننا ان نقول: ان معنى تعهد البنك بأداء الشرط ب التزامه به على تقدير تخلف المشروط عليه وعدم الأداء، وهذا معناه ان البنك تعهد ان المقاول اذ لم يف بالشرط ولم يؤد وامتنع عن الأداء فهو يفي به ويؤديه، بمعنى انه تكليفي بدون ان تكون ذمته مشغولة بشيء، ولا مانع من صحة هذا التعهد بمقتضى ادلة وجوب الوفاء بالعقود.

وبما ذكرناه ظهر انه لا وجه لمحاولة تطبيق الكفالة بمعناها المعروف فقهيّاً، وهو كفالة النفس على خطاب الضمان للبنك وكفالاته للمقاول، ثم الاشكال على ان هذه الكفالة لا تقتضي الضمان المالي بل تقتضي إحضار نفس المكفول فقط لا غير؛ لما مر بأن كفالة البنك انما هي بمعنى الضمان المالي بمعنى التعهد بأداء الدين أو الشرط كما مر وليس بمعنى إحضار نفس المكفول.

ثم ان البنك اذا اصدر خطاب الضمان والتعهد بموجب أمر الطالب للضمان — الجهة المستفيدة— بالمبلغ المذكور حال تخلف المقاول عن الإلتزام فإن كان خطاب الضمان مرتبطاً بالعقد الواقع بينها وبين المقاول او كان ضمن عقد آخر لازم كان من خطاب الضمان النهائي فيجب عليه الوفاء به، اذا تخلف المقاول عن تعهداته ولم يف

بالشرط عليه عند التخلف، وان لم يكن مرتبطاً بالعقد اللازم لا بالعقد الواقع ولا بعقد آخر فهو من الضمان الابتدائي، فلا يجب الوفاء به لأنه وعد ابتدائي وهو غير ملزم.^(١)

السؤال الثالث: اخذ العمولة من البنك على اصدار خطاب الضمان جائز أو لا؟

الجواب: نعم يجوز للبنك المطالبة بالأجرة لقاء كفالاته للجهة المستفيدة؛ لأن تعهده ربما يستلزمه من التوابع هو خدمة عقلائية محللة، ويمكن تخريج ذلك بأحد وجوه:

الأول: ان يكون ذلك من باب الاجارة ويستحق البنك اجرة المثل التي يتقاضاها الأجراء للقيام يمثل هذا العمل من دون تعيين للأجرة بين الطرفين.

الثاني: يمكن ان يكون من باب الجعالة، فإن المقاول يجعل البنك مقابلاً بأزاء كفالاته، ويكون ملزماً بدفعه له بعد اصدار البنك خطاب الكفالة والضمان من البنك.

الثالث: يمكن ان يكون ذلك من باب الصلح والتراضي بينهما على اجرة محددة. وهو ان يقال ان مفاد ادلة باب الضمان والعمومات هو القسم الأول من الضمان فإذا أُريد القسم الثالث لا بد من إقامة دليل آخر على القسم الثالث - ضمان العهدة- وقبل الإجابة لا بد من بيان الفرق بين الضمانيين:

الفرق الأول: ان ضمان العهدة هو تعهد ابتدائي بجبر الخسارة على تقدير التلف حيث يكون الضمان فعلي وأثره -جبر الخسارة- تعليقي، فيما الضمان الإصطلاحي الذي هو نقل دين من ذمة الى أخرى، المتوقف على كون الذمة مشغولة بدين لينتقل الى ذمة أخرى بخلاف ضمان العهدة فإنه يكفي فيه احتمال إشتغال الذمة لاحقاً.

الفرق الثاني: ان ضمان العهدة لا ينفي الدين عن المضمون عنه، كما لو كان البائع لا يملك المبيع وقد أخذ الثمن فإنه يكون مديناً للمشتري فهنا الضامن وان كان يضمن الثمن للمشتري ولكن ذمة البائع الذي قد غصب المبيع وتحايل لبيعه بعنوان انه يملكه لا تفرغ ذمته من الدين في الواقع شرعاً.

الفرق الثالث: اذا أنشأ الضامن الضمان للطرف الآخر بقوله (انا أضمن لك ثمنك أو مبيعتك) فهنا الثمن ليس ديناً على الضامن اذ قد يكون المبيع حقيقة للبائع فلا سبب لأداء الضمان حينئذٍ ومع ذلك فالضمان متحقق فعلاً. فيما القسم الأول فإن الضامن يكون مديناً للطرف الآخر بعد ان انتقل الدين من ذمة المدين الى ذمة الضامن.

هذا وقد أقاموا وجوهاً لصحة ضمان العهدة:

الأول: أنه عقد عقلائي مشمول لعمومات الضمان ويشمله عموم قوله تعالى ((أوفوا بالعقود)).

الثاني: جملة من الروايات الواردة في أبواب متفرقة، وقد أفتى الفقهاء في موردها وإن لم يعنونوه في باب الضمان، وان كان مفادها هو ضمان العهدة ولا خصوصية لموردها ومن ثم تكون ماهية مستقلة عن بقية أنواع الضمان وتلك الموارد المنصوصة هي:

١- ما يسمى بضمان الدرك الذي يضمن فيه الضامن البائع أو المشتري كما هو في كتاب البيع.

٢- ضمان الدلال الذي يدلل وكالة لبضاعة معينة كعامل المضاربة الذي هو دلال بأجرة عقد المضاربة لا بعقد الاجارة وهي في كتاب المضاربة والبيع.

٣- ضمان الأجير حيث ان المستأجر قد يضمن الأجير مع كونه أميناً ومأذوناً حيث يخاف ان يدعي الأجير تلف المال لكي يسرقه كما يقع حالياً في النقل البحري، وهذا في باب الإجارة فالدلال والأجير ليست ذمتهما مشغولة ولكن صح فيها هذا الضمان.

٤- ضمان المستعير كما في كتاب العارية حيث وردت روايات تجوز تضمين المستعير ولا ينطبق ذلك الضمان على ضمان الغرامة لأن يده مأذونة كما تقدم في الأجير.

٥- ضمان الودعي في الوديعة مع كونه مأذوناً في وضع يده.

٦- ضمان نفقة الزوجة المستقبلية.

ومقتضى هذه الروايات في تلك الموارد هو صحة هذا الضمان لا سيما وانه عقلائي.

الثالث: قوله تعالى ((قَالُوا نَفَقْدُ صُوعَ الْمَلِكِ وَلَمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ

زَعِيمٌ))

وتقريب الاستدلال: ان الجعل المنشأ المذكور في الآية ليس منجزاً بل تعليقي ومع ذلك يصدق عليه الضمان وانشاء المتكلم في الآية وكالة عن يوسف (عليه السلام) وفي رواية نبويه (كل زعيم غارم) بمعنى كل منشئ للضمان يغرم.

أقول: والآية أقرب الى الجعالة حيث يكون الجعل مضمون على الجاعل بعد انجاز العمل المجمعول عليه الجعل.

الرابع: ضمان الجريرة حيث انه ليس من نقل الدين من ذمة الى ذمة أخرى ولا هو من قبيل ضمان الغرامة، وصورته تعاقد شخصين على دفع الدين بشرائها على

تقدير الإتلاف وجناية الطرف الآخر فضمن الدين في الجريرة ليس غرامة بالفعل مع كونه ضامناً بالفعل ولا إختصاص لذلك الضمان بمورده.^(١)

السؤال الرابع: وهو رجوع البنك على المقاول فيما دفعه عنه ان دفع البنك الخسائر المترتبة على المقاول في عقد المقاولة للجهة المستفيدة كان على أساس ان ذلك كان بأمر المقاول وطلب منه، ليكون مضموناً عليه فإذا قام البنك بالأداء بموجب أمر المقاول للبنك وطلبه وأداؤه فعليه ضمانه، بمعنى أشتغال ذمة المقاول للبنك إذا قام البنك بتسديد مبلغ الشرط بموجب أمره.

نعم لو كانت كفالة البنك للمقاول بدون طلب منه، وانما تصدى البنك للتسديد عنه لم يكن من حقه ان يرجع على المقاول ويطالبه بما دفعه عنه.

جوائز البنك

قد فصل الفقهاء بين ما اذا كان أخذ الجائزة بعنوان الوفاء بالشرط أو بدونه فيبطل على الأول والوجه في البطلان وحرمة الاشتراط انه اشتراط في عقد القرض، لما ذكرنا سابقاً ان الإيداع في البنك حقيقته القرض، ومن ثم يُحرم الأخذ والعمل بمقتضى الشرط في ما بنى آخرون الحرمة في حال الاشتراط للقرعة بكونه معاملة قمارية.

ومن الواضح ان مسألة تخصيص الجوائز من قبل المؤسسات المالية كالبنك أو خيرية عامة أو خاصة أو علمية أو غيرها، هو أمر شائع في حياتنا المعاصرة ففي المشاريع الخيرية تخصص الجمعيات الخيرية جوائز ضخمة تعطى بالقرعة للمساهمين في بذل المال تبرعاً به في تلك الجهة الخيرية كبناء مدارس او مستشفيات كما هو الحال

(١) فقہ البنوك ص ٢٤٩ - ٢٥٠ - تقريرات السنډ لمصطفى الأسكندري

في الشركات التجارية لبيع منتجاتها تخصص مثل هذه الجوائز حيث توزع بالقرعة وغيرها من المؤسسات، وبالجملة أصبح تخصيص الجوائز في المناخ المعاملي المالي سياسة مالية متبعة لإيجاد الحافز لدى المشتريين للإقدام على الدخول في معاملة معينة وجذبهم للتعاقد بها.^(١)

وهنا سؤالان:

الأول: لِمَ تحرم القرعة اذا أشرتت.

الثاني: لو إشرتت فالأخذ بعنوان الوفاء بالشرط حرام فكيف يجوز الأخذ في

صورة الاشتراط لا بعنوان الوفاء.

فالبحث في مقامين:

المقام الأول: وقد وجه بتوجيهين:

الأول: ان إشرتت القرعة يؤول الى القمار والإشرتت تارة صريحاً مثل أودع في

البنك بشرط القرعة، ومع الشرط فقد تسالم الأعلام على حرمة ذلك لأنه نوع قمار؛ اذ ماهية القمار وحقيقته هي الإقدام على فائدة حصولها إحتمالي مقابل بذل عوض مالي فيمكن ان يتلف عوضه الذي دفعه بالمرّة حيث لا يقابل بشيء، فالخاصية الممتازة للقمار ماهية هي اقدم الانسان على مشاركة لا يضمن فيها العوض وانما اقدم برجاء إحتمال النفع، والمقام يقدم الزبون على الصدقة في الخيريات بداعي التملك الاحتمالي بالقرعة، ومن ثم ذهب الاعلام الى كون المعاملة صورتها صورة قرعة وحقيقتها قمار.

وأشکل علیه: أولاً: بأن المعروف عند الامامية ان دواعي العقود ليست محدّدة لحقيقة العقود، وانما صورة الماهية في مقام الانشاء هي المحدد والمعيّن للعقود الحاصلة، وعليه فلا اعتداد بالدواعي بل بالإعتداد بما ينشأ صورة، وفي المقام صورة ما ينشأ ليست من المعاملة القمارية.

ويمكن دفعه: نعم المدار لم يكن على الدواعي الا ان المدار ليس على صورة اللفظ ايضاً بل على المعاني المقصودة عنها وحقيقته ماهية تلك المعاني سواءً كان إرادتها بالإستعمال الحقيقي التابع للعلقة الوضعية أم بالمجازي أم من باب تعدد الدال والمدلول بتوسط قرائن الاستعمال أو الفهم أو الجد وقد حُفي ذلك على المستشكل، فإنه في بعض الموارد وان كان المتعاقدان ينشئان عقداً لفضياً سورياً الا ان العرف العقلائي بلحاظ القرائن والملايسات يبني على ما أنشئ صورة ينطبق عليه غير ما تلفظ به.

والوجه في ذلك ان حقيقة المعاملة تابعة للمعنى المنشأ فيما ينشأ باللفظ قد تكون ماهية غير ماهية المعنى الموضوع له اللفظ فتنشأ ماهية أخرى في قالب الألفاظ الأخرى غير المعهودة بها، كما لو تلفظ بالبيع واراد الاجارة أو العكس.

إن المدار في العقود ليس على اللفظ بل المهم هو ما اريد من الماهية بتوسط اللفظ، فلا بد من لحاظ ماهية ما أنشئ لا لفظ ما أنشئ به، فإذا كانت ماهية ما أنشئ ماهية قمار وان كان لفظه بلفظ القرعة المشروطة بالبيع أو الصدفة شرط القرعة فحقيقته قمار محرم.

وقد عرفت ان قوام ماهية القمار هو الاقدام على التملك الاحتمالي وهو هنا متحقق في المنشأ لأنه لو لم يكن تملك إحتمالي لم يقدم على الإقراض أو الصدقة كما يفسده ذلك الاشتراط.

وهذا الجواب غير تام لأن احد ركني القمار غير متحقق وهو دفع مال قبال عوض احتمالي، وهنا لا دفع إذ القرض محفوظ للمقرض والصدقة ثوابه له، الا اذا قيل بأن الاقدام على المشاركة له مالية قد دفعت في مقابل الفائدة الاحتمالية، فتأمل.

وثانياً: بمنع انشاء ماهية لم يتلفظ بها بل تلفظ بغيرها، اذ لم يتلفظ المتعاقدان ب (قامرت) أو (راهننت) بل بلفظ (أقرضت) ونحوه بشرط القرعة.

وجوابه: انه وان لم يتلفظ بقامرت، ولكن يمكن استخدام اللفظ بقرائن حالية لأجل انشاء ماهية أخرى.

الا ان ضم القرينة الحالية لأجل انشاء ماهية أخرى غير متعارف ولم تقم سيرة العقلاء عليه وانما هو نادر جداً لا يصار اليه؛ إذ من غير المعقول يتلفظ بأقرضت أو تصدقت بشرط القرعة ويريد قامرت.

وثالثاً: ان الخاصية الذاتية للقمار المعهود هو الإقدام على التملك الاحتمالي وعلى عوض غير مضمون مع بذل مال في معرض التلف في قبال ذلك التملك الإحتمالي، ففي القمار المعاوضة مفروضة.

وفي القرض لا يكون المال في البنوك معرضاً للتلف اذ الاعطاء له بعنوان الإقراض فيقرض بشرط القرعة أو يشتري متاعاً بشرط القرعة فقد تملك للبيع ولم يتلف المال، وفي الصدقة كذلك فهي اعانة على البر وقد اتى بموجب الثواب الأخرى، ففي المقام ليس

من اقدم على التلف، اما لا اتلاف او اتلاف في البر، نعم في قبالة تملك احتمالي مفروض وهو القرعة، الا ان احد الجزئين لماهية القمار غير متحقق وهو بذل المال في قبالة التملك الاحتمالي.

وجوابه: ليس من الضروري ان نفرض المعاملة والمعاوضة بين مال ومال فقد تكون بين عقد وعقد وقد تكون بين عقد ومال كما أشار الشيخ في التنبيه الرابع من مبحث المعاوضة.

فقد يوقع الصلح على طرفين والصلح بنفسه يكون في قبالة مال في التقدير السابق، وهذه المقابلة السابقة هي صلح فوقاني فيقول أحد الطرفين صالحتك على ان نجري البيع الخاص في مقابل المال الكذائي فهو بيع مقابل مال تحت المصالحة الفوقانية، فإعطاء المال في مقابل الاقدام على البيع وليس هو عوض البيع بل هو عوض عن الاقدام نظير الجعالة؛ من يبعني أو من يشتري لي هذه الحاجة -التي عجزت عن تحصيلها- فله كذا هذه جعالة أحد طرفيها بيع ولا غرابة في ان يكون ما يبذل بأزائه المال نفس الإقدام على معاوضة معينة، ويكون الإقدام عمل مالي له إحترام ومالية وذلك لما في الترغيب في الاقدام على البيع من نفع مالي، وتقدم ان هذه تسمى مالية قانونية أي التي توجد بسبب التعاقد القانوني، وليست للشيء في طبيعته الأولية، وفي ما نحن فيه القرض أو الصدقة أو البيع ليس تلفاً للمال لكن الاقدام عليه جعل في مقابل التملك المحتمل فلولا التملك المحتمل لما أقدم والمشاركة الفوقانية مفروضة في البين، فرضاه بالقرض مشروط بالقرعة وهو أحد طرفي المعاملة والطرف الآخر لها هو المال المحتمل التملك والإقدام في نفسه، وان لم يكن باطلاً الا ان جعله مقابل التملك المحتمل موجد

ماهية القمار فالمشاركة محققة ماهية المقامرة، والشرط في ضمن المعاوضات يؤول الى معاملة فوقانية يقابل فيها بين المشروط والمشروط فيه.

وهذا الجواب يبتني على ان للإقدام مالية غير مالية ما عقد عليه من القرض والبيع والصدقة، فإذا لم يقبل ذلك كان هذا الجواب غير تام.

رابعاً: هو النقض بالشروط الفاسدة؛ اذ بعد كون المشاركة عبارة عن التراضي الفوقاني يكون المشروط الفاسد في طرف مقابل للمعاملة وفي بطلان الشرط الفاسد يبطل المشروط فيه مع انه لم يلتزم بذلك.

والجواب عنه: ذهب جماعة الى ان الشرط الفاسد يبطل المشروط فيه لأن التراضي بالمعاملة (المعاوضة) هو بقيد الشرط أي ضمن التراضي الفوقاني، هذا أولاً.

وثانياً: ان من لم يبطل المشروط فيه التزام بثبوت الخيار للمشروط له في المشروط فيه وليس ذلك الا لكون الرضا والالتزام بالمشروط فيه مرتبطاً ومعلقاً على الشرط أي في قبال المشروط فحيث لم يسلم للمشروط لا يُلزم الطرف الآخر بإبرام المشروط فيه فله ان يزيله بالفسخ غاية الأمر حيث كان المشروط فيه ذا ماهية مستقلة فيمكن له البقاء وان فسدت وزالت المعاملة الفوقانية وفيما نحن فيه الحال كذلك فإن القرض والصدقة والبيع يصح في ذاته لكن لا يلزم به ولا تصح تلك المشاركة بالقرعة تكليفاً ولا وضعاً وهو المطلوب.

خامساً: انه لو كان المدار في ماهية القمار على مجرد التملك الإحتمالي فيشكل الأمر في كثير من موارد الشرط التي مفادها التملك الاحتمالي مثل مالو اشترط في عقد

الهيئة المعلقة على مجيء زيد او الخياطة على تقدير معين الى غير ذلك من الشروط المعلقة على أمور محتملة الوقوع فلا تكون كل هذه الموارد قماراً.

والجواب: أولاً: ان العرف هو القاضي بالتفرقة بين تلك الموارد والقمار لإن القمار يدور مدار الإقتراع وهذه الموارد ليست معلقة على الإقتراع بل على تقدير معين الذي يؤول الى اشتراط حصة خاصة من المشروط.

ثانياً: ان التعليق في الشروط صحته غير متسالم عليها بين الفقهاء.

التوجيه الثاني في حرمة أخذ الجوائز مع الاشتراط.

وهو كون القرض بشرط القرعة قرضاً ربوياً وه خاص بمثال القرض حيث ان هذا الشرط من المقرض على المقترض (البنك) فيكون ربا.

المقام الثاني: انه لو أنشأت تلك المشاركة فالشرط فاسد لكن ذات المشروط لا يفسد بفساد الشرط.

وحيث الوفاء بالشرط هل يجوز لهذا الشارط -المودع في البنك- الأخذ لا وفاء بالشرط؟ جواز الخوئي (قده) ذلك بناءً على عدم ملكية الدولة وبناءً على التفرقة بين البنك الحكومي والأهلي، وحيث ان البنك الأهلي له ملكية محترمة عند الخوئي فكيف يسوّغ الأخذ منه لا بعنوان الوفاء؟ حيث ان المعطى يُعطى بعنوان الوفاء والقرض ان الشرط الفاسد لا يجوز الوفاء به وليس له رضا مطلق بتمليك المشروط له وهو المودع، سواء بعنوان للوفاء بالشرط أم بغيره، فلا رضا له بالأخذ بقول مطلق، بل هو مقيد بالوفاء بالاشتراط السابق ومن ثم فإن ما يضمن بصحيحه يُضمن بفساده.

وبعبارة: الشرط على نوعين شرط نتيجة وشرط فعل، فإن كان الأول بحيث يقول الجائزة تلك لمن تخرج القرعة بإسمه فمن الواضح إنتفاء النتيجة بفساد الشرط فكيف يأخذها المشروط له لا بعنوان الوفاء، مع انها ملك للبنك الأهلي وماله محترم عند الخوئي (قده).

وان كان بنحو شرط الفعل فقد يتوهم انه بنحو التملك المجاني ولكنه مرهون بأن البنك الأهلي حيث يرى نفسه ملزماً بالتمليك فرضاه مقيد بهذا الداعي وهذا الداعي ليس من قبيل دواعي المعاملات، وانما هو بمعنى تقيد رضاه بالشرط فتأمل.
مضافاً الى ان البنك انما يملكها بما هيه تملك فاسد، أما بعنوان القمار أو بعنوان الربا فكيف يجوز تملكها لا بذلك العنوان؟

فإطلاق قول السيد الخوئي (قده) في غير محله، أما في الحكومي فهو من باب الإستنقاذ لا عدم الوفاء بالشرط، والتفرقة بين المصرف الحكومي والأهلي غير تامة.^(١)
أقول: لعل ما سوغه الخوئي (قده) مبني على عدم تقيد رضا البنك بالشرط، بعد كونه شرطاً فاسداً، وانما تقيدده في حال عدم فساد الشرط، وحيث يكون فاسداً فلا مورد للقمار كما لا مورد للربا.

أم القمار فلأنه لم يبذل مالاً قبلاً ربح إحتمالي، بعد فرض فساد الشرط.
واما الربا فواضح عدمه بعد فساد الشرط، ولعله لما ذكرنا أمر بالتأمل المتقدم؛ إذ لا معنى للتقيد بالشرط الفاسد.

التأمين

للعقد أربعة أركان هي:

- ١- الإيجاب من طالب التأمين - المؤمن-
- ٢- القبول من المؤمن - الشركة أو البنك-
- ٣- المؤمن عليه - نفس، مال، أو غيرهما-
- ٤- مبلغ التأمين.

فالتعاقد بين طالب التأمين والمؤمن وهو الشركة يسمى تأمين وقوامه هو ان يؤمن الإنسان نفسه أمام المخاطر والتحديات، لأن كل شخص من البشر قد يتعرض الى خسائر مالية قد يذهب كل رأس ماله أو بعضه أو ما ينتسب اليه، فتأمين الانسان ضد المخاطر يسمى تأميناً.

وهناك تعريف آخر للتأمين، وهو المشاركة الحاصلة من تبرعات الأفراد لأجل التكافل الاجتماعي، أي ان الحصص المجتمعة من زبائن التأمين تجتمع لأعانة المتضررين من أفراد المجتمع، وهذا الإجراء في الأعراف العراقية يسمى بالصندوق لأجل مواجهة تكاليف مجالس الفاتحة أو الفصول العشائية أو غير ذلك، وقد يكون تعريف لبداية عملية التأمين واما في وقتنا الحالي فقد اتسعت رقعة التأمين الى كثير من الحقول الإستثمارية فيكون التأمين نحو من تنشيط عملية الإستثمار وتحريك الأموال المجمدة حيث يكون جبر المتضررين من تلك الأرباح. وإذا نقبنا في التاريخ فأننا نجد إمضاء الشارع له في بعض الموارد لضمان العاقلة والجريرة، ولها مناشئ قبل الإسلام فهذا نمط

من التأمين بالشكل الإبتدائي، ولو قيل بعدم الخصوصية وتعميم الأمر الى موارد أخرى يستفاد إقرار التأمين في الشرع في الجملة.

ثم ان تعريفه بالعقد يوجب الأمن من المخاطر المالية، او انه تعامل على البر والخير بتقريب ان التأمين نوع من التكافل بين مجموع أفراد المجتمع في قبال ما يتعرض له من المخاطر، فأقدام افراد المجتمع على عقد التأمين بتسليم قسط شهرياً تتجمع تلك الأقساط بحوزة الشركة او البنك لتكون عطاءً مالياً لكفالة آحاد المتضررين من وقع الحوادث أو الخسائر المفاجئة.

ومن خلال ذلك يمكن إستظهار مشروعية التأمين من العمومات لأن التأمين لا ينطوي على ظلم أو تغرير أو موانع أخرى عن صحة العقود بل فيه أغراض مالية للتشريع الفقهي، وهو التعاون على الخير والبر فهذا تقريب لأستظهار الصحة إجمالاً. موارد التأمين عديدة على النفس أو المال؛ لأن المعيشة البشرية كلما تقدمت تعقدت وازدادت المخاطر فتتولد الحاجة الى التأمين بحسبها ومن الواضح ان العقود تسوّغ في الشريعة لأجل تلبية الحاجات المحللة.

وجوه إمضاء التأمين وهي متعددة وتتوقف على التعرف على حقيقة ماهية التأمين.

الأول: إنه عقد جديد لا يندرج في الماهيات المتعارفة للعقود كالهبة والإجارة وغيرهما، وهذه صغرى تنضم الى كبرى إمضاء العقود وتمامية الصغرى اذا بطلت الوجوه الأخرى الآتية حيث تقرب فيها ان الماهية للتأمين مندرجة في الماهيات المعهودة ولو

بنحو ما سواء الماهية بصورتها القديمة أو الجديدة المستحدثة فإذا تمت تلك الوجوه فلا مجال لهذا الوجه.

والكبرى هي عموم قاعدة إمضاء العقود بنحو القضية الحقيقية الشاملة للعقود المستجدة الاستفادة من قوله تعالى ((أوفوا بالعقود)) غاية الأمر ان عمومها قد أشتراط فيه شرائط عامة للصحة كأن لا يكون غريباً بناءً على ان الغرر ليس شرطاً خاصاً بالبيع كما هو المشهور، والايجاب والقبول والمولات وشرائط أخرى عامة في العقود. وقد وقع البحث في كون ((أوفوا بالعقود)) قاعدة عامة أو خاصة في الماهيات المتعارفة فيه قولان.

وجه الثاني قرائن عديدة:

١- كون (ال) عهدية فتختص بالعقود المتعارفة في ذلك الزمان ووجه العهدية أما للإجمال فالقدر المتيقن هو العهدية أو إنسباق (ال) العهدية الى ذهن المخاطبين. قال السيد اليزدي: المراد من العقود هو العقود التي بين الخلق والخالق أو بين نفس المخلوقين أيضاً، فيصير من أدلة التكليف كأطيعوا الله والرسول ويخرج عن كونه دليلاً إمضائياً في المعاملات.

وأجيب عنه: بأنه لا منافاة بين شموله للعقود التي بين الله وبين المكلفين وبين المكلفين أنفسهم بعضهم مع بعض، وبين كونه دليلاً إمضائياً، غاية الأمر ان (ال) تكون عهدية لا حقيقية تشير الى المواثيق بين الله وخلقه أو بين المخلوقين بعضهم مع بعض. ٢- كون الحصر عقلياً لماهيات العقود في ما هو متعارف فيها، وهذا نحو من الضيق والتقييد في الصغرى لتحديد الكبرى، وبيانه:

ان التعاوض والتعاقد اما ان يكون على جوهر أو على عرض فإن الأول هو بيع او صلح وان كان على عرض فهو أما عرض كوصف للعين أو بلحاظ ثباته أي المنفعة فهو إجارة او جعالة، أو المنفعة لا كوصف ثابت بل بما هي متجذرة وهو الانتفاع - كالعارية- وهلم جرا.

فدعوى وجود ماهيات جديدة لا تخرج عن تلك الأقسام.

وقالوا: ان العقود الجديدة ترجع دائماً الى أحد تلك الماهيات المحصورة أو هي تليفق منها، بل ان الحال في الماهيات المتعارفة كالمضاربة كذلك فإنها ليست عقوداً مستقلة بل مركبة من عدة ماهيات، فأمهات العقود محدودة والبقية مؤلف منها.

ويمكن رد الوجهين وذلك بأن يقال: بأن (ال) حقيقية وليست عهدية والشاهد على ذلك ان الخطابات الشرعية في أحكامها هي قضايا حقيقية مقدره الوجود، وذلك يتبادر منه (ال) الجنسية لا العهدية، ومن كون (أوفوا) إشارة الى العقود بين الخالق والمخلوقين لا تنافي ذلك وهي كونها حقيقية لأنها تشمل ما مضى وما هو حاضر وما يأتي بل ان مقتضى شموله لما بين الخالق والمخلوقين وما بين المخلوقين أنفسهم هو العموم في القضية الحقيقية لا العهدية الخارجية المحصورة في ما سبق.

فإن قلت: ان المراد من العقود في ((أوفوا بالعقود)) هي المواثيق التي فطر الناس عليها، فأوفوا يعني أوفوا بمقتضى فطرتكم لا تخالفوا فطرتكم والأمر أوفوا تكليفي، أي تابعو فطرتكم ولا تخالفوها فلا تكون قضية تشريعية سواءً (ال) عهدية أو جنسية.

قلت: ان حصر العقود في العقود التكوينية ليس بتام بل هو إما معنى عام أو خاص بالقضية التشريعية، والروايات الدالة على ان المراد من العقود هي المواثيق فتكون

تكوينية لا تنافي إرادة كون القضية تشريعية، فقد ورد في الروايات أيضاً التمسك بالآية بعنوان القضية التشريعية، فالروايات الأولى أما من باب التأويل أو بيان الجامع بين العقد التكويني والتشريعي، فعلى ذلك تكون ((أوفوا بالعقود)) حقيقية بمقتضى ان المتبادر من التشريع ليس خصوص المخاطبين، وإنما تعمّ المكلفين الى يوم القيامة.

ويلاحظ عليه: ان فرض كون القضية تكوينية لا تحتاج الى أمر الإلتزام بها بقدر ما تحتاج أمر للتنبيه عليها وجعلها في دائرة إهتمام الشخص أما للإلتزام بها فلا وعليه تكون (أوفوا) في القضايا الحقيقية العامة بشمول الخطاب للحاضرين ولمن هو غائب عنه. أما وجه الحصر العقلي في العقود فهو غير مسلم ولو سلّم فهو حصر في موارد العقود لا في أنفسها، إذ لا مانع من كون هذه الموارد تتناولها عقود مختلفة أو تصنف العقود بأصناف المنافع، مثلاً المضاربة والمساقاة والمزارعة على قول هي نوع من الاجارة، إجارة مالك المال للمضارب أو للمساقى أو للمزارع غاية الأمر تكون الأجرة غير محددة بل هي نسبة من الربح ولها أحكامها الخاصة، الا انها متميزة عن الاجارة أيضاً فلا مانع من التعدد بحسب أصناف موارد العقود بل قد يكون عقد يجمع بين موردين أو أكثر.

وأما تتميم الوجه المزبور بكون العقود المستجدة مختلفة بالعنوان دون المعنون مع الماهيات القديمة،

وفي بعضها تكون مركبة منها فهو تام في الجملة، الا ان كلية هذا المطلب عهدتها على مدعيها والاستقراء المدعى غير تام وأي مانع من تجدد العقود الجديدة بحيث لا ترجع الى تركيب الماهيات القديمة؟^(١)

فإن قلت: مع شمول (أوفوا) العقود القديمة فلا تشمل العقود الجديدة المركبة بالتلفيق منها إذ لازمه شمول الدليل للشيء الواحد مرتين.

قلت: ان شمولها للعقود الجديدة يغير شمولها للمجموع المركب فهو شامل للإبعاث ولكل عقد موجود في الماهية المركبة، غاية الامر يشترط في العقد الأول عقد ثاني، وفي الثاني عقد ثالث، ويكون شمول (أوفوا) لكل على حدة لكن ذلك فيما اذا رجع العقد الجديد الى العقود القديمة ولو بالتلفيق والتركيب بخلاف ما اذا لم يرجع للماهية، مع ان ديدن الفقهاء غالباً ما يرجعون العقود الجديدة الى القديمة، فإن لم يمكن قرروا للعقد المستحدث ماهية جديدة، فالكبرى على أي تقدير تامة وهي عمومية (أوفوا) لكل العقود.

وبعبارة: ان شمول (أوفوا) للعقد المركب انما يشمل ابعاضه، وهي العقد الفلاني شرط ضم عقد ثاني اليه وهكذا، أي شموله له بشرط شيء فيما شموله للعقد الجديد هو لا بشرط، فلا يشمل الدليل الشيء الواحد مرتين.

ههنا تنبيهان:

الأول: هل ان العقود المركبة هي عقود متعددة غاية الأمر قد إشتراط في ضمن الأول عقد ثاني، وهكذا.

(١) فقه البنوك ص ٢٣٠ - ٢٣٢ - محمد السند

أو انها ماهية بسيطة واحدة ذات مفاد مجموعة من العقود؟

ذهب بعض الفقهاء الى الثاني معللين ذلك وان اشتراك المفاد لاينفي بساطة العقود المستجدة، ومن ثم قالوا بأن تلك العقود - كالتأمين- عقد جديد لا يرجع الى العقود القديمة غاية الأمر تترتب ثمرات وآثار عدة من العقود القديمة في قالب عقد واحد.

وقد يقال: بأن الصحيح هو التفرقة على أساس الإنشاء فإذا ما كان إنشاء العقد الجديد إنشاءً وحدانياً لماهية واحدة غاية الامر تنطبق على موارد مختلفة بإنشاء واحد فتفيد ثمرات العقود المختلفة، وفي ما اذا كان انشاء مركبة لعناوين متعددة ولمشاركة فيما بينها -بين بعضها البعض- فعلى الأول تكون بسيطة غاية الأمر يمكن استبدال تلك الماهية الجديدة بعقود مختلفة وهذا لايعني ان الماهية الجديدة ليست واحدة بسيطة كما هو الحال في موارد أخرى حيث يمكن الوصول الى الأغراض التجارية تارة بعقد البيع وأخرى لعقد الصلح أو بعقد ثالث الا انه لا يستلزم عدم مغايرة عقد الصلح مع عقد البيع.

فالتفرقة انما تكون بالنظر الى وحدة الانشاء وتركبه من ماهيات مشروط بعضها ببعض، ومن ثم لا تكون ماهية جديدة بل راجعة الى العقود القديمة، بخلاف الماهية الواحدة البسيطة الجامعة المنشأة بإنشاء واحد المؤثرة لمثل آثار العقود المتعددة فإنها تكون ماهية جديدة.

الثاني: ذهب السيد اليزدي (قده) في عقد المضاربة والمزارعة والمساقاة الى انه اذا لم تتحقق شرائط صحتها فهي فاسدة من ناحية تلك الشرائط الا انه لا مانع من دخولها

في عموم ((أوفوا بالعقود)) ويترتب عليه آثار مطلق العقد دون الآثار الخاصة المختصة بعقد المضاربة أو المزارعة أو المساقاة.

مثلاً: لو أنشأ المضارب -صاحب المال- مع عامل المضاربة تقدير الربح بينهما لا بالنسبة الكسرية بل بقدر معين لأحدهما والباقي للآخر أو فيما اذا تعاقدوا على كون نسبة من الربح لثالث أجنبي أو غير ذلك من الموارد التي يفتقد فيها شرائط الصحة الخاصة بعقد المضاربة وكذا الحال في المزارعة والمساقاة بل في أي عقد كالبيع والهبة والأجارة إذا أفترض وقوع الخلل في الشرائط الخاصة، فإن تلك العقود وان لم تصح بالأدلة الخاصة لكل عقد المختصة به ولم تندرج في تلك الأدلة ولم يترتب عليها الآثار الخاصة إلا انه بالإمكان إندراجها في الأدلة العامة لصحة العقود وترتب الآثار العامة لصحة العقود، فالتعاقدان لم ينشأ المضاربة في الفرد الصحيح الخاص بل قصداً وأرادا من الأول إنشاء المضاربة الكذائية الفاقدة لصفة الصحة الخاصة فقصدتهما تعلق بالطبيعي في ضمن الفرد الفاسد، ولكنه ليس فاسداً مطلقاً بل فاسد بالقياس الى الأدلة الخاصة الواردة في المضاربة وصحيح بالنسبة الى الأدلة العامة الواردة لتصحيح مطلق العقود، اذا لم يتخلف فيه شرائط الصحة للعقد العام كمعلومية العوضين والايجاب والقبول وعدم الغرر وبلوغ المتعاقدين ورشدهما وغير ذلك فتترتب عليها آثار مطلق العقود كخيار الشرط دون خيار المجلس.

هذا هو مسلك اليزدي (قده) في كل عقد حتى البيع فلا يترتب عليه آثار البيع الخاصة اذا لم تتوفر فيه شرائط الصحة الخاصة بالبيع، لكي يندرج تحت الأدلة العامة لمطلق العقود، إذا توفرت فيه شرائط الصحة العامة وترتبت عليه الآثار العامة.

وقد يشكل بأن ((أوفوا بالعقود)) دليل اللزوم وموضوعه الصحيح الشرعي فكيف

يندرج الفاسد تحت هذا الدليل؟

وجوابه: أولاً: إتضح مما تقدم بأن هذا العقد فاسد شرعاً بالإضافة الى الأدلة

الخاصة لا بالإضافة الى الأدلة العامة في العقد، فهو صحيح شرعاً بلحاظ الشرائط العامة وفساد بلحاظ الأدلة الخاصة، وعليه فلم ينخرم موضوع العموم.

ثانياً: ان دليل (أوفوا) ليس هو دليل اللزوم فقط كما هو محرر في محله، بل له

مفادان، فكل عقد صحيح شرعاً هو لازم أيضاً، وتفصيل ذلك في كتاب البيع، فهو دليل

الصحة أيضاً إذ هو متضمن لمدلول التزامي - وهو دليل اللزوم - ومدلول مطابقي - وهو

دليل الصحة - وهذا المدلول الإلتزامي متقدم رتبةً عن المدلول المطابقي وان كان متأخراً

دلالةً وكشفاً لأن الدلالة الإلتزامية بعد المطابقية فيستفاد من (أوفوا) دليل الصحة ايضاً.

هذا هو تقريب السيد اليزدي (قده) الا ان الصحيح هو انه إذا فسد عقد بلحاظ الأدلة

الخاصة فلا يمكن تصحيحه بلحاظ الشرائط العامة، وذلك يظهر بعدة نكات:

الأولى: ليس مفاد الاشتراط مقتصرأً على ان تلك الشرائط هي شرائط لصحة تلك

الماهية لأجل ترتيب الآثار الخاصة للبيع فقط، كما ادعاه السيد بل ثمرتها ما بين في

الاحكام الوضعية من ان كل تشريع من تشريعات الشارع -وضعية أو تكليفية- روعي

فيها توخي المصالح وتجنب المفاسد فتشريعه على ضوء الملاكات في المتعلقات

والموضوعات فأحد حكم اشتراط شرائط خاصة في ماهية البيع هو ان ماهية البيع - في

حال عدم توفر تلك الشرائط فيها- تؤدي الى مفسد وضعية في عالم المعاملات وتخلف

تلك الشروط تؤدي الى تلك المفاسد التي أراد الشارع ان يتفادها لا ان إشتراط الشارع

لتلك الشرائط حكمته منحصرة في ترتيب الآثار الخاصة بأن كل ماهية لا بد ان تحكم بضوابط كي لا تؤدي الى المفسد وإختلاط الحقوق، فهي شرائط في الطبيعي الكلي لهذه الماهية فلا يتقرر وجود ماهية في الإعتبار الشرعي بدون تلك الشرائط، فلا يتصور التعدد في وجود ماهية البيع. مثلاً وان أحدهما لترتيب الآثار الخاصة والآخر لترتيب الآثار العامة.

الثانية: ان ادلة الشرائط ناظرة الى موضوع الصحة التي هي كحكم يقع موضوعاً لأحكام أخرى وهي الآثار الخاصة فكيف تجعل أدلة الشرائط ناظرة الى موضوع الآثار الخاصة وهي قضية متأخرة رتبةً عن القضية الأولى وهي موضوع الصحة مثلاً (لا بيع حتى تكيله) ليس ناظراً الى الآثار والأحكام الخاصة المترتبة على صحة البيع، بل مفاده ان ماهية البيع بلا كيل في المكيل لا وجود لها في الاعتبار الشرعي فهو ناظر لموضوع حكم الصحة ومن ثم تكون الصحة موضوعاً للآثار الخاصة.

فدعوى السيد (قده) المتقدمة من كون ادلة وشرائط ناظرة الى موضوع الآثار - الخاصة- لا تخلو من مصادرة ومثال الآثار الخاصة (البيعان بالخيار ما دام لم يفترقا) أي البيعان في بيع صحيح - بالخيار- فالخيار مأخوذ فيه صحة البيع، نظير ما قيل في الفرق بين ادلة اللزوم وادلة الصحة من ان ادلة الصحة موضوعها الصحيح العرفي، وادلة اللزوم موضوعها الصحيح الشرعي، فالآثار الخاصة من قبيل حكم اللزوم أي في عرضه ورتبته متأخرة عن حكم الصحة وعلى ذلك فأدلة الشرائط الناضرة الى الصحة مطلقة غير مقيدة بلحاظ ترتيب الآثار الخاصة.

الثالثة: لزوم اللغوية في ادلة الشرائط لو كانت بلحاظ ترتب الآثار الخاصة فقط لا بلحاظ ترتب الآثار العامة، وذلك لأن الآثار الخاصة ليست بمثابة الآثار العامة أهمية وأهم أثر في الماهية صحتها ولزومها وهما من الآثار العامة فيترتبان بالأدلة العامة وان تخلفت الآثار الخاصة التي ليست بخطيرة بالقياس الى الصحة واللزوم لأن العمدة في الماهية مضمونها وهي مبادلة المال بالمال في البيع مثلاً فإذا كان المضمون يتحقق لأن الصحة معناها انوجد مضمون العقد فالصحة عند الشارع بمعنى الوجود في أفق إعتبره، أي وجود مضمونها وبالتالي لزومها وهما أهم شيء في المعاملة والآثار الأخرى هي بالتبع.

الرابعة: ان ادلة الشرائط الخاصة للبيع أو الهبة كما هي مخصصة لأدلة الآثار الخاصة فهي مخصصة لعموم ادلة الصحة واللزوم ايضاً فنسبتها مع دليل (أوفوا) نسبة المخصص وبالتالي فلا يندرج العقد الفاقد للشرائط في ذلك العموم، كما لم يندرج في أدلة الصحة؛ لأن ادلة الشرائط دليل مخصص لكلا النمطين من الأدلة مثلاً (لا بيع الا في ملك) حيث يخرج بيع غير المملوك من ((أوفوا بالعقود)) وكذلك (لا بيع الا بكييل) يخرج بيع مالم يكل من عموم ((أوفوا بالعقود)) كما يخرج كلا البيعين من الأدلة الخاصة لصحة البيع والإقتصار في ملاحظة نسبة التخصيص مع الأدلة الخاصة لصحة البيع والإقتصار في ملاحظة نسبة التخصيص مع الأدلة الخاصة دون الأدلة العامة تحكّم؛ اذ البيع الواجد للشرائط والآثار الخاصة ايضاً مندرج في (أوفوا) ومع افتراض اندراج البيع الفاقد للشرائط في (أوفوا) بحسب الدلالة الأولية تنصرف ادلة الشرائط الخاصة بإخراج الفاقد دون الواجد فلا محالة من كون ادلة الشرائط ناظرة الى

مفاد ((أوفوا بالعقود)) ونحوه من الأدلة العامة مخرجه لبعض افرادها وهو معنى التخصيص فما ذهب اليه اليزدي غير تام.

فتحصل من الوجه الأول صحة كلية كبرى قاعدة ((أوفوا بالعقود)) للعقود المستحدثة شريطة كون عقد التأمين غير راجع الى العقود المعهودة؛ لأنه اذا رجع اليها فحينئذٍ من اللازم توفر شرائط تلك العقود في عقد التأمين.

ومن فوائد عموم كبرى ((أوفوا)) عدم صحة الحقوق المشروعة بالحقوق المعهودة القديمة بل تكون الحقوق المستجدة مشروعة ايضاً على تقدير شمول الدليل لها، فالوجه تام الا انه متوقف على تماميه الصغرى.

الوجه الثاني لتصحيح عقد التأمين

وجه عام كلي هو الصلح وهو مصالحة بين شركة التأمين والافراد ومفاده التعويض بأزاء الخسارة وجهات الخسارة غالباً هي الملحوظة في عقد التأمين، نعم قد يكون التعويض لجهات أخرى كالمحافظة والتعليم وغيرها، والصلح كأوفوا بالعقود يتمسك به غالباً لإدخال العقود الجديدة في مستجدات مسائل المعاملات لأجل تنقيح الحال لا بد ان يلتفت الا ان عقد الصلح هو انشاء للتراضي بالذات وبهذا القيد يفترق عن بقية العقود حيث ان كل عقد متضمن للتراضي ايضاً فالبيع مثلاً لا بد فيه من تراضي الطرفين ولا يكون البيع بذلك صلحاً وبيعاً وكذلك الهبة والإجارة وبقية العقود ففي الفارق بين عقد الصلح وبقية العقود ذكر الاصفهاني والسيد اليزدي ان التراضي في عقد الصلح يُنشأ بالذات، بينما التراضي في بقية العقود مُنشأ بالتبع، لا بالاصالة حيث لا ينشأ البائع الرضا الانشائي بل بتبع ماهية البيع، فليس مفاد قول البائع (بعتك) وقول المشتري

(قبلت) هو انشاء الرضا بل انشاء تمليك عين بمال صادر عن رضا مفاد (بعث) بالدلالة الالتزامية دال على انشاء الرضا وابرازه وطيب نفسه بالبيع .

وهناك فرق آخر ذكره جماعة وهو ان الصلح انما يكون في مورد نزاع لقطعه، اما النزاع الفعلي او النزاع المحتمل بإسقاط حق أو ابراء ذمة أو غيرهما، فحينئذٍ لا يمكن للصلح ان يعمّ العقود الجديدة غالباً؛ لأنه لا بد من افتراض نوع من النزاع —ولو محتمل— فحينئذٍ يمكن انشاء التراضي .

وهذا التعريف لم يرتضه كثير من المتأخرين، فالصلح عندهم هو انشاء للتراضي سواء أكان هناك نزاع أم لم يكن.

وهناك قول بأن الصلح ليس عقداً مستقلاً وانما هو عقد يتبع بقية العقود، وهذا يرده القول السابق من ان الصلح لا بد ان يكون في مورد قطع التنازع الفعلي او المحتمل، فلا محالة يتبع بقية العقود ولا ماهية مستقلة له وانما يؤدي مؤدى البيع أو الاجارة وعليه فلا بد من تصوير ان ماهية العقد في نفسها هي ماهية أولية صحيحة، ثم يعرض الصلح عليها، أي تُنشأ بصيغة الصلح نظير ما هو مقرر في الشروط، فإن الشرط يشبه الصلح من وجوه ولهما وزان واحد في الروايات مثل ان الشرط للصحة فيهما ((كل صلح خالف كتاب الله)) ((كل شرط خالف كتاب الله)) وكذلك انها غير مشرعة وانما أمضيت صحتها بعد الفراغ من صحة ماهية المشروط، فماهية المشروط لا بد فيها من الحلية والصحة في الرتبة السابقة ونظير ذلك في النذر ومن ثم ادراج الثلاثة في سياق واحد في الأدلة، فتبين من ذلك ان حال الصلح حال الشروط حيث يجب ان تكون ماهية المشروط بنفسها صحيحة سواء أكانت ماهية شرط نتيجة أم شرط الفعل، فدلِيل

الصلح والشرط ليس وجه مستقلاً لتصحيح الماهيات الجديدة، بل لابد ان تدرج الماهيات الجديدة في الماهيات الصحيحة اولاً ثم تقرر بالصلح وجوداً ولزوماً، هذا كله على القول بالتبعية في الصلح.

وأما على القول بأن ماهية الصلح مستقلة ولا ربط لها ببقية الماهيات المعاملية كما لا تختص بتلك الموارد، فلا مانع من كون دليله وجهاً بحياله لتصحيح الماهيات الجديدة غاية الامر ان يكون الصلح متوفراً على الشرائط العامة للعقود كأن لا يكون تمليكاً لمعدوم او لا يكون فيه غرر .. ويكون الصلح هذا مؤداه مطلق التعهد نظير مفاد الشرط.

وجملة من الفقهاء الذين صححوا التأمين بالوجه الأول السابق بنوا على تصحيحه بهذا الوجه فقرروا بأن عقد التأمين صلح على ان يدفع المشتري أو المتعامل مع شركة التأمين قسطاً شهرياً مقابل ان تدفع الشركة خسارته.

ولتمامية هذا الوجه على التقدير الثاني لابد من تحرير الصغرى في كبرى دليل الصلح، وهي واجدية الصلح في مورد التأمين للشرائط العامة في العقود، وهذا ما تكفله الوجوه الأخرى الآتية كتضمن هذا التعهد لشبهه الربا وإلشكال انه تعهد مما لا يجب أو ان فيه غرر وغير ذلك.

الوجه الثالث: كون التأمين هبة مشروطة وقد التزم بذلك السيد الخوئي، وتقريبه: ان المؤمن -المتعامل- يهب الشركة هبة نجومية مشروطة اما بنحو شرط النتيجة وأما بنحو شرط الفعل -بأن تؤدي شركة التأمين العوض أو الخسارة حين

التلف للعين المؤمن عليها فيكون بنحو شرط الفعل لا بنحو شرط النتيجة فتندفع العديد من الإشكالات الواردة على شرط النتيجة.

وقد يشكل: بأن عقد التأمين أخذ في احتمال الخسارة - احتمال دفع شركة التأمين الخسارة - وهو غير منضبط من جهتين:

الأولى: من ناحية درجات الخسارة التي تدفعها شركة التأمين.

الثانية: من ناحية درجة احتمال وقوع الخسارة، بمعنى انها غير منضبطة لا من جهة الاحتمال ولا من جهة المحتمل.

والجواب عنه: بأن هذا الغرر او الجهالة يدفع بتحديد مورد التأمين بالدقة وعليه فالمحتمل منضبط ومحدد، لاسيما ان علم التأمين علم قائم بنفسه الآن في تحديد درجات الخسارة ومقادير الضرر والربح وهو علم يُدرس في الشركات المختصة بالتأمين والجامعات الأكاديمية.

واما الغرر من زاوية الاحتمال - لا المحتمل - فليس كل درجة احتمال هي غرر كما هو الحال في عقد ضمان العهدة وضمن الفعل فإن الضمان فيهما احتمالي وليس من المؤكد ان الضامن سوف يبذل بسببه المال لأن ضمان العين على تقدير التلف ومع ذلك فهو لا يؤدي الى الغرر فكذلك هنا، وكذلك الحال في المضاربة حيث ان ربح العامل أو خسارته احتمالي واقدامه على الاحتمال وكذلك في المزارعة والمساقاة اذ قد لا تثمر ولا تحصد اصلاً ومع ذلك لا تكون هذه الماهيات غريبة.

مضافاً الى ان احد تخريجات عقد التأمين هو ضمان العهدة أو ضمان الفعل كما

سيأتي.

ولا بد من تعيين قسط التأمين وتعيين المؤمن عليه وما يحدث له من الخطر كالغرق والسرقة والموت ونحوها، كما تعين المدة بداية ونهاية.

وقد يشكل على تقدير تخريج التأمين من باب الهبة، في لزوم تعيين قسط التأمين لأنه في الهبة لا يشترط فيها معلومية المال لا من الواهب ولا من الموهوب له من وجه إعتبار تعيين المال والاقساط؟

وظاهر المحقق الخوئي (قده) في كتاب الهبة عدم الاشتراط، إلا ان يقال حيث ان قسط التأمين يرجع الى نجوم من الأموال أي الى هبات متعددة أخرى تشترط في الهبة الأولى على الواهب كما يشترط على الموهوب له تعهد الخسارة، فيكون تعيين القسط هو تعيين الشرط الذي على الواهب وتعيين لمورد التأمين ومورد الخسارة.

وفيه: ان الأقساط الأخرى متعينة الدفع بلا حاجة الى اشتراط ذلك في الهبة الأولى فإشتراطها فيها لغو، على ان عدم الاشتراط في الهبة لا يلازم عدم جواز الاشتراط بين المتعاقدين، فإن عدم الاشتراط ليس لازماً ليكون الاشتراط حراماً.

هذا ولكن على الوجوه الأخرى في تخريج التأمين لا بد من التعيين.

وتمامية هذا التخريج موقوفة على كون الماهية التي تنشأ في عقد التأمين هي ماهية الهبة والا فهذا التخريج يعدّ حلاً بديلاً للماهية التي تنشأ حالياً في الأسواق في عقد التأمين، اذ على تقدير التغير لا يمكن تفسير عقد التأمين بالهبة المشروطة، وهما لا يقصدانها، ومن ثم هناك مؤاخذه في الحلول التي تبدي بأن اللازم فيها تطابقهما مع الماهية القائمة في السوق المالي او التجاري إذ على تقدير التغير مع الماهية القائمة لا يكون هناك فائدة في الحل الا بأن ينبّه المقلدون الى انشاء الماهية البديلة كحل مبين

للتعامل التجاري فالأولى في التخريجات والحلول تطابقها مع الماهية القائمة في السوق وبالتالي فمنهجة البحث في الماهيات المستجدة في مقامين:

١- تحري وتحليل الماهية الموجودة من كونها قديمة أو جديدة حقيقة.

٢- وهو في طول الأول بأن لم يتم الحل فيه فيلتجئ الى تخريج ماهية بديلة مستأنفة مع تنبيه سائر المكلفين بقصدها بدلاً عما هو قائم.

ومن هنا يظهر ما في قول الخوئي (قده) ((يجوز تنزيل (...)) مجمل بين كون العقد القائم في السوق هو هبة او ان الهبة المشروطة استبدال لما هو قائم فكان على الماتن (قده) التنبيه الى مثل ذلك، فالأحرى ان يكون التعبير هكذا يجوز استبدال التأمين بالهبة.

وهذه المؤاخذة جارية بعينها في الوجه الأول والثاني المتقدمة، والظاهر ان الحلول الثلاثة بعيدة عن واقع الماهية للتأمين الجارية حالياً في الأسواق فهي غير مقيدة في العمل المتبادل في الأسواق من جهة ان الممارس خارجاً ليس هو ذلك البديل، ولا يسوغ الإفتاء بجوازه وصحته كون عقد الهبة المعوضة أو عقد الصلح ينتج نتيجة الماهية الممارسة في الأسواق ويفيد أثرها لما ذكر سابقاً من ان الاشتراك في بعض الآثار لا يعني الاتحاد في كل الآثار، وهذه ملاحظة فنية يجب مراعاتها في تخريج جميع المسائل المستحدثة المعاملية فكون البديل ينتج نفس الأثر لا يكون دليلاً على انطباقه على المعاملة الحديثة الجارية بين الناس.^(١)

(١) فقہ البنوك ص ٢٦٤ - تقريرات مصطفى الاسكندري - للسند

وفيه : انه تنزيل وليس انطباق ليصار الى الاشتراك في كل الآثار، فيما التنزيل هو ان يأخذ المنزل صفة المنزل عليه في طول التنزيل لغرض ترتيب الآثار الثابتة للمنزل عليه وكأنه هو وعليه فهذه التخريجات جائزة ولا اشكال فيها.

الوجه الرابع : كون التأمين من الضمان بالعرض ويقصد هذا الوجه —ولعله اقوى الوجوه— ان التأمين متضمن للتعهد بجبر الخسارة، وهذا التعهد ممكن الانطباق مع مفهوم الضمان؛ إذ فيه يلتزم الضامن ويجعل عهده مشغولة بجبر الخسارة للشيء بعد قلقه، وجميع أقسام الضمان مشتركة في أنه جبر الخسارة على تقدير التلف، وهو الذي اشاروا اليه من أن الضمان معنى تعليلي في نفسه وذاتي معناه التعليق كالتعليق في الجملة الشرطية المطوي في مؤداها فالتأمين عقد ضمانى غاية الامر هو بعوض والعوضىة والمقابلة هي بين انشاء الضمان والعوض لا بين بعض مفاد الضمان والعوض؛ أي لا بين جبر الخسارة على تقدير التلف وبين العرض، بل بين إنشاء الإلتزام والتعهد مع ذلك العوض لأن الاقدام على الضمان يرغب العقلاء فيه ببذل العوض.

بل لو كانت المعاوضة والمقابلة بين بعض مضمون الضمان والعوض لكان الضمان متضمناً بمعنى المخاطرة والقمارية، لكونه يبذل عوض لجبر الخسارة على تقدير غير معلوم لأن المعاوضة مقابلة بين مالين، الا انه في القمار المال الثانى محتمل غير معلوم التحقق لا سيما ان في المقام مقدار الجبر ايضاً غير معلوم والحادث الذي سيقع على السيارة أو على البيت مردد القدر التلف والخسارة فيه فيكون الضمان على التقدير الثانى من قبيل تمليك المال بمال غير معلوم القدر على تقدير غير معلوم التحقق وهذه خاصية غالب موارد القمار الشائعة ومن ثم اشكل بعض العامة على التأمين بأنه

قماري، وهذا الاشكال كما تبين ناشئ من ملاحظة التعاوض بين المالين وسيأتي البحث عنه في الحديث عن الإشكالات العامة على التأمين.

مشروعية ضمان العهدة وضمن الفعل

فالأول: هو ضمان وتعهد ابتدائي بجبر الخسارة على تقدير التلف فالضمان فعلي وأثره -جبر الخسارة تعليقي، وبهذا يتغاير الضمان الاصطلاحي - نقل دين من ذمة الى ذمة أخرى- المتوقف على كون الذمة مشغولة بدين لينتقل الى الأخرى، وهذا الضمان فانه يكفي فيه احتمال اشتغال الذمة لاحقاً كما هو الحال في الجعالة فإن ماهيتها بعد الايجاب فعلية لكن مضمونها ومؤداها وأثرها تعليقي.

ومفاد الأدلة والعمومات في باب الضمان هو القسم الاصطلاحي فلا بد من إقامة دليل آخر على هذا القسم وقد مر ذكر الوجوه على هذا القسم من الضمان.

ثم ان هذا الضمان لا ينفي الدين عن المضمون عنه كما لو كان البائع لا يملك المبيع وقد أخذ الثمن فإنه يكون مدين للمشتري، فهنا الضامن وان كان يضمن الثمن للمشتري ولكن ذمة البائع -الغاصب للمبيع وتحايل لبيعه- بعنوان انه يملكه- لا تفرغ ذمته من الدين في الواقع شرعاً، وهذا هو الفارق الثاني بين ضمان العهدة والضمان الاصطلاحي، هذا في ما يتعلق بضمن العهدة.

واما القسم الرابع من الضمان، فلم يشر الى تطبيقه الاعلام كحل في المقام وضمان الفعل ليس تعهداً بجبر الخسارة، وانما هو التزام بدفع مال مقيداً بتقدير معين، نظير شرط الفعل فهو فعل ساذج وضمان الفعل هو شرط الفعل بخلاف ضمان العهدة كأن التعهد بجبر الخسارة على تقدير التلف، بعد التلف تكون ذمة الضامن مشغولة واما في

ضمان الفعل فلا تكون ذمته مشغولة وعلى تقدير التلف يتوجه الى الضامن خطاب تكليفي من وجوب الوفاء بالشرط وأداء الفعل، كما هو مقتضى شرط الفعل في الفعل الساذج، فضمان العهدة نظير شرط النتيجة وغاية ما قرب في شرط الفعل في بحث الخيارات ان الشرط يوجب حقاً لا ملكاً.

هذا وقد يخرج التأمين بأنه نحو من شرط الفعل ولعل ضمان العهدة والفعل أقرب مضموناً الى ماهية التأمين وكذلك في تخريجه بضمان العهدة وذلك لأن التأمين تعهد الشركة بجبر الخسارة عند التلف مقابل أقساط شهرية او سنوية يدفعها المؤمن له.

الا ان جملة من الاعلام قالوا ان هذا الضمان بعوض وان كان اقوى الوجوه الا ان الاصح انه عقد جديد يتمسك له ((بأوفوا بالعقود)) لوجوه:

الوجه الأول: ان التأمين في معناه اللغوي انشاء الأمان لا انشاء الضمان غاية الامر ان الأمان يستحصل بالضمان، وبعبارة ان ماهية التأمين هي رفع الخطر ويتوصل لرفعه بالتعهد بجبر الخسارة على تقدير التلف فليس مفاده بالذات ضمان العهدة بل انشاء للأمان ولرفع الخطر فلا يتم التخريج الرابع.

والجواب عنه: انه لا مانع من كون ماهية العقد في بعض الأبواب هي الماهية المسببة ولو بوسائط عديدة لكن تسمية عقد التأمين بالتأمين ليس من هذا القبيل، فإن بعض ماهيات العقود تسمى بعنواين تؤخذ من غرض المعاملة أو من الآثار المهمة لتلك المعاملة، مثلاً تسمية قسم من النكاح الجاهلي بالشغار -الباطل في الشريعة- بلحاظ ان كل يشغر مكان الآخذ فهذا النكاح لم تنقلب ماهيته الى ماهية الشغار وانما سمي بذلك لإنتهائه الى ذلك الأثر وصورته ان الطرفين يتشارطان يقول احدهما للآخر زوجني ابنتك

أو أختك على ان ازوجك إبنتي أو أختي من دون فرض مهر بل تكون معاوضة كل منهما بالآخر فكل نكاح يقع في قبالة الآخر، فماهيته نكاح مع المعاوضة ومن ثم سمي بالشغار.

وكذا تسمية السلم بالسلم فإن ماهية البيع لم تنقلب فتصير سلماً بل التسمية هي بلحاظ شرطه بأن يسلم، وكذا الحال في المضاربة فإن الضرب في الأرض هو احد لوازمها وغيرها من العناوين المعاملية التي لا تطابق فيها بين مضمون العناوين وماهياتها بل اطلاق التسمية بها بلحاظ الآثار أو الأغراض.

نعم مقتضى الطبع في التسمية ان يكون بلحاظ ما هو ماهية المعاملة ولكن لا يمتنع ان تكون بلحاظ الآثار.

والتأمين من أغراضه الأمان ورفع الخطر لا ان ذلك نفس ماهيته وكذلك ما ذكره من ان فلسفته التعاون فإن عقد التأمين يعد منافساً للبنك في الأنشطة المالية والاقتصادية لأنه في شركات التأمين يجتمع الرساميل وهذا يزاحم نشاط البنك الذي يعتمد على استثمار الرساميل المجتمعة لديه وصار عقد التأمين هو ظاهرة صحية لأنقاذ الطبقات الضعيفة في قبال اعمال البنوك التي تعد مخالفاً لامتصاص أموال الطبقات الدانية، فالتأمين نوع من الحماية والوقاية امام العمليات البنكية الربوية.

من جهة الداعي في دفع الأقساط هو دفع الخطر ومن جهة جبران الخسارة للمتضررين برساميل الآخرين هو اعانة فللتأمين أغراض تنافس أغراض وانشطة البنك فالتأمين إنشاء التعهد في جبر الخسارة، والغريب انه في تحرير الوسيلة عرفه بهذا

التعريف ومع ذلك قال: والاطهر انه مستقل وليس من باب ضمان العهدة، فإن حقيقة التعهد بجبر الخسارة هو الضمان وليس ضمان العهدة الا ذلك.(١)

الوجه الثاني: عدم انطباق ضمان العهدة على كل أنواع التأمين، فلدينا أنواع لا تندرج في هذا الضمان كما ان الخسارة قد لا تكون في الاعيان مثل التأمين على المرض في الانسان، حيث ان المرض لا يتمول في الانسان الحر والتأمين في المرض بلحاظ ما قد ينتابه مما قد يحتاج الى عملية جراحية مكلفة فلا يكون جبر الخسارة لتلف عين وكذا الحال في التأمين في موارد الاجارة، فالجامع بين موارد التأمين هو انشاء الأمان لا ضمان العهدة، وان ماهية التامين مغايرة لماهية الضمان بالعهدة ومغايرة لماهية جبر الخسارة ايضاً.

والجواب عنه: ان شمول التأمين لموارد ليس في ضمان العهدة مثل التأمين على الامراض او على الحياة فهو لا يخلو من قوة ويمكن الجواب عنه بالالتزام بالتفصيل ففي موارد التي هي اجارة تلتزم بذلك فيها وفي موارد التأمين الضمانية تلتزم بذلك فيها.

واما التفصيل في تلك الموارد في الضمان بأن هناك ضمان عهدة وضمن غير عهدة فهو غفلة عن معنى ضمان العهدة فإنه شامل لكل هذه الموارد فكما يشمل التعهد بجبر الخسارة في التجارة كذلك يشمل التعهد بجبر الخسارة في التداوي، نعم ضمان شخص الحر في عمره ليس من ضمان العهدة وسيأتي الكلام عنه.

(١) نفس المصدر ص ٢٥٤ - تقارير السند

وعليه فالقول بأن مطلق التأمين هي ضمان عهدة مطلقاً ليس في محله بل بعض الموارد هي عين الاجارة وليس شيء آخر.

نعم لو امكن تصوير معنى ماهوي جامع للتأمين غير ضمان العهدة بحيث يتصادق مع ضمان العهدة في بعض الموارد ويتخالف معه في موارد أخرى فهو وجه وجيه ولا محيد عن الالتزام به واما هذا المقدار من تصوير الاشكال الثاني فهو قابل للتأمل، ولو قيل في تعريف التأمين بانه تعهد بجبر الخسارة او بعمل كان جيداً وهذا نحو من التصحيح للوجه الرابع.

الوجه الخامس: وحقيقة انه دليل على الوجه الرابع لكن لما كانت دلالته بالخصوص افرز وجهاً خامساً.

بيانه: ان التأمين ليس عقداً جديداً بل معاملة بشرية قائمة لديهم منذ العهود الماضية غاية الامر انها استوسعت حالياً -كما هو الحال في البيع والاجارة وغيرهما- حيث استوسع الى الحمل البري والبحري وكون المتعاملين شركات ودول، فإذا أحرز إمضاء الشارع لعقد التأمين في صيغته البدائية فهو امضاء لعقد التأمين المتسع حالياً، وذكر بعض الافاضل ان ضمان دية العاقلة وضمان ولاء العتق وضمان الجريرة هي نحو من التأمين الطولي ففي المرتبة الأولى جعل الشارع التأمين بضمان العاقلة بالدية اذا جنى شخص خطأ وحيث ان العاقلة هي التي تترث ذلك الشخص فكأنما الشارع جعل معاوضة قهرية بين إرثهم للشخص وضمانهم للخسارة الواقعة له وهذه معاوضة قهرية لا تعاقدية.

وإذا قدر عدم العاقلة في البين فتصل النوبة الى ضمان مولى العتاق فهو كما يرثه
يضمن ديته فيقرر ذلك بالمعاوضة القهرية من قبل الشارع لا التعاقدية الاختيارية ثم اذا
قرر عدم مولى العتق ايضاً فتصل النوبة الى ضمان الجريرة وضمانه بعوض الإرث والضمان
ههنا تعاقدى اختياري بأن يتعاقد شخص مع آخر على ان يضمنه مقابل أن يرثه.
ومرتبة رابعة اذا قدر عدم ضمان الجريرة، وهو تأمين قهري ومعاوضة قهرية بين
إرث الامام (عليه السلام) لهذا الشخص الذي لا وارث له مقابل ضمانه لديته، وقد
نص على هذه المقابلة في روايات الإرث.

تتمة: قد ورد النص على ضمان الوارث^(١) وهو نوع من التأمين، كما هو الحال
في ضمان العهدة المنصوص عليه في عدة موارد، فإنه نحو من التأمين مثل ضمان المبيع
للبائع غاية الأمر لا ينحصر المبيع المضمّن بالعين الجزئية الخاصة، بل يشمل المبيعات
الحديثة ذات الكميات الهائلة الكبيرة المحمولة في البر والبحر، وكذا الحال في ضمان
الوديعة فإن الغرض منه هو دفع الخطر وكذا الحال في ضمان العارية فإن الشارع قد
حكم على المستعير في بعض الموارد بالضمان اذا تلفت ولو من غير تقصير وفي البعض
الآخر بالشرط.^(٢)

الإشكالات الواردة على عقد التأمين

وغالبها ما ابداه جملة من فقهاء المذاهب الأخرى المعاصرين:

الأول: إشماله على الغرر والجهالة حيث ان المؤمن -شركة البيمة - لا يعلم
بوقوع الحادثة التي يأخذ في مقابلها أقساط شهرية من المؤمن له أو لا وقوعها فلربما لا

(١) ب ١٩ من احكام العقود، ب ٢٩-٣٠ أبواب الاجارة
(٢) فقه البنوك ص ٢٥٧-٢٥٨ - تقارير السنه

تقع مدة التأمين سنين مديدة فتذهب أموال الزبون هباءً منثوراً، فالمعاوضة في التأمين منطوية على الجهالة والغرر لا سيما وان حاصل أموال التأمين المدفوع شهرياً قدر خطير من الأموال.

تقييم الاشكال: وهو يتكئ على عموم قاعدة الغرر المانعة عن العقود وعدم اختصاصه بالبيع، أي على تمامية تلك الكبرى، وقد وقع الكلام عن الدليل على ذلك؛ إذ النص الوارد المعتبر هو نهى النبي (صلى الله عليه وآله) عن بيع الغرر وليس نهى النبي عن الغرر، كي يعمّ، ولم يعثر على رواية واحدة ولو مرسلّة على التعميم وان ادعى البعض العثور عليها فغاية ما يثبت نهى النبي (صلى الله عليه وآله) عن بيع الغرر، نعم إستظهر البعض عدم إختصاصها بالبيع إذ لا خصوصية له وإن النهي أعم وان ورد فيه.

والصحيح ان الغرر مانع عن كل العقود لا في خصوص البيع؛ والوجه في ذلك هو البناء العقلائي على مانعية الغرر في بقية العقود خلافاً لما قيل من: ان الغرر ليس من الشرائط العامة في صحة كل العقود فلا نسلم بمانعيته في عقد التأمين.

وادلة الصحة في العقود موضوعها المعاملة العقلائية العرفية مثلاً ((أحل الله البيع)) كدليل للصحة أخذ في موضوعه البيع العرفي لا الشرعي والا لكان تحصيلاً للحاصل، وهذا البيع العرفي الذي يصححه الشارع يجب ان يكون في الرتبة السابقة واجداً للشرائط العقلائية، اذ بدونها لا يكون بيعاً موجوداً في نظرهم، فلا يكفي في البيع توفر الشرائط الشرعية التأسيسية فقط، نعم العرف ههنا بمعنى لغة القانون البشري الوضعي.

ومانعية الغرر عند العقلاء غير مخصوصة بالبيع، بل في مطلق ماهية المعاوضة؛ إذ التعاوض نوع مساواة مالية بين الطرفين ولا تتم المعاوضة والمساواة بين المالين إلا بالعلم بالذات وقدر الطرف الآخر وتقرره فلا بد من الإحاطة بكل من الطرفين كي يتمكن من عملية المعاوضة بينهما، وإلا لم تكن معاوضة بل هبة مبتدأة أو شبهها أو صلحاً لا يبتني على التعاوض بل على التقابل بالرضا ولذا قيل بجواز هدية المجهول ((وهبتك ما في الكيس)) وكذا في وقف وفي المضاربة وغيرها من العقود الاذنية، وهذا بخلاف المعاوضات.

ولا نقتصر الكلام بالاحاطة والعلم بالعوضين على خصوصيتهما او ماليتهما بل الكلام في مطلق جعل التقابل بينهما، فمثلاً في البيع عندما يقابل بعوض مالي، معيار هذه المقابلة هي الموازنة والمساواة المالية ولو بحسب إختيار المتعاقدين، ومن ثم فلو لم تكن مساواة بحسب الواقع لا يبطل البيع بل غاية الامر يثبت خيار الغبن، فالمقابلة قائمة على التوازن المالي وهو متوقف على معرفة العوض كي تجري فيه المعاوضة والمساومة والمساواة، فثبوت خيار الغبن لا ينافي إعتبار مانعية الغرر، بل يتوقف عليها؛ إذ لا يمكن فرض الغبن وخياره إلا مع عدم الغرر.

بيان ذلك: ان كل واحد من المتعاقدين عالم بالمقابلة وان لم يعلم القيمة الواقعية فالمقابلة معلومة في البين، ومن ثم تقايس مع القيمة الواقعية لكي يتبين وجود الغبن او عدمه، فتصوير الغبن مبتن على معلومية اصل المقابلة وظهور الغبن لا ينافي كون البيع الواقع خالياً من الغرر، إذ ليس إنتفاء الغرر والجهالة هو بحسب الإحاطة والعلم بذات العوض على ما هو عليه في الواقع بجميع صفاته وخصوصياته، بل هو بحسب احد

صفات العوض المهمة التي يمكن ضبط بقية صفاته الأخرى - وان كانت مجهولة - بها فيكفي في تحقق المقابلة في المعاوضات العلم بالمقابلة بحسب احد الصفات المهمة فمدار إنتفاء الغرر وعدمه لاينافي وقوع الجهل بصفة المالية الواقعية فلا ينافي تصوير خيار الغبن ولذلك اشترطوا في البيع عدم الغرر مع قولهم بخيار الغبن فيه ، وليس ذلك تهافتاً لأمكان تصوير وقوع البيع الصحيح الخالي من الغرر الموجب مع ذلك لخيار الغبن وان الغرر ينتفي بالعلم بالمالية الجعلية المسماة بحسب المقابلة لا بخصوص العلم بالمالية الواقعية وتسمية المالية هي عين المقابلة بخلاف المالية الواقعية فالغبن قائم على حيثية تختلف عن الحيثية التي تقوم عليها المقابلة .

نكتة: ان طبيعة المعاملات والمعاوضات من المعاني التشكيكية كما هو الحال في الغرر والجهالة ، فالمعاوضة في البيع قائمة على المقابلة بنمط دقيق لوقوع نقل رقبة العين فيه حيث تنتقل بتمامها فيتشددون في العبارة عن الغرر ، فالغرر بحسب البيع يتفاوت مع الغرر بحسب الشركة او القرض مثلاً والحال في الإجارة ايضاً لأن المنقول فيها المنفعة فقط وان اشتهر ان الاجارة صنو البيع وهذا التفاوت لا ينافي اعتبار عدم الغرر في مطلق المعاوضات الا انه في كل عقد بحسبه لإختلاف درجات المعاوضات .

ويتحصل من هذا تمامية الكبرى -مانعية الغرر- في العقود والتأمين أما ضمان او ماهية مستقلة وعلى كلا التقديرين فهي معاوضة فيشترط فيه عدم الغرر .

واما الصغرى بحسب الخارج في كون عقد التأمين يستلزم الغرر كي يتم الاشكال

الأول أو لا؟

والجواب عنه: ان تطور علم التأمين قد أوجب إنخفاض نسبة الجهالة وتساعد النسبة الاحتمالية الى درجة متفقة عند العقلاء، وهو علم يدرس في الجامعات فيعين فيه درجة الخطورة ودرجة الثمن الذي يقابل الخطر ومدة التأمين والبلد الذي يجري فيه عقد التأمين والحرف التي يجري عليها البيمة وهلم جرا، فهناك آلات الإحصاء بدرجة تخمينية تقارب الواقع فتدرس كل هذه الزوايا ويحدد جميعها في عقد التأمين، ومع هذه البرامج لا مجال لدعوى الغرر في عقد التأمين بل المتداول منه حالياً يجري مع نسبة كبيرة من ابصار الواقع بالادوات والدراسات الحديثة، نعم إشكال الغرر كان متأثراً في السابق لعدم امكان الاحصائيات الدقيقة.

ومن هذا القبيل البيع في العصر الحاضر ولاسيما في البيوعات الخطيرة ذات الكميات الهائلة حيث يتم التعاقد على جميع الأشياء بوجودها الشخصي بقيمة يوم التخليص من الكمر ك أو بقيمة يوم القبض وقد أفتى جملة من الأعلام ببطلان هذا البيع لعدم تحديد الثمن فيه، وهذا النمط من البيع هو الرائج حالياً في بيع النفط والغاز وغيرها من المنتجات الطبيعية لكل بلد.

وتنقيح الحال: ان الجهالة والغرر بحسب سوق المال والتجارة العصرية يقررونه في تعيين الثمن في مثل هذه الموارد حيث ان تعيينه لا يعلم فيه مدى أجور الكلفة الواقعة على عاتق البائع كما ان في تعيينه بحسب وقت التعاقد لا يحصل العلم بنسبة الربح والخسارة وذلك لأن الأسعار في مثل هذه الموارد تعينها أسواق البورصة وبياناتها في القيمة انما هي بلحاظ السعر الحاضر الفعلي لا القيمة المستقبلية وبالتالي فبعد تعيين البائع الثمن في عدد معين هو بمثابة اللاتعيين واللاتحديد بخلاف ما لو حدّ الثمن

بقيمة البورصة أو السوق يوم التقابض فإن هذا القيد الزمني أضبط تحديداً وادق تعيناً للقيمة من العدد الحساب الكمي وكذا الحال في جانب المشتري، وهذا التبدل في ضوابط التعيين والتحديد وفي نحو تقرّر وجود الغرر والجهالة هو بسبب تغير عالم الأسواق المالية وبيئة التعامل التجاري، وهو من التغيير في المصاديق لا في المفاهيم والمعاني، ولا ريب ان تقرّر وجود المصاديق انما هو بحسب الأنظار العرفية العقلائية الجارية.

كما ويمكن الإجابة عن الاشكال الأول بما يأتي ب جواب الاشكال الثاني.

الاشكال الثاني: كون التأمين بمثابة الميسر والقمار وهو فحوى الاشكال المتقدم.

بيانه: ان المؤمن له يدفع الأموال تدريجياً - أقساط - برجاء ان يحصل على أموال أكثر فيما لو تلفت السيارة المؤمنة مثلاً، حيث ستدفع له الشركة - البيمة - قيمة السيارة بكاملها أو بالقدر المتفق عليه بينما قدر المال المدفوع شهرياً على التناوب لا يبلغ قيمة السيارة التي تدفعها الشركة عند الحادثة، فحقيقة التأمين هو الاقدام على دفع الأموال في قبال إحتمال ورجاء الحصول على غنيمة مالية أكبر والاقدام والتعاوض الاحتمالي هو من ناحية القمار.

وجوابه: ان العوض هنا ليس هو المال الذي يمتلكه عند حدوث الحادثة بل العوض هو نفس الضمان لا متعلقه ونفس الضمان كالالتزام وتعهد بجبر الخسارة على تقدير وجودها ليس عوضاً تقديرياً او غير متيقن الحصول بل هو ذو مالية بنفسه فلا يقدم عليه الناس إبتداءً بل يرغبون فيه إذا بذل بإزائه المال، اذ لا يكلف الشخص نفسه بالتعهد على جبر خسارة آخر ابتداءً وبالتالي فالمالية مخصصة لنفس التعهد والضمان بجبر الخسارة لا لمتعلقه وهذه المالية مقررة وثابتة سواء وقع المتعلق أم لم يقع؛ لأن

الغرض من المعاوضة وبذل المال منصبّ وقائم بنفس التعهد لما يوجبه من استقرار وراحة بال للمضمون له ولو على تقدير عدم وقوع الحادثة، فمنشأ الاشكال الخلط بين متعلق الضمان ونفس الضمان لعدم تصور المعاملة الفوقانية التي احد طرفيها معاملة أخرى خاصة مستقلة (ضمان العهدة) والعوض مقابل لها فالمعاملة الفوقانية هي مبادلة ضمان بعوض نظير مبادلة طلاق بعوض وهو الخلع.

مع ان مجرد احتمالية المتعلق لا يجعله معاملة قمارية أو عدة من المعاملات متقومة بالاحتمالية بلحاظ النتيجة كالمضاربة إذ عامل المضاربة أعماله محتملة التعويض وعدمه مع ان المضاربة - على قول - عقد اجارة خاصة، فصاحب المال يؤجر العامل بربح كسري من أرباح المال مقابل عمله فقد يتاجر العامل مدة مديدة بالاموال ولا يربح شيئاً فالاحتمالية متقررة بالمضاربة، وكذا الحال في المزارعة والمساقاة فقد لا يبقى الزرع الى أوان حصاده أو قد لا تثمر الشجرة ففيها الاحتمالية ايضاً متقررة ومع كل ذلك لم تكن الاحتمالية موجبة لصدق الميسر على تلك العقود فلا محالة من تميّز الميسر والقمار بخاصية أخرى غير وجود الاحتمال وكذا الحال في ضمان الجريرة فإنه نوع تأمين عقد وهو احتمالي من كلا الطرفين لأن هذا الضمان بدفع الدية مقابل الإرث مع احتمال ان يموت الضامن قبل المضمون فلا يتحقق الإرث، وكذا الحال في ضمان العاقلة الذي هو ضمان بعوض قهري غير عقدي فتحصل ان طرف الضمان في التأمين هو الضمان لا متعلقه فلا يرد محذور الغرر والجهالة كما لا يرد محذور القمار والميسر ونفس الضمان الذي هو طرف المعاوضة هو شيء معلوم ذو قيمة مالية متعينة بخلاف متعلقه.

الاشكال الثالث: انه نوع من الربا لأن المؤمن له يدفع قسطاً شهرياً على التناوب وبعد ذلك تدفع له شركة التأمين له عند الحادثة كل المبلغ وهي زيادة ربوية. وشركة التأمين حين دفعها وجبرها الخسارة تقتطعه من المال المتجمع لديها من الأقساط الشهرية من المشتركين، وحيث ان الفائض منها يزيد على مقدار العهدة المالية التي تتكفلها من الشركة في حوادث المشتركين فتقوم الشركة بإستثمار هذا الفائض تجارياً فيكون ما تعطيه من جبر الخسائر انما هو من ريع ذلك الفائض وعلى ذلك يكون واقع الحال لتلك الشركات انها تجمع رساميل لأجل التجارة بتوسط القروض من المشتركين في قبال وفائهم بذلك الدين مع زيادة ربوية عند الحوادث، فالتعامل الجاري فيها بمثابة القرض الربوي وخير مثال صريح في ذلك تأمين الحياة وتأمين المماة فتؤمن الشركة مثلاً على عشر سنين من حياة المشترك وعند إنهاء المدة تقوم بدفع الأموال التي دفعها المؤمن له طيلة عشر سنوات وزيادة.

والجواب عنه: ان الربا في مورد التأمين لا وجود له؛ لأن وجوده يتبع الدين - سواءً الحاصل من القرض أو من غيره- بينما التأمين يكون دفع المال في مقابل الضمان وكل من العوضين قد تم حصوله للطرف الآخر، إذ لم يكون بدل المال -العوض- في مقابل متعلق الضمان كما هو الحال في القرض إذ قد لا تحدث أية خسارة ولا يرجع أي مال للمؤمن له ومجرد جبر الخسارة على تقدير لا يوجب كون الجبر طرفاً للمعاوضة ولا يوجب صدق رجوع المال المبذول عوضاً مع الزيادة كما هو حال القرض الربوي.

نعم في بعض موارد التأمين المستجدة كالتأمين على الحياة مدى العمر أو مدة معينة أو التأمين على المماة سيأتي انها فرع من الربا ويختلف عن بقية أنواع التأمين.

ومن ما مر يتبين ان عقد التأمين عقد جديد لا هبة معوضة ولا صلح وتقدم انهما من قبيل البديل الموصل لنتيجة عقد التأمين وليساً تحليلاً ماهوياً ولا بياناً لعقد التأمين المتداول، فلا تصل النوبة اليهما الا بعد تعيين ماهية عقد التأمين الدارج وبيان حكمها.^(١)

تنبيهات التأمين

التنبيه الأول: في التأمين على الحياة وعلى المائة وانه ربا.

وهو ان يدفع المؤمن له أقساطاً معينة وحين إنتهاء المدة -مدة التأمين- تسترجع كل المبالغ المدفوعة مع الزيادة، وليس ارجاع شركة التأمين معلقاً على الخسارة بل بمجرد إنتهاء المدة، نعم لو مات المؤمن له خلال تلك المدة فإن الشركة ملزمة بدفع مقدار ديته لورثته مع كون الجهة السابقة ملحوظة في هذا التأمين ايضاً. وام التأمين على المسماة وهو ان يدفع المؤمن له اقساطاً فتدفع الشركة بعد موته كل الأقساط وزيادة الى الورثة.

وهذان التأمينان اقرب بالقرض الربوي لأن ما يدفع من أقساط يسترجع مع الزيادة فلا تكون الأقساط في مقابل الضمان إذ لا يقرر فيهما ضمان لجبر الخسارة والاسترجاع لما دفع مع الزيادة بعد إنتهاء المدة مفروض فيهما على كل تقدير وبالتالي فتتنطبق ماهية القرض الربوي من ضمان نفس المبلغ المدفوع مع الزيادة.

والحال في التأمين على التقاعد فإن الموظفين يقطع من أجرتهم كل شهر مقدار من المال يدفع لشركة التأمين ويسترجع لهم بعد التقاعد ما دفعوه بنحو نجومى كل شهر

(١) ذكر الاشكالات مع أجوبتها في فقه البوك ص ٢٥٨-٢٦٨ مصطفى الاسكندري تقريرات السند

من اجرتهم في زمن التوظيف السابق، فعلى تقدير كون التأمين بهذه الصياغة فالزيادة ربوية لا محالة.

ولو استبدلت هذه الموارد من التأمين بالهبة المعوضة فالأمر لا يخلو من اشكال ايضاً وان كان قد تقدم صحة الهبة المعوضة كبديل.

والوجه في الفرق بين هذه الموارد وما تقدم هو ان التعويض في ما تقدم كان معلقاً على تقدير الخسارة بخلافه بالمقام فإنه غير معلق بل منجز بإنهاء المدة فلا يكون إفتراق ماهوي بين الهبة المعوضة والقرض الربوي والاختلاف لفظي، هذا اذا كان شرط التعويض في الهبة المعوضة بنحو شرط النتيجة، واما اذا كان بنحو شرط الفعل فهو وان كان دافعاً للإشكال المزبور على القول بأن أثر شرط الفعل تكليفي محض الا ان الاصح -كما تقدم- ايجاب الشرط مطلقاً للإستحقاق الوضعي.

وقد ذكر البعض ان التأمين للتقاعد لا يشتمل على الزيادة بل هو مجرد إسترجاع ما أقتطع وأخذ منه وعلى تقدير كونه كذلك فيندفع محذور الربا، فيما ذكر بعض آخر حلاً لدفع محذور الربا فيهما بأمر ماهية القرض لن تقصد وان قصد المتعاقدين هو ماهية التأمين، وذكروا ان الضابط في الحيل الشرعية هو اختلاف الماهيات المنشأة -وان إتحدت نتائجها- لا اختلاف مجرد الالفاظ، والمفروض في المقام هو الوحدة بحسب التحليل الماهوي.

التنبيه الثاني: في التأمين المشترك أو في التأمين التبادلي، وحقيقةً هو اشتراك جماعة في وضع رأس مال بينهم على ان يستثمر رأس المال ويكون جبر خسارة كل

واحد من المشاركين من رأس المال المزبور، جبر الخسارة التي تحفظ له في الأموال الأخرى الخاصة به، دون الخسارة التي تحفظ في رأس المال المشترك بسبب التجارة. وهذا التعاقد صحيح لأن حقيقته شركة ومضاربة من الأطراف وتسمى الشركة في المضاربة أو الشركة على نحو المضاربة ولا اشكال في اشتراط الضمانين المزبورين، حيث ان الأول نحو من التأمين، والثاني مبني على ان ضمان راس مال المضاربة إذا كان من ضمان الفعل فإنه لا يوجب قلب الماهية الى القرض، الا ان الاشكال فيه من جهة النص ومقتضى القاعدة فيلاحظ.

التنبية الثالث: وهو ترامي التأمين

قد يقوم الضامن -شركة التأمين- بجبر الخسارة بعوض بتأمين نفسه عند ضامن آخر يكون أكثر قدرة في المال كما لو كانت شركة التأمين الأولى تتوقع الإفلاس فتضطر الى تأمين نفسها عند شركة تأمين اكبر، وهذا من قبيل ترامي العقود الصحيحة غاية الامر تكون شركة التأمين الثانية ضامنة على تقدير إفلاس الشركة الأولى لا على تقدير افلاس وخسارة المتعاملين مع شركة التأمين الأولى فالمعلق عليه مختلف.

وقد يضم الى ذلك انه قد تقوم الشركة الثانية بجبر الخسارة عند خسارة المتعاملين مع الشركة الأولى، وهذا ليس من الترامي الطولي بل هو من تكثر التأمين العرضي على مورد واحد وهو امر ممكن غاية الامر يقوم المتعامل مع شركة التأمين الأولى بأخذ الضمان منها لجبر خسارته مقابل العوض وتأخذ الشركة الأولى الضمان من الشركة الثانية بجبر الخسارة التي تنتابها بسبب جبرها للخسارة على المتعامل وذلك مقابل العوض، ولا تخفى صحة ذلك في هذه الصورة ايضاً، وان المضمون له يختلف في الضمانين.

التنبيه الرابع: قد يشترط في عقد التأمين دفع أرباح من شركة التأمين الى المؤمن لهم فيما لو ربحت شركة التأمين من رأس مالهم.

وأشكّل عليه بأنه رباً لأنّ عوض التأمين مضمون مع الزيادة.

واطلاق القول بصدق الربا غير ممكن؛ وذلك لأنّ الربح المشروط ليس ربحاً محرزاً بل هو معلق على ربح الشركة في تجارتها فهو أشبه بالمضاربة بشرط الضمان على القول صحته - صحة ضمان رأس المال في المضاربة - فلا اشكال في صحته غاية الامر قد اشترط في المضاربة المزبورة جبر خسارة مالك المال الذي تحدث له في أموال أخرى جبرها من رأس مال المضاربة فلا تنافي احكام عقد المضاربة، لأن العامل لا يضمن خصوص مال المضاربة بخلاف الأموال الأخرى فهي مضاربة بشرط ضمان العامل - شركة التأمين - لأموال أخرى وهذه الصورة رائجة في أسواق المال حالياً.

نعم لو اشترط في عقد التأمين أرباح منجزة بأن توقع شركة التأمين الزيادة على تقدير الربح وعدمه لكان نوعاً من الربا.

مسائل: الأولى: اذا ثبت تخلف المؤمن عن القيام بالشرط ثبت الخيار للمؤمن له وله -عندئذٍ- فسخ العقد وإسترجاع أقساط التأمين.

بيان ذلك: إنما يثبت الخيار لتخلف الشرط الضمني والارتكازي، لأن التزام كل واحد من المتعاملين مرتبط بالتزام الآخر فإذا تخلف الآخر عن التزامه فلأول أن يرجع عن التزامه أيضاً.

وبعبارة: انه لاجابة الى تصوير خيار الشرط لأن الالتزام بالعقد ليس بمطلق بل هو معلق على التزام الآخر فلا حاجة الى تصوير شرط خيار تخلف الشرط بنحو الشرط

الضمني، وحيث ان المعلق عليه هو التزام الآخر لم يقع فلأول ان لا يلتزم لأن الواجب عليه ليس لا حصته من الالتزام لم يتحقق موضوعها.

الثانية: إذا لم يقد المؤمن له بالتسديد (قسط التأمين) كما وكيفاً فلا يجب على المؤمن القيام بتدارك الخسارات الناجمة له، كما لا يحق للمؤمن له استرجاع ما سدده من أقساط التأمين.

بيان ذلك: انما لا يجب على المؤمن تدارك الخسارة الناجمة له بمقتضى تقابل الالتزامين كما في بيان المسألة الأولى.

وقوله ((لا يحق)) فهو مبني على كون التأمين هبة معوضة حيث لا يحق ان يسترجع لأن الهبة المعوضة لازمة، الا انه بناءً على كونه ضماناً بعوض او انه عقد جديد معاوضي أو صلح أو إجارة ففيه تأمل اذ يجوز للآخر الامتناع عن الدفع مع امتناع الطرف الأول عن دفع عوضه كاملاً، الا ان الكلام يقع في ان الطرف الآخر الذي قبض من الأول نصف العوض مثلاً هل يسوغ له إبقاء ما قد قبضه أو انه يجب عليه ارجاعه الى الأول؟

قد يقال بالتفصيل فغن كان الطرف القابض لنصف العوض من الأول يريد امضاء المعاملة ويبني عليها فله إبقاء ما استلمه من الطرف الأول و الزامه بإتمام المعاملة وبالتالي لا يحق للطرف الأول استرجاع نصف العوض الذي دفعه بل الواجب عليه النصف الباقي.

واما اذا بنى الطرف القابض على فسخ المعاملة وعدم إعطاء العوض الذي عليه — الذي من جانبه— فلا يجوز له إبقاء النصف المستلم عنده، وهذا الذي ذكرناه هو من

فقه المعاملات المصرفية (٤٢٠)

خواص واحكام القبض والتقابض في كلية المعاوضات فلا يشذ عنه الهبة المعوضة ايضاً، حيث الصحيح فيها عدم اللزوم مالم يتحقق التقابض فللواهب ان يرجع في هبته قبل إتيان الموهوب له بالشرط والسيد الخوئي (قده) قد بنى على ذلك في باب الهبة، فما اطلقه في المقام غير تام.^(١)

(١) ما ذكرناه من الإشكالات العامة وتنبيهات التأمين من فقه البنوك ص ٢٥٨-٢٧٤ تقارير السند

عقد المستقبليات

هناك نوع من المتاجرة في الأسواق المالية اليوم يقال لها: عقد المستقبليات حيث تباع فيه سلعة من سلع مخصوصة لتاريخ مستقبل معين، وقد تكون لهذه المتاجرة بورصات معينة مستقلة يتعامل فيها بالملايين يومياً وقبل اول بورصة قامت لتنظيم هذا التعامل هي ((بورصة التجارة في شياغو)) أنشأت عام ١٨٤٨ بيد ان اليابانيين يدعون انهم من أبتكر هذا النوع من التجارة قبل نحو قرن من هذه السنة.^(١)

وحقيقة هذه المعاملة فقد اوضحتها دائرة المعارف البريطانية بما يلي: انها عقود تجارية تقتضي الشراء او البيع للكميات المعنية من السلع لتواريخ مستقبلية معينة.^(٢) وهذا التعريف يشمل كل بيع يكون تسليم المبيع فيه واقعاً في تاريخ لاحق وهو يفترق عن بيع المستقبليات فإن هذا البيع يعقد ويقصد البائع تسليم المبيع في وقت لاحق والمشتري يريد تسلّم المبيع في ذلك الوقت ويقع التسليم والمستلم فعلاً في حلول التاريخ اللاحق.

أما عقد المستقبليات فتكون السلعة قد استخدمت فيها كأساس للتعامل، ولا يقصد بها في أكثر الحالات بل معظمها التسليم والتسلّم بل يقصد بها المخاطرة -التي تعني توقع الربح أو الخسارة من المعاملة- في الأرباح، فلا يقع فيها تسليم وتسلّم للسلع الا في حالات نادرة كما سيأتي.

(١) المستقبليات للفياض محمد تقي العثماني
(٢) دائرة المعارف البريطانية ص ٦٢

وقد أشارت دائرة المعارف البريطانية الى الفرق بين المستقبلات والبيوع التي يتأجل فيها المبيع لتاريخ لاحق فذكرت ((ان اصطلاح السلع- في المستقبلات- انما يستعمل لبيان الأساس الذي يقوم عليه التعامل وان كانت المعاملة في اكثر الأحيان خالية من المنتجات فالمستقبلات تختلف عن البيوع المتقدمة المتعامل بها في السوق الحالية التي تتضمن التسليم الفعلي للسلعة في الوقت المتفق عليه في المستقبل.))^(١)

وقد كان الغرض من المستقبلات بادئ الأمر هو تحقيق استقرار في أسعار السلع الزراعية بطريقة يستفيد فيها الفلاح والتاجر، فأصل المستقبلات عقود يكون تسليم المبيع فيها واقعاً في وقت لاحق وكذا الثمن، وقد بدأت بالقمح ثم توسعت بكل أنواع السلع والأدوات التي يمكن ان تباع وتشتري، خذ لذلك مثلاً الفلاح الذي يتوقع ان سيكون لديه مائة طن من القمح بعد ستة اشهر، يرغب في ضمان وجود مشتر له بسعر مناسب، والتاجر الذي يتوقع إحتياجه الى القمح بعد ستة اشهر ويرغب في شرائه من الآن بسعر مناسب له، فكل من الفلاح والتاجر يخبر غرفة السوق بإبرام هذا العقد ويتم تبادل السلعة والنقود في الوقت المحدد لا عند العقد.

وهكذا يعرف ان عقود المستقبلات قد نشأت نشأة معقولة وان كان حكمها الشرعي كما سيأتي -عدم الصحة- بسبب تأجيل الثمن والمثمن، ولكن بعد ذلك صارت عقداً لا يقصد منه تسليم وتسلم السلعة بل يقصد منه القمار المحرم كما سيتضح.

كيفية التعامل بهذه العقود

يتم التعامل بعقود المستقبلات عبر جملة من المراحل:

(١) دائرة المعارف البريطانية

الأولى: يتم التعامل بعقود المستقبلية في سوق منظمة أنشأت لهذا الغرض تسمى ((سوق تبادل السلع)) ويجري التعامل على أساس عضوية المتعامل في هذه السوق، فالمتعامل بعقود المستقبلية يجب ان يكون عضواً في هذه السوق وأعضاءه - السوق- يكون من منتجي عدة سلع وعدة متاجرين بهذه السلع ومن مؤسسات السماسرة، نعم من يريد ان يتعامل في هذه السوق وهو ليس عضواً فيها فإنه يستطيع ذلك عن طريق السماسرة الأعضاء.

الثانية: للتعامل في عقود المستقبلية يجب فتح حساب للمتعامل عند إدارة السوق يتضمن مبلغاً معيناً يبقى عند ادارة السوق يكون ضماناً لتصفية التعامل حسب قواعد السوق ولا يزيد هذا المبلغ عادة عن ١٠٪ من قيمة العقد عند التوقيع على المعاملة و٧٪ في اليوم اللاحق، والمقصود بهذا المبلغ تغطية الخسارة المحتملة في حال تخلف الخاسر بما التزمه من الوفاء.

الثالثة: ان كميات السلع المتعامل بها مقسمة على وحدات تجارية، كل واحدة فيها تنبئ عن كمية معروفة من تلك السلع المخصوصة فالوحدة المعتبرة من القمح مثلاً هي خمسة الاف كيس فلا يقع التعامل بكمية ادنى من هذه الكمية فالمتعامل له الحق في التعامل بوحدة واحدة من القمح أو اثنين أو ثلاثة وهكذا، وكذا أنواع السلع محددة بدقة من حيث جودتها ودرائتها، فتوجد الدرجة الأولى والثانية والثالثة واوصاف هذه الدرجات معروفة لدى جميع المتعاملين.

الرابعة: فإن كان هناك من يرغب ببيع وحدة من القمح درجة أولى في شهر رمضان ليسلم في شهر محرم الحرام فهو يخبر السوق عن رغبته في بيع وحدة القمح

درجة أولى في شهر رمضان ويسلمه في شهر محرم، بثمن يتوقع ان يكون رابحاً عند التسليم في شهر محرم.

وحينئذٍ اذا وجد الراغب في الشراء للوحدة من القمح درجة أولى بالشروط المعلنة، ومع وجود الراغب في الشراء بهذه الشروط المعلنة للبيع قبل ذلك العرض وهو يتوقع الربح عند التسليم ايضاً فيتم العقد بينهما ولا حاجة الى التقاء كل منهما بالآخر في سوق البورصة، حيث تكون ادارة السوق هي المجرية للعقد والضامنة لوفاء التزامات الطرفين، فالبايع يقدم عرضه في السوق بواسطة إدارة السوق والمشتري يقبل هذا العرض بواسطة الإدارة ايضاً، والادارة تتكفل تسليم السلعة من قبل البائع والتمن من المشتري عند حلول تاريخ التسليم.

الخامسة: ولكن لا يقع ابدأ انتظار المشتري تاريخ التسليم ليتسلم السلعة المباعة، وانما يصير هذا العقد في ما بين شهر رمضان وشهر محرم (من زمن التعاقد الى زمن التسليم) محل بيع وشراء في كل يوم وربما يقع في اليوم الواحد عشرات البيوع على هذا المحل للتعاقد، فلو باع محمد الى خالد وحدة من القمح في أول شهر رمضان ليتسلمها في اول شهر محرم الحرام بعشرة آلاف دولار، فإن خالد يتمكن من بيعها الى زيد بثمن ربما يختلف عن الثمن الأول، كما لو باعها بعشرة آلاف وخمس مائة دولار، فإن خالد لا يدفع الثمن الى محمد ولا يسلم المبيع الى حسن وانما يأخذ الزيادة على العشرة آلاف دولار وهي الخمس مائة دولار ربحه في المعاملة من غرفة المقاصة في إدارة السوق بعد ان تسجل فيها جميع المعاملات وهذه الغرفة هي التي تتولى تصفية جميع الالتزامات في آخر نهار كل يوم، وإذا أخذ خالد ربحه من العملية فيخرج منها خروجاً باتاً، وقد

يبيع خالد الوحدة بالخسارة كما لو باعها بأقل من سعرها بخمس مائة دولار بدفعها الى غرفة المقاصة.

وهكذا يستمر التعامل في هذا العقد الواحد الى ان يأتي شهر التسليم أول محرم الحرام^(١) وفي هذا الوقت تصدر إدارة السوق إخطاراً للمشتري الأخير بحلول تاريخ التسليم، ويستفسر منه عن رغبته في استلام المبيع في أول شهر محرم او يريد بيع هذه الوحدة من القمح؟ فإن رغب في الاستلام فالبائع يسلم السلعة المباعة الى مستودع المشتري ويسلم وثيقة تدل على إدخاله السلعة الى مستودع المشتري ويحصل على الثمن في مقابلها، وان رغب المشتري في بيع المبيع فإنه يبيعه على البائع الأول مرة أخرى؟ وتصفى المعاملة على أساس رفع الفوارق للسعر، كما يقع في العمليات التي تم إنجازها قبل حلول الاجل، وعلى هذه الصورة الثانية فلا يقع التسليم والتسليم حتى في المعاملة الأخيرة وهو ما يقع في أسواق السلع في معظم المعاملات بل تسليم وتسليم الا في حالات نادرة لا تبلغ نسبتها الا واحداً في المائة.

التعامل في عقود المستقبلات نوعان:

النوع الأول: لا يقصد من شراء السلع وبيعها الحصول على المبيع او الثمن، بل يقصد منها الحصول على الأرباح التي تتكون من فروق أسعار البيع والشراء، فإنهم على ثقة من خبرتهم بنقلب الأسعار فيشترون المستقبلات على امل أنهم يبيعونها بسعر أكثر ويتخلص لهم ربح من وراء هذه العملية، دون أن يخوضوا في استلام المبيع وتسليم الثمن فربما تنجح لهم آمالهم في عقد وتفشل في آخر.

^١ بحوث في الفقه المعاصر ص ٣٩٢ محمد حسن الجواهري

النوع الثاني: هو من يقصد من شراء السلعة وبيعها الحصول على المبيع أو الثمن، ولكن يخاف من الخسران خسارة كبيرة فيعتمد إلى المستقبلات ليدفع عنه الخسارة المحتملة، توضيح ذلك:

إذا اشترى زيد من السوق الحالة عشرة آلاف كيس من القمح بسعر خمسة دولارات لكل كيس وقد استلم المبيع في الحال، ولكن زيد يريد بيع هذه الكمية بعد ثلاثة أشهر، ولكنه يرى تقلبات السوق فيخشى من هبوط الأسعار للقمح بعد ثلاثة أشهر بمقدار نصف دولار للكيس الواحد فتكون الخسارة خمسة آلاف دولار في هذه العملية الواحدة ولأجل تجنب هذه الخسارة يدخل في سوق المستقبلات وبييع هذه الكمية (عشرة آلاف كيس من القمح) بسعر خمسة دولارات لكل كيس يسلمها بعد ثلاثة أشهر) وحينئذٍ ستكون لزيد عمليتان:

الأولى: عملية شراء في السوق الحالية.

الثانية: عملية بيع في سوق المستقبلات.

والعمليتان كميتهما متساوية من القمح،

فلو إنخفض سعر القمح بعد ثلاثة أشهر بمقدار نصف دولار للكيس الواحد فإنه سوف يخسر في صفقته الحالية للمقدار خمسة آلاف دولار ولكنه سوف يربح في الوقت نفسه في سوق المستقبلات هذا المقدار لأن سعرها سوف ينخفض بنصف دولار للكيس الواحد فيستحق الفرق بين سعر البيع وقيمة القمح وقت التسليم وهو خمسة آلاف دولار.

ولو عكسنا الفرض كما لو إرتفع سعر القمح بعد ثلاثة اشهر وهو وقت بيع القمح المشتري حالاً بمقدار نصف دولار لكل كيس، فإن المشتري للقمح كان سيربح في شرائه الحال الا انه سيخسر نفس المقدار في سوق المستقبلات، ويتمكن ان يجبر خسارته في سوق المستقبلات بربحه في شراء القمح الحال.

إذن من يشك في خسارته في عملية الشراء الحال اذا أراد بيعه بعد ثلاثة اشهر يتمكن ان يتخلص من شبح الخسارة بدخوله في بيع المستقبلات.^(١)

مستقبلات الأسهم والسندات

حيث توسعت هذه السوق لتشمل تداول بيع الأسهم او السندات لمدة مستقبلية محددة، فإن ارتفع سعر السهم ربح المشتري مقدار الارتفاع، وإن انخفض سعره خسر المشتري مقدار الانخفاض.

مستقبلات النقود

حيث تجاوز بيع المستقبلات السلع الى النقود وغيرها، فقد يشتري شخص ألف دولار بتسعمائة الف تومان إيراني ليتسلمها بعد شهر فينظر الى سعر الدولار بعد شعر فإن ارتفعت قيمته الى تسعمائة وخمسين تومان فيربح المشتري خمسين الف تومان، وان انخفض الى ثمانمائة وخمسين تومانياً فيربح البائع خمسين الف تومان، ولا يكون بهذه العملية قصد لشراء الدولار ولا دفع التومان ولا يحصل تسليم وتسلم المبيع والتمن غالباً، بل المقصود هو الحصول على الفرق في عملية البيع اذا ارتفع سعر الدولار او انخفض قياساً الى التومان.

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامية - الدورة السابعة ١/٢١٤١ وبحث الفياض محمد تقي العثماني/ نفس المصدر ص ٣٤٣

ولكن التعامل في هذه الأسواق يكون بعملات خاصة رئيسية لا بكل عملة خارجية كما مثلنا.

وايضاً توسعت هذه السوق لتشمل تداول بيع وشراء المؤشرات.

والمؤشر: هو رقم حسابي يستعمل للدلالة على تطوير أسعار التعامل في سوق معينة فمؤشر (داو جونز) لأسعار الأسهم: هو الوسط الحسابي لأسعار مجموعة مختارة من ثلاثين سهماً من اسهم افضل الشركات الامريكية فالمؤشر هو امر مجرد مثل درجة الحرارة لايمكن قبضه او دفعه و يتغير المؤشر آنياً في كل لحظة مع تغير الأسهم في السوق صعوداً أو نزولاً، وتوجد في الأسواق العالمية مؤشرات عديدة ففي اليابان هناك مؤشر (XE) (d) ومؤشر (TSE) وفي بريطانيا مؤشر (FTA) وفي المانيا مؤشر (DAX) وغيرها، كما انه توجد مؤشرات للسلع والعملات.

وتم التعاقد على عقود معينة من المؤشر بيعاً وشراءً، كل عقد يساوي مثلاً الف وحدة من المؤشر وكأنه سلعة من السلع، فلو ارتفع المؤشر يحقق المشتري ربحاً، لو انخفض يحقق خسارة، وعكس ذلك لمن يبيع المؤشر ولا يعني شراء المؤشر أو بيعه شراء او بيع الأسهم المعتبرة في حسابه.^(١)

(١) المصدر السابق بحث د محمد علي وبحث د علي محي الدين القرداغي ص ١٧٣-١٧٤

حكم المعاملة شرعاً

١- لم يقصد في عقد المستقبلية التجارية التي هي تمليك عين بثمن معين، وإنما المقصود هو القمار الحاصل من ارتفاع سعر السلعة بعد العقد فيربح المشتري أو انخفاض سعرها بعد العقد فيربح البائع ويأخذ كل من المشتري والبائع الفرق الحاصل بين سعر السلعة في متن العقد وبين ما آلت اليه.

فإذا لم يكن قصد التمليك والتملك، بل المقصود هو الربح أو الخسارة تبعاً لإرتفاع سعر السلعة أو انخفاضها، فالموجود حقيقةً هو قمار محرم لا معاملة تجارية، ويشهد لهذا الواقع الموجود في هذه المعاملات من بيع من لم يكن مالكاً للسلعة وشراء من لم يجد الثمن.^(١)

وهذا الدليل مبني على ركنين هما:

الأول: لا تسليم ولا تسلّم في هذه العملية فلا يقصد منها التجارة بل يقصد الحصول على الربح الناتج من فرق الأسعار.

الثاني: ان هذه العملية هي نوع من المخاطرة والمغامرة فهي عملية قمارية بإحتمال تغير الأسعار والاستفادة من فرقها.

والجواب عنهما:

أما عن الأول: ليس الغرض من المعاملة هو التسليم والتسلم وهما ليسا من مقومات ومقدمات البيع بل المقوم للبيع هو إنشاء المبادلة عن جد وهو الحاصل فعلاً.

(١) بحوث في الفقه المعاصر ج ٤ ص ٣٨٥ حسن الجواهري

وقد لا يكون من قصد المتبايعين التسليم والتسلم فهما في نظرهما معنى حرفي لا معنى اسمي^(١)، حيث يكون الغرض هو الربح من ورائهما وهو المقصد الأساس من المعاوضات والمبادلات التجارية، وإذا قصد التسليم والتسلم فإنما هو للحفاظ على مالية كل طرف فيما سلمه واستلمه ويبقى قصده الربح وزيادة المالية.

وقوام المبادلة بينهما هو إنشاؤها عن جد وهو موجود في المقام وليس بالتسليم والتسلم فإنه ليس من مقوماته.

اما عن الثاني: فإنه ليس كل مخاطرة ومجازفة هي قمار و الا لجرى ذلك في المضاربة حيث لا يعلم العامل تحقق الربح أو لا، وكذا الحال في المزارعة والمساقاة وقد لا يظهر الزرع أو لا تثمر الأشجار ولم يقل احد انهما من القمار وان كان قوامها الاحتمال بلحاظ النتيجة، ولم تكن الاحتمالية موجبة لصدق القمار على هذه العقود فلا محالة من تميز القمار بخاصية أخرى غير وجود الاحتمال.

على ان هذه المعاملة لا تباع السلعة على أساس سعر السوق كيفما كان ليصدق القمار فإن احتمال صعود السعر او انخفاضه محتمل، بل ان البيع يقع على سعر معين حين البيع لا على سعر محتمل وهذا واضح.

هذا وقد يقال: ربما انها ليست تجارة فلا تكون مشمولة لعموم ((إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنِ تَرَاضٍ)) (النساء: ٢٩).

فإنه يقال: لا يبعد ان تكون مشمولة لإطلاق قوله تعالى: ((أوفوا بالعقود)) وان لم ينطبق عليها عنوان السلم ولا النسيئة.

(١) البنوك ص ٢٦٣ الفياض (حفظه الله)

قاسم الطائي (٤٣١)

قال شيخنا الفياض: لو سلمنا ان العقود المستقبلية جميعاً باطلة شرعاً الا انه مع تلك لا مانع من التصرف في السوق، على أساس وجود التراضي بين المتعاملين منه.^(١) وليس بصحيح: اذ لا وجود لهذا الرضا الا اذا كانت معاملة البيع بينهما منجزة وصحيحة والمفروض انها ليست صحيحة.

على انه لا تسليم ولا تسلم ليصح القول بالرضا ومع عدمها فالرضا بأي شيء.
٢- لو قصد المتعاملان شراء السلعة ورفع الثمن حقيقةً في الموعد الآجل فهل تكون العملية صحيحة كبيع السلم؟

وجوابه: انها ليست بيع سلم حتى تصحح لأن السلم يجب فيه تعجيل الثمن بكامله في مجلس العقد، وهذا شرط صحة عقد السلم، اما المستقبليات فلا يدفع فيه الثمن ولا يسلم المثلن ايضاً، واما ما دفعه المشتري لإدارة السوق وهو عبارة عن ما يقارب ١٠٪ فهل تكفي بصحة العقد على انه جزء من الثمن؟

والجواب عنه:

١- صحة السلم متوقفة على دفع كامل الثمن في مجلس العقد.
٢- ما دفعه المشتري لإدارة السوق ليس جزءاً من الثمن ولا يدفع الى البائع، وانما هو مبلغ مودع عند طرف ثالث ليكون ضماناً على الوفاء بالتزام المشتري، ولو قبلنا ان ثمن السلم يدفع تدريجاً فلا يصح هذه المعاملة على انها سلمية لأنه لم يدفع فيها حتى بعض الثمن.

(١)البنوك ص ٢٦١ الفياض (حفظه الله)

وقد يقال: بأن إدارة السوق تضمن للبائع الثمن، وبهذا الضمان اصبح الثمن كأنه مدفوع الى البائع فيكون البيع سلماً.

وجوابه: ان ما يشترط في صحة السلم هو ان يقع دفع الثمن فعلاً لا ان يكون مضموناً من قبل احدى الجهات.

إذن لا يمكن القول بصحة المعاملة لو قصدت حقيقةً ولم يقصد منها القمار وذلك لعدم تسلم الثمن عند العقد الذي هو شرط أساسي لصحة عقد السلم.^(١)

وفيه: ان هذا خروج عن محل البحث مع قصد دفع الثمن حقيقةً ويكون تنزيل هذه المعاملة منزلة السلم، والامر ليس كذلك.

٣- في خصوص مثال القمح المذكور سابقاً وهو من المكيل أو الموزون فلا تجوز البيوع التي طرأت عليه ما بين زمن العقد الى زمن التحويل، وحتى البيع الأخير الذي يقوم به المشتري الى البائع الأساسي لا يصح لقيام الأدلة على عدم جواز بيع المكيل والموزون قبل قبضه مطلقاً -لبائعه أو غيره- سلم كان او غير سلم.

وإذا لم يصح البيع الأول فلا تصح البيوع التي تتابعت على أساس البيع الأول، وإذا كانت عقود المستقبلات على البيع هي قمار محض ولا يقصد منها التمليك والتملك فهي محرمة ايضاً، وإذا حرمت المعاملة لا حاجة الى التماس بديل لها.

وإذا أصرَّ على البديل، فالبديل هو بيع السلم بشروطه الشرعية ومنها القصد الى التملك والتمليك الحاصل من المعاملة.

(١) بحوث في الفقه المعاصر ج ٤ ص ٣٨٦ الجواهري

ويلاحظ عليه: ان عدم جواز بيعه قبل قبضه فيما كان المبيع من المكيل او الموزون الا برأس ماله فقط، واما اذا لم يكن منهما فلا مانع من بيعه قبل قبضه حيث لا يعتبر في صحته القبض.

واما دعوى ان البيوع اللاحقة هي ببوع صورية لا واقعية وانها مجرد وسيلة للاستفادة من فوارق الأسعار في فترة زمنية محددة حيث لا تسليم ولا تسلم فيها، ومثل هذه البيوع لا تكون مشمولة لأدلة الامضاء.

مدفوعة: بأن تلك البيوع ببوع حقيقية واقعية، غاية الامر ان نظر المتعاملين في المبادلة بينهما تارة يكون بالمعنى الاسمي، وأخرى بالمعنى الحرفي، والغرض هو الاستفادة من فروق اسعارهما لا التسليم والتسلم، وقوام البيع انما هو بإنشاء المبادلة بينهما عن جد، وهو موجود وليس بالتسليم والتسلم فإنه ليس من مقدماته.^(١)

وذكر شيخنا الفياض (حفظه الله) انه لو سلمنا بطلان العقود المستقبلية شرعاً، الا انه مع ذلك لا مانع من التصرف في السوق، على أساس وجود التراضي بين المتعاملين في التصرف في الثمن والمثمن بموجب قوانين السوق ومقرراته الصارمة، نعم لو كانت قوانين السوق مبنية على طبق الاحكام الشرعية فعندئذ لو كانت العقود المذكورة باطلة لم يجز تصرفهم في السوق اذ لم يحرز الرضا.^(٢)

وهذا منه غريب: لأن الكلام عن صحة العقود وعدمها لا عن صحة التصرف بالثمن او المثمن، مع كونهما غير متصورين بل وغير موجودين حين العقد.

(١) البنوك ص ٢٦١ الفياض
(٢) البنوك ص ٢٦١ الفياض

٤- عقود المستقبلية على الأوراق النقدية، فقد ذكر البعض انه غير صحيح

لأميرين:

الأول: فقدان شرط التقابض الذي هو شرط الصحة للصحة للصحة فإن شراء كمية من الدولارات بالتومان الإيراني هو عملية صرف يشترط فيها التقابض في المجلس وهو غير موجود فالعملية باطلة لفقدائها شرط الصحة.

الثاني: عدم القصد الى الصرف حقيقة، بل القصد هو أخذ نسبة ارتفاع الدولار على التومان او انخفاضه فيكون المقصود هو القمار، فيكون المشتري للدولار رابحاً اذا ارتفع سعره عن سعره المحدد وقت العقد في ضمن المدة المحددة لهما والبائع خاسراً، ومع إنخفاضه سيكون البائع رابحاً في ضمن المدة المحددة عن سعره وقت العقد والمشتري خاسراً.

أقول: ان السبب الأول لعدم الصحة غير صحيح لأن شرط التقابض في صرف الدينار بالدرهم (الفضة والذهب) كما دلت عليه النصوص، وسريان هذا الشرط الى النقود الواقية بلا دليل، خصوصاً اذا علمنا بأن النظام الاقتصادي القائم على النقود الذهبية والفضية يختلف عن النظام الاقتصادي القائم على الأوراق النقدية، فلا دليل على لا بديّة التقابض في بيع العملات.

هذا ويمكن ان يكون وجه سريان الشرط بإعتبار ان العملة الورقية إعتبارها سابقة بلحاظ رصيدها من الذهب حيث كان غطاء العملة هو الذهب، وبهذا فهي سند على الرصيد الذهبي فترجع اليه، واذا رجعت اليه كان شرط التقابض فيها هو هو، الا ان هذا مبني على ان العملات لولا الرصيد الذهبي لما كان لها مالية، والامر ليس كذلك في

ازمنتنا الحالية حيث لا ينحصر الرصيد بالذهب وانما هناك غيره من الناتج الوطني، وقوة التبادلات التجارية للبلد.

نعم السبب الثاني هو الصحيح لعدم صحة بيع المستقبلات في بيع النقود الورقية بعضها مع بعض اذا لم يكن المقصود الا أخذ الربح لأحد المتعاقدين من المتعاقد الآخر ويشهد لهذا السبب هو اقدام من لم يملك الدولار على بيعه واقدام ما لا يملك ثمنه على شرائه لأن التسليم والتسلم لم يكن هو المقصود الأصلي لهما، بل المقصود لهما هو تبين ارتفاع سعر الدولار أو انخفاضه في المدة المحددة فيربح احدهما قيمة الارتفاع ويخسر الآخر تلك القيمة.

٥- اما بيع السندات: فيما ان السند في اصطلاح الاقتصاديين هو صك قابل للتداول يمثل قرصاً تصدره الشركات أو الحكومات وفروعها ويعتبر حامل السند دائماً يعطى فائدة ثابتة سنوية، ولهم الحق في استيفاء قيمتها عند حلول اجل معين فسوف تكون المعاملة به محرمة لأنه ربا والتعامل بالربا محرم، كما أن اصل صدوره وبيعه يكون محرماً ايضاً.

وهنا يقال: بأن بيع المستقبلات الذي لا تسليم ولا تسلم فيه لا يتصور في بيع السندات حيث لا بد في هذه المعاملة من تقديم الثمن وانتظار الاجل المحدد لأستلام المثلث مع الزيادة فهو بيع يتأجل في المبيع ولا يدخل تحت المستقبلات.

وحتى اذا كان سعر السند الاسمي يختلف عن القيمة السوقية للسند كما اذا كان نسبة الفائدة المتفق عليها عند الإصدار اكثر من نسبة الفائدة في السوق فإن السند سوف ترتفع قيمته السوقية واذا كان نسبة الفائدة المتفق عليها عند الإصدار اقل من نسبة

الفائدة السوقية الآن فإن السند ستنخفض قيمته السوقية الا ان شرائه يكون بدفع القيمة فلا يكون من المستقبليات.

نعم يمكن تصور بيع المستقبليات للسندات التي تصدرها الحكومة حيث يتمكن صاحب السند ان يبيعه لآخر بغير جنسه كأن يبيع السند الذي قيمته مليون تومان يستحق بعد ثلاثة أشهر مع فائدته التي هي مائة ألف تومان بألف وثلاثمائة دولار يستحقها بعد ثلاثة اشهر فإن جاء الأجل وتبين ان الالف وثلاثمائة دولار من مليون ومائة الف تومان بخمسين الف تومان فيجب على المشتري ان يدفع الخمسين الف تومان الى البائع فيكون المشتري قد خسر مبلغاً وربحه البائع، وان تبين ان الالف وثلاثمائة دولار هي أقل من مليون ومائة الف تومان بخمسين الف تومان فيجب على البائع دفع هذا المبلغ للمشتري فيكون خاسراً الا ان هذا يكون داخلاً في بيع النقد بجنس آخر لمدة محددة بدون تقابض بينهما وقت العقد لأن النظر الى ارتفاع السعر وإنخفاضه.

٦- بيع المؤشر بيع مستقبلي: مر ان المؤشر هو امر مجرد مثل درجة الحرارة لا يمكن قبضه ولا دفعه فلا يعني بيع المؤشر أو شرائه بيع أو شراء الأسهم المعتبرة في حسابه، ولكن المراد من بيع المؤشر أو شرائه بيعاً مستقبلياً هو المراهنة على ارتفاع مؤشر معين، فزيد يراهن على ارتفاعه لمدة أسبوع وعمرو يراهن على انخفاضه في تلك المدة، وحينئذٍ ان ارتفع المؤشر فإن المراهن على ارتفاعه يربح مقدار ارتفاعه ويأخذها من عمر، وان إنخفض المؤشر فإن عمرو يربح مقدار إنخفاضه ويأخذها من زيد.

وواضح ان هذه العملية هي عملية القمار والحظ والنصيب التي هي من اكل المال بالباطل فلا توجد معاملة هنا فضلاً عن صحتها، بل الموجود قمار واضح محرم.^(١)

تخريجات فقهية للعقود المستقبلية

حيث دافع الشيخ الفياض عن عدم صحة هذه العقود ودفع عدم الصحة بوجوه نذكر منها:

الوجه الأول: هي من بيع ما لا يملكه الانسان، فإن التاجر يقدم عرضه الى السوق ببيع وحدة أو أكثر من السلع كالقح أو غيره مثلاً لتسليم ثلاثة اشهر من تاريخ العقد وهو لا يملك هذه الوحدة فعلاً فيكون من بيع ما لا يملك وهو باطل شرعاً، واذا بطل البيع الأول بطلت العقود بعده جميعاً.

ثم عالج ذلك بوجهين:

الأول: قيام إدارة السوق ببيع ما تعهدت به للمشتري ثلاثة اشهر والمشتري يقوم بشراء ما تعهدت به الإدارة، وهو جائز شرعاً.

والجواب عنه: ان ضمان إدارة السوق للبائع أداء الثمن وبهذا الضمان يصبح الثمن كأنه مدفوع للبائع ويكون البيع سلباً.

الا ان ما يشترط في صحة السلم هو ان يحصل دفع الثمن فعلاً لا ان يكون مضموناً من قبل جهة ثالثة.

إذن لا يمكن تصحيح المعاملة بهذا الوجه لو قصدت حقيقةً ولم تقصد بهما القمار لعدم تسلم الثمن عند العقد وهو شرط أساسي لصحة عقد السلم.

(١) بحوث في الفقه المعاصر ج ٢ ص ٣٨٧-٣٨٩ حسن الجواهري

الثاني : ان بيع ما لا يملك بما هو لا يملك وان كان غير معقول الا ان بيع ما لا يملك البائع حينئذٍ يقوم بإنشاء ملكية ما كان يملكه في وقت متأخر للمشتري من الآن وكان يملكه وقت التسليم فإن ذلك لا مانع منه ، لأن الإنشاء فعلي والمنشأ — وهو فعلية ملكية المشتري البيع — متأخر، وليس هذا من انفكك الإنشاء عن المنشئ ولا من تعليق الإنشاء.

أما الأول: فلأن المستحيل هو انفكك الحكم الإنشائي بوجوده الانشائي عن الإنشاء، بلحاظ انه عين الإنشاء مثل الایجاد والوجود في الأمور التكوينية، فلا اثنية بينهما، وأما الحكم الإنشائي بوجوده الفعلي لا مانع من تأخيره، لأن فعليته تتبع فعلية موضوعه في الخارج ولا مرتبط بالإنشاء والجعل فالمراد من المنشأ في مقابل الإنشاء هو الحكم الفعلي، ومن هنا تكون للحكم مرتبتان :
مرتبة الجعل والإنشاء ومرتبة المجعل والمنشأ.

والخلاصة انه لا مانع من بيع ما لا يملك السلع فعلاً ولكنه يملكه في وقت متأخر لأنشاء ملكية السلع للمشتري في زمن تملكه له، فيكون الإنشاء من الآن والمنشأ متأخر، وهذا لا مانع منه.

وأما التعليق في الإنشاء فهو غير معقول.

هذا إضافة الى انا لو إفترضنا ان العقد باطل شرعاً، ولكن بطلانه لا يمنع من تصرف المتعاملين في السوق في الثمن ولا المثمن ولا في الربح على أساس التراضي الموجود بينهم في هذا التصرف بموجب قوانين السوق ومقرراته الصارمة.

نعم لو كانت قوانين السوق ومقرراته مبنية على طبق الاحكام الشرعية فعندئذٍ لو كانت العقود المذكورة باطلة لم يجز تصرفهم في السوق إذا لم يحرز الرضا.

والجواب عنه: اما الشق الأول فلا غبار عليه اذ لا إنفكاك بين الانشاء والمنشأ.

وأما الشق الثاني: فإن الرضا المصحح للتصرف هو رضا المتعاملين لا رضا السوق ومقرراته، فإن قوانينه لا تجعل تصرف كل من الطرفين بما وصل اليه جائزاً ما لم يحرز رضا كل واحد منهما و هذا واضح، ومالم يحرز الرضا بعد بطلان العقد، وهو - عدم الاحراز- كذلك على انه لا يوجد تسليم وتسلم حتى يصدق تصرف كل واحد منهما بما وصل اليه من الثمن او المثمن.

الوجه الثاني: ان العقود المستقبلية بما انها تقوم على أساس تأجيل الثمن والمثمن معاً، فلا تدخل لا في عقد السلم لأن المعتبر فيه تعجيل الثمن بكامله، ولا في النسيئة، فإذن لا يمكن الحكم بصحتها شرعاً.

وقد عالج المشكلة والمناقشة ب:

أولاً: بأن الحكم بصحة عقد لا يدور مدار كونه داخلاً في احد العقود المتعارفة، بل يكفي في صحته إنطباق عنوان التجارة عن تراض عليه، وذلك يكون مشمولاً لإطلاق قوله تعالى: ((لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ)) وعليه فتلك العقود وان لم ينطبق عليها عنوان بيع السلم أو النسيئة، الا انه لا مانع من صحتها بملاك انها من التجارة عن تراض، بل لا يبعد ان تكون مشمولة لإطلاق قوله تعالى: (أوفوا بالعقود).

ثانياً: لو سلمنا بأن العقود المستقبلية جميعاً باطلة شرعاً، إلا أنه مع ذلك لا مانع من التصرف في السوق، على أساس وجود التراضي بين المتعاملين فيه كما مر. وهذا منه (حفظه الله) غريب:

أما الأول: لعدم عنوان انطباق التجارة عرفاً عليه بعد عدم تسليم الثمن وكذا المثمن، وموضوع الاطلاق هو الصحة عرفاً، وهو ليس كذلك.
وأما الثاني: فقد مر أنه لا تصرف ليقال أن الرضا محرز منه كما في تعليقنا السابق.

الوجه الثالث: أن البيوع المتلاحقة في العقود المستقبلية التي يتعامل بها يومياً بما أنها بيوع تتم قبل قبض السلعة المباعة، فلا تجوز وكذلك البيع الأول.

وجوابه: أن المناقشة تامة لو كان المبيع من المكيل أو الموزون كالقمح والرز والنفط وغيرها، فإنه حينئذٍ لا تجوز بيعها قبل قبضها إلا برأس مالها فقط، وأما إذ لم تكن من المكيل أو الموزون، فلا مانع من بيعه قبل قبضه، ولا يعتبر في صحة العقد القبض، فالنتيجة أنه يجوز التعامل في سوق المستقبلات بالبيع و الشراء إذا لم يكن المبيع من المكيل أو الموزون، وأما إذا كان منه فلا يجوز إلا برأس ماله.

وأما التعامل بالنقود الذهبية أو الفضية فيها، فإن كان الذهب بالذهب أو الفضة بمثلها فالمعتبر فيه التماثل والمساواة بينهما، وأما التقابض في المجلس فالأظهر عدم إعتباره، وإن كان الذهب بالفضة أو الفضة بالذهب فالمعتبر فيه التقابض في المجلس دون التماثل والمساواة وعليه فلا يصح التعامل بهما كذلك بالعقود المستقبلية.

وقد يدعى بأن البيوع اللاحقة ببيع صورية لا واقعية فإنها مجرد وسيلة للاستفادة من فوارق الأسعار في فترة زمنية محددة، حيث لا تسليم ولا تسلم فيها، ومثل هذه البيوع لا تكون مشمولة لأدلة الامضاء.

مدفوعة: بأنها بيوع حقيقية واقعية غاية الامر ان نظر البائع والمشتري الى المبيع والتمن في المبادلة بينهما تارة يكون بالمعنى الاسمي وأخرى بالمعنى الحرفي، والغرض هو الاستفادة من فروق اسعارهما لا التسليم ولا التسلم، وقوام البيع انما هو بإنشاء المبادلة بينهما عن جد وهو موجود لا بالتسليم والتسلم، فإنه ليس من مقدماته.

ويتخلص: ان المستثنى من العقود المستقبلية في أسواق البورصة امران:

أحدهما: ان المبيع اذا كان من المكيل او الموزون، فبما انه لا يصح بيعه قبل قبضه الا برأس ماله، فلذلك لا تصح العقود اللاحقة والمترتبة على العقد الأول، بل العقد الأول ايضاً، بإعتبار انها جميعاً قبل القبض، ولكن مع ذلك يجوز التصرف في الربح على أساس التراضي كما مر.

ثانيهما: ان المبيع اذا كان من الذهب والتمن من الفضة أو بالعكس لم يصح

التعامل بهما في سوق المستقبلية، الا بالتراضي كل منهما يتصرف في مال الآخر.^(١)

وفيه: انه ايضاً يعتبر التقابض في المجلس اذا كان الفضة بالذهب او بالعكس، او الذهب به، او الفضة به على الأحوط وجوباً، فإذا باعه فهو بيع ما لا يملك فيكون باطلاً.

(١) ذكرها -الوجوه الثلاثة- في البنوك ص ٢٥٨-٢٦٤ الفياض

بيع الإختيارات

عرف الاختيار بأنه ((عقد بعوض على حق مجرد يخوّل صاحبه بيع شيء محدد او شرائه بسعر معين طيلة مدة معلومة او في تاريخ محدد إما مباشرةً او من خلال هيئة ضامنة لحقوق الطرفين))

والحق المجرد في التعريف: هو الإرادة والمشئنة، وهما مما جعل في مقابل عوض محدد لآخر، فالثمن في مقابل الاختيار لا في مقابل السلعة.

على هذا فالفرق بين المستقبليات والإختيارات ما هو؟

والفرق هو ان الاختيارات يدفع فيها المشتري سعراً يعطيه الحق في شراء السلعة او الورقة المالية آجلاً، ثم يشتري السلعة او الورقة المالية بالثمن الذي حدد سابقاً، وسعر الاختيار هو الذي يتحدد في العرض والطلب وليس هو سعر السلعة ذاتها بينما المستقبليات تتضمن بيعاً آجلاً، والسعر الذي يجري التفاوض عليه هو سعر السلعة ذاتها، وبهذا يتضح ان الفرق بينهما في:

أولاً: ان السعر في المستقبليات يكون قبال السلعة وفي الاختيارات يكون في قبال الاختيار لا السلعة.

ثانياً: في المستقبليات البيع آجل، وفي الاختيارات ليس كذلك وانما لعملية الشراء وقت محدد يقع فيه.

ثم ذكروا ان الاختيارات على قسمين او نوعين:

الأول: إختيار الطلب ويسمى ايضاً اختيار الشراء او الاستدعاء يعطي مشتريه حق شراء سلعة او سهم او سند معين بسعر محدد خلال فترة محددة من صاحبها،

ويلتزم البائع ببيع تلك السلع او الأسهم او السندات او النقود المعينة عند طلب المشتري خلال الفترة المتفق عليها وبالسعر المتفق عليه.

الثاني : اختيار الدفع ، ويسمى ايضاً اختيار البيع ، يعطي مشتريه حق بيع اسهم مثلاً بسعر محدد خلال فترة محددة، ويلتزم بائع هذا الحق بشراء تلك الأسهم بالسعر المتفق عليه خلال تلك الفترة.

ويتضح من شرح ماهية الاختيار: ان محل العقد في النوع الأول هو حق الشراء ويجب على بائع هذا الحق ان يبيع محل العقد عند اختيار مشتري الحق الشراء منه، وان محل العقد في النوع الثاني هو حق البيع فيجب على من باع هذا الحق أن يشتري محل الحق بالسعر المتفق عليه خلال تلك الفترة.

وعُلق عليه: ان التعريف المتقدم ناظر الى ما يعمله مشتري الحق، فمشتري حق الشراء قد يشتري ما تعلق به الحق فيجب على بائع الحق ان يبيعه ما تعلق به الحق في النوع الأول.

ومشتري حق البيع قد يبيع محل الحق فيجب على البائع لحق البيع ان يشتري ما تعلق به الحق من النوع الثاني.

ولكن هذا غير صحيح لأن حق الشراء لا يمكن ان يبيعه البائع لأن البائع إنما يبيع حقه في البيع (فبيع إختيار البيع) الذي هو ملكه ويأخذ عليه العوض، أما ان يكون البائع بائعاً لاختيار الشراء الذي هو للطرف الآخر ويأخذ عليه العوض فهو غير صحيح لأن حق الشراء هو للطرف الآخر فهو بالخيار ان أراد اشترى وان لم يرد لم يشتري فكيف يبيعه البائع ويأخذ عليه الثمن !!؟

والصحيح ان نعبر عن النوع الأول: ببيع إختيار البيع وعندئذ يلتزم البائع بالبيع إذ اختار المشتري الشراء والتملك، وكذا بالنسبة الى النوع الثاني فإن إختيار البيع هو من حق الطرف الآخر فكيف يبيعه من لا يملكه ويأخذ عليه ثمناً لو صح البيع؟ فإن الطرف الآخر له حق البيع وله حق عدم البيع، نعم من يأخذ الثمن له ان يبيع حق الشراء (اختيار الشراء الذي له) وان له الحق في ان يشتري او لا يشتري، فإذا باع إختيار الشراء الذي له للطرف الآخر وأخذ عليه العوض فيلتزم بالشراء إذ اختار المشتري البيع له، فالصحيح ان نبذل الإصطلاح ونقول: ان من يريد ان يبيع إختيار البيع الذي له اذا باعه وأخذ عليه الثمن فيلتزم بالبيع إذا إختار المشتري الشراء والتملك ومن يريد بيع إختيار الشراء الذي له فيلتزم بالشراء إذا اختار المشتري البيع له، ولكن نحن نسير وفق الإصلاح الذي نرى لا بديهة تغييره.

وقد تبين ان محل العقد في الإختيارات هو الحق في الشراء أو في البيع للسهم (وللنقد او للسلعة أو للسند) وليس المبيع هو نفس السهم أو النقد أو السلعة أو السند، هذا من ناحية المبيع أو المثل.

أما من ناحية المثل: فهو المبلغ المقدم عوضاً مقابل هذا الحق ولا علاقة له بثلث الأسهل أو السندات أو السلع فلا يمثل دفعة مقدمة على حساب ثمن الأسهل او السلع او المستندات.

اذن عندنا تصرفان:

التصرف الأول: وهو قد اكتمل وجوده بالإيجاب والقبول؛ ومحلله هو حق الشراء

او حق البيع.

وهو تصرف قد اكتملت صيغته بالإيجاب من بائع الاختيار او مشتري الاختيار، والقبول من الآخر، وبذلك يثبت حق الاختيار ويلزم ثمن الاختيار عند من يحكم بصحة هذه المعاملة.

التصرف الثاني: وهو قد يأتي بعد التصرف الأول في الشراء او البيع فعلاً ومحلّه هو السلع او الأسهم او السندات وقد لا يحصل الشراء أو البيع وانما يصار الى اهمال حق الاختيار في الشراء او البيع اذا كان استعماله من قبل المشتري يزيد في خسارة صاحبه.

وهذا التصرف الثاني قد حصل فيه الايجاب فقط ففي اختيار الشراء صدر ايجاب من مالك الأسهم (البائع) التزم به بالبيع في مدة معينة بسعر معين، وصار للمشتري حق الشراء وعدم الشراء، ولكنه لم يعقد القبول في الشراء بعد.

وفي اختيار البيع: صدر ايجاب من الراغب في استملاك السلع او الأسهم او السندات، وبه التزم بالشراء وصار لمالك الأسهم حق القبول بأن يبيع او لا يبيع ولكنه لم يقبل بعد بالبيع.

وهذا الايجابية في اختيار البيع والشراء لم يحصل مجاناً، بل الثمن المدفوع لقاء الاختيار الممنوح للآخر.

ثم ان صاحب الاختيار يتمكن ان ينقل الاختيار لغيره اذا لم يرغب من له الاختيار في ممارسة حقه، فبييع ذلك الحق بعوض فينتقل معه حق القبول وبصير لطرف جديد بعد خروج ناقل الاختيار من العملية تماماً.^(١)

(١) بحث الدكتور عبد الستار او غدة - الاختيارات في الأسواق المالية- مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدورة السابعة ص ٣٣١-٣٣٣
نقلاً عن بحوث في الفقه المعاصر ج ٤ ص ٢٩٠-٢٩٣ - الجواهري

وتوجد في هذه المعاملات جهة ثالثة تضمن وفاء الطرفين بالتزاماتهم وهي غرفة المقاصة او السمسار.

ثم ان محل الاختيارات تتشابه في كل شيء من حيث عدد الأسهم ونوعها كما تتشابه مدة الاختيار في عقد الاختيارات، نعم سعر الاختيار فإنه يتحدد بواسطة قوى العرض والطلب.

ثم ان المتعهد بالبيع في اختيار الشراء قد يكون مالكا للسلع أو الأسهم عند انعقاد عقد الاختيار وقد لا يكون مالكا وهو الاغلب، كما قد يكون صاحب حق البيع في اختيار البيع مالكا للسلع أو الأسهم وقد لا يكون عند عقد حق الاختيار وهو الاغلب.

فإذا كان من يجب عليه البيع أو من له حق البيع مالكا للسلع فيسمى الاختيار مغطى وان لم يكن مالكا فيسمى الاختيار مكشوفاً.

ومن هنا يتبين ان السهم والسلعة ليست هدفاً بل الهدف هو استخدامها أدوات لتحقيق الربح فيعمد المتعاملون الى تصفية العقد نقدياً بدفع الفرق بين السعر الجاري السعر المتضمن في عقد الاختيار بدون حاجة الى بيع وشراء الأسهم ذاتها.

ولهذا ظهر بيع اختيار لا يتضمن سلعة او نقوداً او سندا أو سهماً ولكنه يتضمن مؤشراً فإذا عرفنا ان مؤشر ((ستاندرد آند بورن)) يقيس التغير في سعر مائة شركة تتداول أسهمها في بورصة نيويورك فعندما يصدر الاختيار على المؤشر المذكور فهو يتضمن سعر تلك الأسهم في الشركات المائة والمتعاملون هنا لا يحتاجون الى قبض او تسليم أي شيء، بل يكفي تصفية العقد نقدياً عند إنتهاء مدته معتمدين على اتجاه

المؤشر فإذا ارتفع المؤشر ربح من رهن على ارتفاعه وخسر من رهن على إنخفاضه والعكس بالعكس.

توضيح العملية بالمثال التالي :

إذا اشترى زيد إختيار شراء خمسين وحدة من القمح الموصوف وصفاً دقيقاً بثمن قدره خمسين الف دينار لمدة ثلاثة اشهر يتسلمها بشيكاغو، وكان ثمن الاختيار خمسمائة دينار، فإن زيداً يكون مختار من اول يوم لشرائه الإختيار الى نهاية الشهر الثالث ان يطلب من الطرف الآخر ان يمكنه ما اشتراه، فزيد إذا وجد ان سعر الوحدة من القمح الذي كانت قيمتها الف دينار قد أرتفع قبل انتهاء الأجل الى الف ومائة دينار فإنه سوف يستعمل حق الخيار ويطلب من الطرف الآخر ان يمكنه مما اشتراه لأنه سوف يربح أربعة آلاف وخمسمائة دينار وذلك لأنه إشتري القمح كله ب ٥٠,٠٠٠ دينار اضيف اليه ما دفعه لثمن الاختيار وهو ٥٠٠ دينار أصبح المجموع ٥٠,٥٠٠ دينار ولكن السعر الآن في شيكاغو لكل القمح هو ٥٥,٠٠٠ دينار لإرتفاع وحدة القمح الى الف ومائة دينار، فإذا انقص ما إشتراه في عمليتي حق الاختيار وشراء القمح وهو ٥٠,٥٠٠ من ال ٥٥,٠٠٠ كان الربح ٤,٥٠٠ دينار وهو ما حصل عليه من الربح من عمليتي حق الاختيار الذي اشتراه ومن شرائه الخمسين وحدة من القمح بخمسين الف دينار الذي هو إعماله لحق الاختيار عند ارتفاع القمح الى الف ومائة دينار.

ولكن إذا وجد زيد ان سعر الوحدة من القمح لم يتعدّ الف وعشرة دينار فإنه سوف لا يستعمل حق الاختيار لأنه لا يستفيد منه فيكون قد خسر ثمن إختيار الشراء فقط.

وإذا وجد ان سعر القمح للوحدة الواحدة نزل عن الف دينار وصار تسعمائة وخمسون دينار فهو لا يعمل الحق ويكتفي بخسارته ثمن شراء حق الشراء ولو اعمل حقه فيكون قد خسر شيئاً إضافياً على ثمن شراء حق الشراء وهو الفان وخمسمائة دينار لأن سعر القمح قد هبط خمسين ديناراً للوحدة، وهذا واضح.

وإذ إشتري إختيار بيع خمسين وحدة من القمح بالف سعر الوحدة، وثمان شراء الإختيار خمسمائة دينار، فإن وجد ان القمح قد نزلت قيمته الى تسعمائة وخمسون ديناراً فإنه سوف يستعمل حق البيع فيبيع للطرف الآخر خمسين وحدة من القمح وستكون قيمتها ٥٠,٠٠٠ دينار يستلمها من المشتري، ولكنه يكون قد حصل عليها بقيمة ٤٧,٥٠٠ دينار فإذا اضفنا الى هذا المبلغ ٥٠٠ دينار ثمن حق البيع يكون مجموع ما دفعه ٤٨,٠٠٠ دينار وقد استلم خمسين الف فربحه يكون الفين دينار.

وان وجد ان الاثمان قد نقصت عشرة دنانير للوحدة من القمح فهو سوف لا يستعمل حقه لعدم استفادته من هذا الحق لأنه ان أعمله يكون قد اشترى القمح بـ ٤٩,٥٠٠ دينار ودفع خمسمائة دينار ثمن إختيار البيع وحصل على نفس المقدار من بيعه خمسين وحدة للطرف الآخر.

كما انه لو لم تنخفض الأسعار فإنه سوف لن يعمل حقه في البيع ويكون قد خسر ثمن شراء حق البيع فقط.

ولو زادت الاسعار فهو لا يعمل خيار بيع القمح للطرف الآخر لأنه سوف يخسر الزيادة التي يشتري بها القمح عن الف دينار مع خسارته ثمن خيار البيع.

هذا وان عقد الاختيارات يقترن دائماً بكفالة جهة ثالثة تضمن وفاء الطرفين بالتزاماتهما فهي كفالة مزدوجة الاثر مع وحدة الكفيل، إذ تكفل البائع لصالح المشتري فيما يترتب في ذمته من الالتزامات وتكفل المشتري لصالح البائع فيما يترتب عليه في ذمته من التزامات أيضاً.

وتسمى هذه الغرفة أو السمسار له وظيفة أخرى هي الوكالة عن طرفي العقد فيتولى العقد نيابة عن المشتري ونيابة عن البائع.
وتسمى الغرفة غرفة المقاصة (للسمسار).

موضوع الاختيار ما هو؟

التعامل في اختيار البيع واختيار الشراء يكون في موارد:

١- في شراء العملات فقد يشتري زيد حق اختيار يحوله شراء عشرة آلاف دولار بثمان تسعمائة تومان للدولار الواحد في مدة محددة بثمان خمسين الف تومان، فإذا ارتفع الدولار الواحد الى تسعمائة وعشرة فإن زيد سوف يعمل هذا الحق ويشتري عشرة آلاف دولار من الطرف الاخر ويكون مجموع ما دفعه تسعة ملايين تومان مضافاً اليها ثمن اختيار الشراء وهو خمسين الف تومان، ولكنه سوف يكون سعر العشرة آلاف دولار السوقى هو تسعة ملايين ومائة الف تومان فيكون قد ربح خمسين الف تومان في اعمال حقه.

٢- في بيع السلع من معادن وحبوب وغيرها فيشتري حق شراء المعدن من طرف آخر أو حق بيع معدن معين للطرف الآخر لمدة معينة بثمان معين، فإن أشتري حق شراء المعدن من طرف آخر وزادت قيمته (على قيمة ثمن المعدن الذي حضر البائع لحق

الشراء البيع فيه زائداً ثمن حق الشراء) فهو يعمل حقه في الشراء لأنه سيكون هو الربح الفرق بين قيمة المعدن الآن وقيمة المعدن المتفق عليها سابقاً مع ثمن اختيار حق الشراء، وهكذا إذا اشترى حق البيع للطرف الآخر، فإن نقص سعر المعدن بمبلغ يكون اعماله لحق البيع فيه ربح له، حيث يكون الربح من البيع أكثر من السعر الذي حضر البائع لحق البيع فيه البيع زائداً ثمن بيع الخيار.

٣- سندات الخزينة: فيما ان السندات: هي قرض بفائدة فإن بيع اختيار شراء سندات بفائدة معينة بمدة معينة بسعر معين، يجعل الحق لمشتري هذا الاختار ان يقدم على شراء هذه السندات لو كان بسعر الفائدة الموجود في بيع اختيار شراء السند هو أكثر (من سعر الفائدة في السوق و ثمن شراء الاختيار) فيحصل المشتري على فائدة أكثر مما لو أقرض أمواله لغير من باعه اختيار شراء السند مع الفائدة السوقية فيكون المشتري لأختيار شراء السند قد أحرز ربحاً له نتيجة شرائه اختيار شراء السند.

٤- في الاسهم: فإذا كان ثمن اختيار حق الشراء (سهم شركة معينة قدر كل سهم ٨٠ ديناراً ولمدة شهر واحد) خمسة دنانير، ولكن توقع المشتري ان يرتفع السهم الى أكثر من خمسة وثمانين في هذا الشهر، فهو يقدم على اختيار حق الشراء، فإذا ارتفع السهم الى ٩٠ ديناراً فإنه سوف يعمل حقه، لأنه يكون قد دفع لكل سهم (٨٠ ديناراً مع خمسة دنانير لكل سهم فيكون كل ما دفعه خمسة وثمانين للسهم الواحد) الا ان قيمة السهم الآن ٩٠ ديناراً فيكون قد ربح خمسة دنانير للسهم الواحد.

ولو لم يرتفع السهم عن ثمانين ديناراً، فهو لا يعمل حقه ويكون قد خسر ثمن الاختيار وهو خمسة دنانير لكل سهم.

أما إذا ارتفع ما بين الثمانين الى خمسة وثمانين فإن المشتري لهذا الاختيار سوف يعمل حقه لأنه يخفف من خسارته.

وكذا اذا توقع فرد ان سعر السهم سيكون خلال شهر واحد أقل من خمسة وثمانين دينار فإنه سيدخل السوق بائعاً لأختيار الشراء فيمكن الطرف الآخر من شراء كل سهم بثمانين ديناراً في مقابل خمسة دنائير لبيع اختيار الشراء للطرف الآخر، فإذا بلغ سعر السهم أقل من ثمانين ديناراً أو ثمانين ديناراً فإن مشتري الاختيار سوف لن يعمل حقه ويكون البائع قد ربح بذلك خمسة دنائير لكل سهم ثمناً للاختيار.

اما اذا بلغ سعر السهم ما بين ٨٠-٨٥ دينار فإن المشتري سيمارس حقه ويكون ربح البائع اقل من خمسة دنائير لكل سهم بمقدار الفرق بين الثمانين والسعر الفعلي. أما اذا بلغ سعر السهم اعلى من ٨٥ وليكن السعر (٨٧) ديناراً فإن المشتري سيعمل حقه في شراء السهم بثمانين، فإذا أضفنا خمسة دنائير سعر اختيار الشراء للطرف الآخر فيكون المشتري لإختيار الشراء قد ربح في كل سهم دينارين.

٥- في المؤشرات

والمؤشر: كما تقدم هو رقم حسابي سيعمل للدلالة على تطوير أسعار التعامل في سوق معينة، وهذا المؤشر يتغير مع تغير أسعار الأسهم في السوق هبوطاً وصعوداً، وكما توجد اختيارات على الأسهم والسلع توجد اختيارات على المؤشر.

مثلاً: ان مؤشر يقيس التغير في سعر مائة شركة تتداول أسهمها في بورصة نيويورك (مثلاً) فعندما يكون الاختيار على المؤشر المذكور، فهو يتضمن تلك الأسهم لمائة شركة.

وهنا لا حاجة الى قبض او تسليم أي شيء بل يكفي تصفية العقد نقدياً عند إنتهاء مدته معتمدين على اتجاه المؤشر، فإذا إرتأى شخص ارتفاع المؤشر في هذا الأسبوع وأرتأى آخر انخفاضه في هذا الأسبوع وقررا مبلغاً معيناً على هذا الامر فإذا صفي العقد عند انتهاء مدته، فإذا كان المؤشر مرتفعاً ربح المبلغ من قامر على ارتفاعه وخسر من قامر على انخفاضه والعكس بالعكس.^(١)

وحيث لا وجود لثمن يدفع أو يذكر عند ابرام العقد فهذا لا يدخل في بحث بيع اختيار حق الشراء او بيع إختيار حق البيع، فهو صورة من صور القمار والمراهنة. وهذا العقد القماري منتشر في أسواق البورصة في أمريكا في الوقت الحاضر حتى وصفت بعض الصحف المجتمع الأمريكي ((بمجتمع صالة قمار)) كناية عن هذه الظاهرة المنتشرة في ذلك المجتمع.

التكليف الشرعي للإختيارات

ان محل العقد في الإختيارات هو حق الإختيار في الشراء او حق الإختيار في البيع، وليس النقد او السهم أو السلعة نفسها، هذا من ناحية المثلن، اما الثمن فهو المبلغ المقدم عوضاً مقابل هذا الحق، ولا علاقة له بثمن السلعة او النقد أو السهم، وهذا واضح مما تقدم من وجود تصرفين أحدهما قد يحصل بعد الآخر وقد لا يحصل، والسؤال هنا هو:

هل يصلح حق الإختيار ان يكون محلاً للعقد؟

(١) بحث الدكتور علي محي الدين القرداغي في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ١٧٧ نقلاً عن بحوث في الفقه المعاصر.

والجواب: ان محل العقد لا بد وان يكون عيناً، وذلك لإختصاص مفهوم البيع عند اهل العرف بتمليك الأعيان، فلا يشمل تمليك المنافع فضلاً عن تمليك الحقوق، وإذا ثبتت هذه الدعوى في العصر الحاضر ثبتت في الأزمنة السابقة ايضاً بواسطة اصالة عدم النقل المعبر عنه بالاستصحاب القهقرائي.

بيان ذلك: انه اذا تبادر معنى من لفظ خاص كتبادر ان يكون المبيع في البيع من الاعيان وشك في كون لفظ البيع له نفس المعنى في السابق فالاستصحاب القهقرائي يقضي بقاء اللفظ على معناه الاولي وعدم إنتقاله منه الى معنى آخر يغيره.

والدليل على هذا الاستصحاب هو بناء العقلاء وسيرة العلماء وطريقة الفقهاء؛ إذ لولا ذلك لأنسدّ عليهم باب الاجتهاد وطريق الاستنباط، اذ من المحتمل القريب ان تكون الروايات الواردة عن النبي (صلى الله عليه وآله) ظاهرة في معنى مغاير لما هي ظاهرة فيه فعلاً، ومما لا ريب فيه انه لا سبيل الى دفع هذا الاحتمال الا بالاستصحاب القهقرائي المتقدم.

ثم ما المراد من العين التي تكون مئماً في البيع؟

ان المراد من العين التي تكون مئماً في البيع ما يشمل:

١- العين الشخصية الخارجية.

٢- الكلي المشاع كثلث الدار.

٣- الكلي في المعين مثل صاع من صبرة.

٤- الكلي في الذمة كبيع من من الحنطة سلماً أو حالاً.

ومحل العقد في الاختبارات هي إرادة ومشئنة قد تعمل وقد لا تعمل وهي ليست عيناً يصح ان تكون ماثماً في العقد، وحينئذ يكون اخذ المال في مقابلها أكلاً للمال بالباطل.

مضافاً الى ان ظاهر اختيار البيع أو إختيار للشراء هو وصف قائم بشخص من ثبتت له حق البيع أو حق الشراء، وهذا الوصف الشخصي لا يقبل النقل بحال من الأحوال.

كما ان الايجاب نفسه غير قابل للنقل فلا سبيل الى تسلسل تملك حق الإختيار. وبتعبير آخر: ان محل عقد الأختيار هو الحق في الشراء لشيء معين أو بيعه بسعر معين في زمن مستقبل محدد، وهذا الحق ليس عيناً وليس مالاً وانما هو حق في الشراء او البيع بسعر محدد يعطيه احد الطرفين للآخر، فهو شبيهه بخيار الشرط في الفقه الإسلامي الذي يعطيه أحد الطرفين للآخر ويجعل له الحق في إمضاء الحق او فسخه، ويختلف عن الحق في شراء شيء معين أو بيع شيء معين في زمن محدد، إختلافاً اساسياً لأن خيار الشرط يكون ضمن عقد قائم، أما عقد الاختيار فهو عقد مستقل بذاته واذا لم يجوز الفقهاء أخذ العوض في مقابل خيار الشرط فيكون أخذ العوض في مقابل عقد لاختيار أولى بالمنع.

والحقيقة التي نراها هنا، هو ان المقصود من إعطاء اختيار البيع او إعطاء اختيار الشراء هو وعد على التعاقد اللاحق في المستقبل فيكون مواءمة، والثمن المبذول عليها يعدّ أكلاً للمال بالباطل.

قد يقال: ان عقد الاختيار هو شبيهه ببيع فيه العربون.

والعربون: عبارة عن دفع المشتري للبائع مبلغاً من المال على انه أن امضى البيع الذي وقع على عين خارجية إحتسبه من الثمن وان لم يمضه أخذه البائع، وهي أمر صحيح عندنا.

فإذا صححنا بيع العربون فيصح عقد الأختيار لأن العربون يكون في مقابل اختيار عدم امضاء العقد، فكذا حق الاختيار اذ يكون الثمن في مقابل الاختيار.

والجواب عنه: ان محل العقد في بيع العربون هو سلعة معينة وهي مال، ولم يكن محل العقد في مقابل الخيار، فإذا اختار المشتري إمضاء العقد فلا يكون الخيار مقابل لأن العربون يحسب من الثمن للسلعة، اما محل الخيار في عقد الاختيار فهو حق الشراء أو البيع، وهو ليس بمال فالعقد فيه يقع على نفس الإختيار، ويدفع المشتري العوض سواء اشترا ام لم يشتتر، فالإختيار هنا له مقابل في الحالتين.

إذن لا يمكن القول بأن عقد الاختيار هو شبيهه ببيع العربون.

وهل يعقل ان نقول ان عقد الاختيار هو عقد سلم او شبيهه به؟

وجوابه:

١- انه لا يمكن ان نقول بذلك؛ لأن السلم يكون فيه الثمن مقدماً ومحل العقد فيه هو الكلي الموصوف الذي يعد عيناً ومالاً يقبل التملك، أما عقد الاختيار فليس المثلث عيناً ومالاً يقبل التملك، ولا يتقدم فيه الثمن الذي هو في مقابل السلعة.

٢- ذكر الدكتور الضرير ان العوض في عقد الأختيار ليس مقابل حق الاختيار، وإنما هو مقابل التزام أحد الطرفين للآخر، ويقابل هذا الالتزام ثبوت حق للطرف الآخر، فحقيقة اختيار الشراء: هو ان البائع يلتزم للمشتري ببيع شيء موصوف في

وقت محدد بثمن محدد يدفعه له عند الاتفاق مقابل هذا الالتزام ويترتب على التزام البائع بثبوت حق للمشتري في الشراء.

وعلى هذا: فإن السؤال ينبغي ان يكون هكذا هل يصلح مجرد الالتزام بالبيع محلاً للبيع ويجوز الاعتياض عنه؟
وقد ذكر انه لا يصلح. (١)

قد يقال: ان عدم الصلاح الذي ذكره، لعله مبني على ما ذكر من ان محل العقد -البيع - لا بد ان يكون عيناً أو مالاً، والالتزام الذي التزمه البائع بالبيع ليس عيناً ولا مالاً فلا يصلح أخذ المال في مقابله ليكون أكلاً للمال بالباطل.

وأن الالتزام هو مما يقتضيه العقد فإذا أخذ في مقابله المال يكون قد اخذ المال مرتين مرة في قبال محل البيع ومرة في قبال الالتزام وهو كما ترى.

وجه لتصحيح بيع الاختيارات

وهو ان يقال: ان البائع لإختيار البيع أو لأختيار الشراء، انما يكون قد أوجب بيعاً كأن يقول: التزمت ببيعك وحدة من سلعة معينة، أو التزمت ببيعك عوداً من السهام المعينة مدة معينة بثمن معين، ولك حق القبول في مدة معينة أو يكون قد قبل الشراء كأن يقول التزمت بشراء عدد من السهام المعينة في مدة معينة بثمن معين، ولك حق الايجاب بعد ذلك في مدة معينة وهذا هو اختيار الشراء واختيار البيع، فما هو المانع منه؟

ويجاب عنه:

(١) الصديق الضرب في الاختيارات مجلة مجمع الفقه الإسلامي عدد ٧ ج ١، ٢٦٥

أولاً: ان هذا لا مانع منه وإنما المانع أخذ ثمن معين في مقابل هذا الا لتزام وهذا الايجاب او القبول المتقدم، ولكن تقدم بأم هذا الالتزام ليس مالاً أو عيناً حتى يقابل بالمال فيكون اكلاً للمال بالباطل.

ثانياً: ان هذا انما يصح ممن يملك السلعة أو السهم إذ لا بيع الا في ملك إلا في السلم، وهنا لم تتحقق شرط السلم من تقدم الثمن فيكون البيع باطلاً إذا لم يملك البائع السلعة قبل العقد.

ثالثاً: ان المقصود من اختيار للشراء أو البيع للسلعة أو السهم أو السند أو العقود غالباً هو أخذ الفرق بين الأسعار ولا نظر غالباً الى الثمن والمثمن ولذا لم يسلم الثمن ولا يتسلم المثمن في هذه المعاملات فتكون العملية هي اشبه بالقمار، بل هي قمار حقيقة يكون فيها أحد الطرفين رابحاً والآخر خاسراً وهو خلاف البيع والمعاملات التي أحلها الله تعالى: حيث يكون كل واحد من المتعاملين غانماً بحصوله على العوض المعادل لما حصل عليه الآخر.

وأذكر مثالين:

المثال الأول: إشتري زيد اختيار شراء الف دولار من آخر بسعر الدولار ٩٠٠ تومانا لمدة شهر واحد إشتراه بعشرة آلاف تومان، وقبل إنتهاء الشهر إرتفع سعر الدولار الى الف تومان، فإنه سوف يمارس حقه في الاختيار لأنه سوف يربح تسعين الف تومان لأن ما يجب عليه ان في الأختيار لانه سوف يربح تسعين الف تومان لأن ما يجب عليه ان يدفعه هو تسعمائة وعشرة آلاف تومان وما يجب ان يدفعه صاحبه.

هو مليون تومان سعر الالف دولار، وعند التصفية يجب على البائع ان يخسر تسعين الف تومان هو فرق هذه العملية فيكون قد خسر البائع تسعين الف تومان وربح المشتري لحق اختيار الشراء هذا المبلغ.

ولو بقي الدولار على سعره كما هو الى انتهاء المدة -للاختيار- سوف يخسر المشتري عشرة آلاف تومان ويربحها البائع ، وهذا هو القمار المنهي عنه شرعاً.

المثال الثاني : اذا باع زيد اختيار شراء مئة سهم لمدة شهر بسعر (٤٠) دولاراً للسهم باعها بأربعة دولارات للسهم الواحد كئمن لإختيار البيع ، وزيد انما يفعل ذلك لأنه قدّر ان ثمن السهم لن يزيد على أربعة وأربعين دولاراً والمشتري قدّر ان الثمن سيزيد الى خمسين دولاراً في نهاية الشهر، فهو يراهن على ارتفاع السعر، والبائع يراهن على عدم ارتفاعه اكثر من ٤٤ دولاراً، فإن ارتفع سعر السهم الى خمسين دولاراً في نهاية الشهر فإنه سيربح (٦٠٠) دولاراً وهي فرق (السعر المشتري مع ثمن الاختيار) والسعر الحالي للدولار، وان بقي السهم على قيمته فإن البائع سيربح اربعمائة دولار وهي التي خسرها المشتري لأختيار الشراء وهذا هو القمار بعينه.

الاختيارات على الأسهم والسندات

مر ان السند هو قرض بفائدة يباع في البورصة أو البنوك الربوية ولهذا يكون التعامل على السندات محرم مطلقاً بأصلها أو بحق اختيارها؛ لأن التعامل بها موجب للدخول في المعاملات الربوية المحرمة.

أما السهم فإن السهام على قسمين:

القسم الأول: ما اذا كان السهام لبنوك ربوية أو لشركات تتعامل بالربا أو بالمحرمات كبيع الخمر أو الخنزير، فهذه السهام لا يجوز تداولها لا بأصلها ولا بحق إختيارها، إذ يكون التعامل بها موجباً للدخول في ما هو محرم شرعاً.

القسم الثاني: السهام لبنوك أو شركات لا تتعامل بالحرام ولا بالربا ولا بالمحرمات الأخرى فإن التعامل بها بشراء حق الاختيار للبيع أو للشراء. سيرد عليه ما تقدم من عدم صحة هذا الاقدام لأن المعاملة بها قمار حقيقةً حيث يكون أحد الطرفين رابحاً ويكون الآخر خاسراً وهو خلاف البيع أو المعاملات التي أحلها الله تعالى حيث يكون كل واحد من المتعاملين غانماً بحصوله على العوض المعادل لما حصل عليه الآخر.

هل يمكن التنازل عن حق الاختيار في مقابل عوض؟

اذا كان لا يصح بيع حق الاختيار للبيع أو للشراء لأنها ليست عياناً متحولة والبيع لا بد ان يقع على ما هو متحول من الاعيان.

فهل يجوز ان يتنازل شخص عن حقه في اختيار البيع او اختيار الشراء لمدة معينة ولسلعة معينة أو سهم معين لآخر في مقابل مال معين؟

وجوابه: ان التنازل عن الحق المادي يمكن ان يصح في مقابل المال في الحقوق المادية القابلة للنقل او الانتقال كالتنازل عن حق الابتكار والحق الفني والادبي وحق التأليف وحق العلامات التجارية الفارقة فكل هذه الحقوق متعلقة بشيء مادي عيني يمكن ويصح نقله شرعاً، فالتنازل عنه مقابل المال يكون صحيحاً، اما ما نحن فيه وهو

حق الاختيار فهو ليس بمادي وليس متعلقاً بشيء مادي فلا يصح التنازل عنه في مقابل المال.

صدور حق الاختيار للتملك بدون عوض

أولاً: شهادة اختيار حق التملك: هي شهادة تصدرها شركة مساهمة لبعض الأشخاص لأعتبرات معينة كأقراض الشركة أو تقديم خدمات لها، بدون مقابل مادي، تعطيههم الحق في شراء عدد معين من اسهم الشركة بسعر محدد خلال فترة زمنية، وهذه الشهادة لأختيار حق التملك لا مانع منها شرعاً اذا كانت بالسعر المعتاد أو بأقل منه من دون ان يكون هذا مشروطاً عند اقراض الشركة، فهي عبارة عن إعطاء حق الأولوية في شراء الممتلكات لبعض الأشخاص، وانما قيد الجواز بالشرط حتى لا يكون ذلك في مقابل القرض الذي قدمه هذا الشخص للشركة فيكون قرصاً جر نفعاً وهو محرم.

ولتوضيح عدم المنع: لأن المنع كان في اختيار البيع والشراء هو في جعل عوض مقابل الاختيارات فيكون اكلاً للمال بالباطل بعد ان لا يدخل في عنوان البيع او المعاملة، وهنا لم يكن الاختيار لتملك السهم مقابل الثمن هذا هو المنع الأول.

ولأن المنع الثاني كان هناك هو القصد الى فرق السعر حيث يكون حق الاختيار لمدة معينة بسعر معين، فالمقصود من تلك المعاملة ليس هو شراء السند حقيقةً بل كان المقصود فرق السعر بين تعهده بالبيع بسعر معين وبين سعره الحالي وهو قمار واضح. وهذا المنع لم يكن موجوداً هنا اذ المقصود هو تملك السهم بسعر المثل او باقل منه من دون شرط في القرض المقدم للشركة، فهو بيع حقيقي لحصته من أموال الشركة.

ولأن المانع الثالث هناك غالباً كان البيع لما لا يملك من السلع أو من السهام، اما هنا فإن الشركة هي المالكة لأموالها وهي تباع قسمياً منها لبعض الأشخاص فهو بيع للمملوك وليس فيه بيع لا يملك فلا مانع من صحة هذا الاختيار وتقديمه لبعض الأشخاص.

وهل يجوز لمن صدر له حق الاختيار لتملك سهام معينة لمدة معينة بثمن معين هو ثمن المثل أو اقل منه ان بيع تلك السهام لغيره أو يبيع حق الاختيار بالتملك لغيره؟
وجوابه:

١- ان تلك السهام لا يصح بيعها مالم يملكها لانه لا بيع لا في ملك وما دام لم يملكها بالشراء فلا يصح نقلها وتمليكها الى الغير.

نعم اذا قيل تملك تلك السهام بسعرها المعين فقد تم العقد وملك السهام وحينئذٍ يجوز له ان يملكها للآخرين بأكثر من السعر الذي قام عليه.

٢- ولا يصح له بيع حق الاختيار بالتملك لغيره لأن حق التمليك عبارة عن ارادته التمليك وأعمالها، وهذه الإرادة والمشئنة ليست مالاً ولا عيناً حتى يتمكن من بيعها بعد ان كان البيع متوقف على نقل الاعيان المتمولة كما عرفت.

والخلاصة: ان شهادة اختيار حق التملك لا صلة لها ببيع حق الاختيار أو شرائها، لأن المطلق لشهادة حق الاختيار هو الوفاء لمن كان له فضلاً على الشركة ولا ثمن في مقابلها، بينما مطلق حق الاختيار هو المقامرة على الربح، على ان شهادة اختيار حق التملك ليس معاوضة بل هو تكريم من الشركة لمن قام بخدمات استفادت منها الشركة بينما الاختيارات عقد معاوضة بين الثمن وتملك الاختيار.

ثانياً: إعطاء حق الأولوية في شراء إصدارات جديدة من الأسهم في أحيان تكون الشركة بحاجة الى السيولة المالية، فترى ان اصدار اسهم جديدة خير لها من الاقتراض ومشاركه، كما قد تتراكم الأرباح فتصدر الشركة اسهماً جديدة توزعها على المساهمين بنسبة الإسهام وزيادة رأس المال. والشركة بهيئتها المشرفة المتخصصة اذا رأت ان اصدار اسهم جديدة تعطي للمساهمين بأقل من سعر الأسهم القديمة هو الاصلاح للشركة من الاقتراض ومشاركه واصح من عرض الأسهم الجديدة بأقل من سعر السهم القديم لغير المشاركين وهذا يترتب عليه إنخفاض قيمة الأسهم القديمة، وهو مما يتضرر به شركاء.

والسؤال هنا هو: هل يجوز للشركة القيام بهذا العمل وتصدر اسهماً جديدة بثمن اقل وتعطي لكل مشترك حصته، فإن رضي بها فهو مقدم على غيره وان لم يرض بها كانت الشركة حرة في عرضها على غيره؟

وجوابه: قد يكون هذا العمل من أمهات عمل الشركة اذا كانت فيه مصلحة للشركة حيث يكون من واجب ادارتها رعاية مصلحة الشركة العامة.

وقد يطرح سؤال آخر: هل يجوز لأحد الشركاء المعروض عليه السهم بأقل من قيمته السوقية ان يبيعه لآخر؟

مثلاً اذا أصدرت الشركة سهاماً بقيمة الف دولار للسهم الواحد مع ان سعره السوقى الف وخمسمائة دولار، فهل يجوز للشريك الذي لم يرد هذا الشراء أن يبيع حقه في الشراء بخمسمائة دولار أو بأقل من ذلك، ويدفع المشتري الى البائع هذا المبلغ ويدفع الف دولار الى الشركة قيمة تلك السهم؟

والجواب: ان الفارق الخمسمائة دولار، بين السعر السوقي وسعر الشركة للمساهمين فيها هو في الحقيقة ملك للمشارك وهو صاحب السهم القديم وهو كما يصح له بيع سهمه القديم يصح له بيع ما يرجع اليه من السهم الجديد، الا انه يجب تغيير العبارة السابقة القائلة هل يجوز للشريك في الشركة ان يبيع حقه في الشراء للسهم بعوض، الى عبارة أخرى هي: هل يجوز لمن يملك حصته في السهم الجديد، والتي هي عبارة عن ثلث السهم ان يبيعها لشريك آخر فيدفع الشريك الآخر ما يقابل حصة الشريك من السهم الجديد أو اقل منه ويدفع ما يقابل بقيّة السهم في أموال الشركة؟

والجواب عنه: نعم يجوز على وفق القواعد الشرعية، فلاحظ.

كما يجوز له ان يعلن عن عدم رغبته في الشراء لهذا السهم الجديد ولا في البحث عن مشتر له ولكن هذا يعني انه قد وهب حصته في السهم الجديد فإن كانت هبته لحصته في السهم الجديد لمن يشتري السهم بألف دولار من الشركة فيكون الشريك الجديد مالكا لهم قيمته الف وخمسمائة دولار قد اشتراه بألف ووهب له البائع ثلث القيمة وهو الذي لم يشتري السهم بأقل من قيمته.^(١)

هذا خلاصة الكلام عن المستقبلات والإختيارات موضوعاً وحكماً، والله الحمد.

(١) بحوث في الفقه المعاصر ج ٤ ص ٣٨٩-٤١٠ المأخوذ من مصادر أخرى - حسن الجواهري

المحتويات

٣	المقدمة
٤	مصاعب البحث الفقهي مصرفياً
٦	تقسيمات المصارف
١٩	التكليف الفقهي العام للمصارف
٦٣	فصل في تفاصيل اعمال المصارف
٨٤	مؤيدات عدم التعامل مع أموال الدولة معاملة مجهول المالك
١٠١	منهجية البحث
١٠١	معنى الضمان
١٠٧	الحوالة
١١٠	الجعالة
١١٣	الفارق بين الجعالة والاجارة
١٢٣	الربا مع الكافر
١٣٥	الودائع المصرفية
١٣٦	هل الودائع البنكية قرض أم دين؟
١٥٦	الحساب الجاري
١٦٤	تكليف الحساب الجاري فقهيًا
١٦٨	الودائع الثابتة
٢٠٦	تحصيل قيمة الشيكات
٢١٦	خصم الكمبيالات والشيكات
٢٢٥	كمبيالة المجاملة
٢٢٨	قبول الكمبيالات والشيكات

قاسم الطائي (٤٦٥)

- ٢٢٩ بطاقة الائتمان
- ٢٤٢ فكرة الحوالة في بطاقة الائتمان
- ٢٥٢ خصم الكمبيالات
- ٢٦٢ تكييفات فقهية أخرى لخصم الكمبيالة
- ٢٧٢ تحصيل قيمة الشيكات
- ٢٨٠ الحوالات البنكية
- ٢٩٠ الحوالة الخارجية
- ٣٠٥ الاسهم والسندات
- ٣٠٩ حكم بيع الأسهم
- ٣١٣ الشركة المساهمة
- ٣١٥ تكييف عمليات تداول الأسهم شرعاً
- ٣٢٥ الاكتتاب
- ٣٢٥ الاسهم العادية
- ٣٢٦ الأسهم الممتازة
- ٣٢٦ أسهم التمتع
- ٣٢٨ الشركات المساهمة في البلاد غير الاسلامية
- ٣٣٠ السندات
- ٣٣١ تداول السندات شرعاً وأخذ العمولة من الوسيط
- ٣٣٥ السندات في الشركات الأهلية
- ٣٣٨ سندات المضاربة
- ٣٤١ خلاصة بحث الأسهم والسندات
- ٣٤٢ فتح الاعتماد

(٤٦٦)	فقه المعاملات المصرفية
٣٤٤	فتح الاعتماد المستندي
٣٦٢	الاعتماد الشخصي
٣٦٥	خطاب الضمان
٣٧٦	جوائز البنك
٣٨٤	التأمين
٤٠٢	مشروعية ضمان العهدة وضمان الفعل
٤٠٧	الاشكالات الواردة على عقد التأمين
٤١٥	تنبيهات التأمين
٤٢١	عقد المستقبلات
٤٢٧	مستقبلات الاسهم والسندات
٤٢٧	مستقبلات النقود
٤٢٨	المؤشر
٤٢٩	حكم المعاملة شرعاً
٤٣٧	تخريجات فقهية للعقود المستقبلية
٤٤٢	بيع الاختيارات
٤٥٢	التكييف الشرعي للاختيارات
٤٥٦	وجه لتصحيح بيع الاختيارات بيع الاختيارات
٤٥٨	الاختيارات على الاسهم والسندات
٤٦٤	المحتويات