

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الشهيد حمدة لخضر (الوادي)



قسم الشريعة

معهد العلوم الإسلامية

مطبوعة موجهة لطلبة السنة الثالثة ل.م.د.

تخصص: الشريعة والقانون - السجاسي السادس -

مقياس: فقه المعاملات المعاصرة

الدكتور: أمير شريط

السنة الجامعية: 2016/2017

مدخل عام إلى المعاملات المعاصرة

قسم الفقهاء أعمالهم الفقهية في كتبهم إلى مجالين عظيمين:

أحدهما خاص بالعبادات والغاية منه بيان أحكام الصلاة والزكاة والصيام... الخ، باعتبارها شعائر يقوم بها المسلم تقرباً إلى ربه عز وجل، ولا مجال للزيادة والنقص فيها؛ لأنها مبنية في أصلها على التوقيف.

وأما الآخر فهو خاص بالمعاملات على وجه العموم، والغاية منه بيان أحكام الأعمال الناشئة عن علاقة المسلم مع غيره من الناس، وإن كان في حقيقة أمره آيل إلى تحقيق العبودية لله تعالى؛ لأن أحكام معاملات الناس وما يتعلق بها من حلال وحرام لا تخرج عن الشريعة الإسلامية، والتزام المسلم ذلك الغاية منه إخراج للمكلف عن داعية هواه؛ حتى يكون عبداً لله اختياراً، فيدخل تحت أمر الله ونهيه ويشمله بذلك قوله تعالى: ﴿ وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالْإِنْسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ ﴾ [الذاريات: 56].

ووجه تسمية هذا القسم بالمعاملات لكونه على وزن مفاعلة، وذلك يقتضي وقوع الفعل من أكثر من طرف، وهي مأخوذة من العمل وهو لفظ عام في كل فعل يُقصد، وهي بذلك تشمل كافة الأعمال التي يقوم بها الإنسان من خلال علاقته مع غيره.

وأما لفظ المعاصرة، فهي مأخوذة من العصر الحديث، والذي ظهرت فيه كثير من المسائل الفقهية نتيجة التطور الطبيعي لعلاقات الإنسان أو بسبب ظروف طارئة، كالنقود الورقية، وتوثيق العقار في السجل التجاري، والأسهم والسندات، وزراعة الأعضاء، والإيجار المنتهي بالتملك...

وبناء على ما سبق يكون فقه المعاملات المعاصرة هو: أحكام القضايا التي استحدثها الناس في واقعه المعاصر في ضوء الفقه الإسلامي.

وقبل الخوض في جملة من هذه القضايا المعاصرة أقدم بين يدي هذه المطبوعة جملة من القواعد الحاكمة للمعاملات المعاصرة عامة وما تعلق منها بالقضايا المالية خاصة؛ تُيسّر على الطلبة الولوج إلى معرفة أحكام المسائل المقررة في هذا المقياس، وغيرها مما كتب فيه الفقهاء والباحثون المعاصرون في "المجامع الفقهية" و"الهيئات العلمية" أو ما تعلق منها بالرسائل العلمية والمقالات الأكاديمية المنشورة في المجلات المحكمة.

القاعدة الأولى: الرضا أساس المعاملات المالية

سبقت الشريعة الإسلامية بأسسها وغاياتها بما تضمنته من بيان الحقوق والواجبات كل ما وصلت إليه القوانين الحديثة من تقرير العدل وتحقيق المصالح، بل لا نجازف إن قلنا أن المدنية الحديثة حسنة من حسنات التشريع الإسلامي، الذي جاء بتقرير مبدأ التراضي في العقود كأصل عام ثم ما تفرع عنه بالقضاء على ما كل يشوب إرادة العاقد أو ما يقدر في رضاه، فلأجل ذلك أطلق حرية الإرادة في تكوين العقد، إذا كان ذلك عن تراض، وقد دل على أن رضا الإنسان أساس كل العقود القرآن والسنة:

فمن القرآن: قول الله تعالى: ﴿ يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونُوا بِحُكْمٍ عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾ [النساء: 29].

فاشترط التراضي لا يتحقق إلا برضا طرفي التعاقد في سائر التجارات، والتجارة اسم واقع على عقود المعاوضات المقصود بها طلب الربح، وخص الأكل بالذكر وإن كانت كل التصرفات التي ينعدم فيها الرضا محرمة؛ لأن الأكل معظم ما يُبتغى له الأموال، إذ به قوام بدن الإنسان، وفي ذكره للأكل دلالة على ما دونه.

وخصت الآية التجارة وما في معناها من عقود المعاوضات المالية بالذكر؛ لأنها أكثر أسباب الرزق وأكثر عرضة للخسومات، فكانت أخرى بالبيان من التبرعات التي لا تقع عادة إلا بطيب نفس من بذلها، كما في قوله تعالى: ﴿ فَإِنْ طِبَّنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا ﴾ [النساء: 4]، «فعلّق جواز الأكل بطيب النفس تعليق الجزاء بشرطه، فدل على أنه سبب له، وهو حكم مُعلّق على وصف مُشتق مناسب؛

فدل على أن ذلك الوصف سبب لذلك الحكم، وإذا كان طيب النفس هو المبيح لأكل الصدق، فكذلك سائر التبرعات؛ قياساً عليه بالعلة المنصوصة التي دل عليها القرآن .»

و« لم يشترط في التجارة إلا التراضي وذلك يقتضي أن التراضي هو المبيح للتجارة، وإذا كان كذلك فإذا تراضى المتعاقدان بتجارة أو طابت نفس المتبرع بتبرع ثبت حله بدلالة القرآن إلا أن يتضمن ما حرّمه الله ورسوله كالتجارة في الخمر ونحو ذلك .»

كما أن في قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ إشارة إلى أن المباح من التعامل في البيوع هو ما يكون تجارة تتعرض للكسب والخسارة، وأما الكسب من غير احتمال للخسارة فإنه ليس تجارة؛ ولذلك لا يحل الربا.

وأما في السنة فقد جاء فيها أحاديث تدل على أن رضا الإنسان أساس تكوين العقد، فمنها: قول النبي ﷺ: «إِنَّمَا بَيْعٌ عَنْ تَرَاضٍ»⁽¹⁾، وقوله ﷺ: «لَا يَحِلُّ مَالٌ أَمْرِي مُسْلِمٌ إِلَّا عَنْ طَيْبِ نَفْسٍ»⁽²⁾، والأحاديث في هذا المعنى كثيرة، وكلها تدل على تحريم مال المسلم إلا بطيبة من نفسه وإن قل، وأن الأصل في استحقاق مال الغير أو استحلال شيء من حقوقه إنما هو رضا صاحبه: إما على سبيل التجارة والتبادل أو على سبيل المنحة والتنازل عن طيب نفس واختيار.

القاعدة الثانية: الأصل في المعاملات الإباحة

إذا كان الرضا هو أساس العقود، فهو رضا مطلق يجعل للعاقدة حرية التصرف واختيار النظام المناسب لإنشاء العقود، فالأصل في العقود والشروط الجواز والإباحة إلا ما ورد الدليل بتحريمه⁽³⁾، فلو اشترط بائع الدار على المشتري أن يسكن فيها مدة سنة، فليس في هذا منع لمباح بل التزام بما أوجبه الله من الوفاء بالعقود، كما لا يخالف أحد في أن بيع البيت يجرمه على البائع ويجله للمشتري وليس في هذا منع مباح، وبهذا يظهر الفرق بين ما ذكر من العقد على الربا المحرم بنص الشارع فلا يجوز العقد عليه ابتداءً وبين هذا العقد المباح أصالة لعدم ورود الدليل المحرم، ودليل هذه القاعدة جملة أمور، منها:

1 - قول الله تعالى: ﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: 1]، ووجه الدلالة من الآية هو تأكيد الشارع على الوفاء بالعقود، والعهود وهذا عام، فدخل في ذلك ما عقده المرء على نفسه، مثل النذر والبيع، ونحو ذلك، وإن لم يرد فيه أمر من الشارع⁽⁴⁾.

2 - قول الله تعالى: ﴿وَإِذَا بَعِثْنَا لَكُمْ رَسُولًا جَاءَكُمُ الْمَالَ فَبِعَاكُمْ بِغَيْرِ كَيْدٍ وَكَرَمٍ وَإِنْ بَدَّلْتُمْ عَلَيْهِ الْمَالَ فَكُلُوا مِنْهُ لِيَسُدَّ لَكُمْ ذُرِّيَّتِكُمْ وَأَلْهَمْنَا الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: 275]، ووجه الدلالة من الآية أنها نص عام في إباحة جميع البيوع فإذا خصص منها شيء بالتحريم كان الباقي على عمومه.

3 - قول الله تعالى: ﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبُطْلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء: 29]. ووجه الدلالة من الآية أنها عامة في إباحة جميع التجارات متى وقعت برضا الطرفين، فلا يخص شيء بالتحريم إلا بدليل.

4 - قول الله تعالى: ﴿وَقَدْ فَضَّلْنَا لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ﴾ [الأنعام: 119]. ووجه الدلالة من الآية أنها عامة في الأعيان والأفعال، فإذا لم تكن العقود حراماً لم تكن فاسدة؛ لأن الفساد إنما ينشأ من التحريم، وإذا لم تكن فاسدة كانت صحيحة، فانتفاء دليل التحريم دليل على عدم التحريم فثبت بالاستصحاب العقلي، وانتفاء الدليل الشرعي عدم تحريم العقود والشروط.

5 - قول النبي ﷺ: «إِنَّ أَعْظَمَ الْمُسْلِمِينَ جُرْمًا مَنْ سَأَلَ عَنْ شَيْءٍ لَمْ يُحَرِّمْ فَحُرِّمَ مِنْ أَجْلِ مَسْأَلَتِهِ»، وهو يدل على أن الأصل في المعاملات والعقود الحل والصحة وعدم التحريم .

1 - أخرجه: ابن ماجة في "سننه": كتاب التجارات، باب بيع الخيار، برقم: 2185، وابن حبان في "صحيحه" (341/11)، والبيهقي في "السنن الكبرى" (29/6)، وقال البوصيري في "مصباح الزجاجة" (138/2): «هذا إسناد صحيح، رجاله ثقات».

2 - أخرجه: أحمد في "مسنده" (72/5)، والدارقطني في "سننه" (424/3)، والبيهقي في "السنن الكبرى" (166/6).

3 - انظر: "المبسوط" للسرخسي (92/23)، "الحاشية على رد المحتار" لابن عابدين (176/4)، "الفروق" للقرافي (145/3)، "الموافقات" للشاطبي (300-

322)، "الأم" للشافعي (3-2/3)، "الإبهاج شرح المنهاج" للسبكي (177/3)، "شرح الكوكب المنير" للفتوح (322/1)، "أعلام الموقعين" لابن القيم (424/1).

4 - انظر: "مجموع الفتاوى" لابن تيمية (138، 157/29).

6 - أن العقود من باب العادات لا العبادات، وتحريم العقود والشروط التي تجري بين الناس في معاملاتهم العادية بغير دليل شرعي تحريم لما لم يجرمه الله، بخلاف العقود التي تتضمن شرع دين لم يأذن به الله؛ فإن الله قد حرم أن يشرع من الدين ما لم يأذن به، فلا تشرع عبادة إلا بشرع الله ولا تحرم عادة إلا بتحريم الله.

القاعدة الثالثة: العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني

القصد أمر نفسي داخلي، فلا بد لدلالته على الرضا من أمر حسي خارجي ينبئ عنه ويدل عليه، والألفاظ هي الوسيلة الأصلية لإخراج الإرادة الباطنة إلى حيز الوجود الحسي، وحتى تناط الأحكام بالرضا الخفي لا بد من وجود ما يدل عليه ظاهراً وتترتب عليه آثارها، فالرضا قبل إظهاره عمل من أعمال القلب، وليس في مقدور البشر التعرف عليه وربط الأحكام به إلا إن ظهر، وظهوره يكون باللفظ وهذا هو الأساس، وينوب عنه الإشارة والكتابة والفعل عند العجز.

ولكن إذا دل ظاهر اللفظ على خلاف مقصود المتعاقدين فإنه لا يصلح اللفظ للانعقاد به إلا إذا دل على معنى العقد أي حقيقته ونوعه، فالعبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني، ولا ينظر للألفاظ التي يستعملها العاقدان حين العقد، بل إنما ينظر إلى مقاصدهم الحقيقية من الكلام الذي يلفظ به حين العقد، وأدلة هذه القاعدة:

1 - قول الله تعالى: ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دِينَ غَيْرِ مُضَكَرٍ ﴾ [النساء: 12]، ووجه الدلالة من الآية أن الله تعالى عظم شأن الوصية وقدمها على الميراث، ولكن بشرط أن لا يقصد الموصي الإضرار بالورثة، فإن قصده فللورثة إبطالها، وهذا دليل على اعتبار الشارع للقصد في العقود.

2 - قول النبي ﷺ في الحديث المشهور: «إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى»⁽¹⁾. وهذا الحديث من جوامع الكلم، وهو يدخل في غالب مسائل الفقه وأبوابه، والشافعي يرى أن «حديث النية يدخل في سبعين باباً من الفقه، وما ترك لمبطل ولا مضار ولا محتاج حجة إلى لقاء الله تعالى»، ووجه الدلالة ظاهرة من الحديث إذ لا عمل للمكلف إلا بنية، فدل على أن المعتبر في صحة العقود هو النية والقصد والمعنى وليس مجرد ظاهر اللفظ.

3 - عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «إِنَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ حَرَّمَ بَيْعَ الْخَمْرِ، وَالْمَيْتَةِ وَالْخَنْزِيرِ وَالْأَصْنَامِ»، فقيل: يا رسول الله، أَرَأَيْتَ سُحُومَ الْمَيْتَةِ، فَإِنَّهَا يُطْلَى بِهَا السَّفْنُ، وَيُدْهَنُ بِهَا الْجُلُودُ، وَيَسْتَصْبِحُ بِهَا النَّاسُ؟ فقال: «لَا، هُوَ حَرَامٌ»، ثم قال رسول الله ﷺ عند ذلك: «قَاتَلَ اللَّهُ الْيَهُودَ إِنَّ اللَّهَ لَمَّا حَرَّمَ سُحُومَهَا بَجَلُوهُ، ثُمَّ بَاعُوهُ، فَأَكَلُوا ثَمَنَهُ»⁽²⁾. ووجه الدلالة من الحديث «أن التحريم لو كان معلقاً بمجرد اللفظ وبظاهر من القول دون مراعاة المقصود للشيء المحرم ومعناه وكيفيته لم يستحقوا اللعنة لوجهين: أحدهما أن الشحم خرج بجمله على أن يكون شحماً وصار ودكاً، كما يخرج الربا بالاحتيايل فيه عن لفظ الربا إلى أن يصير بيعاً عند من يستحل ذلك... والوجه الثاني أن اليهود لم ينتفعوا ببيع الشحم وإنما انتفعوا بثمره ويلزم من راعى الصور والظواهر والألفاظ دون الحقائق والمقاصد أن يحرم ذلك، فلما لعنوا على استحلال الثمن وإن لم ينص لهم على تحريمه علم أن الواجب النظر إلى الحقيقة والمقصود لا على مجرد الصورة».

4 - عدم اعتبار الشارع للأفعال التي وقعت من غير قصد: فالأعمال الصادرة من المجنون والمعتوه والمخطئ والساهي والغافل والنائم لا يعتد بها إن كانت طاعات، ولا يعاقب عليها إن كانت معاصي، فالذي يستمع القرآن بغير قصد الاستماع لا يثاب على استماعه والسامع للمحرم من الكلام من غير قصد لا عقوبة عليه، ومن أكل أو شرب ناسياً وهو صائم فصومه صحيح، وإذا كان الناطق بكلمة الكفر مكرهاً، وقلبه مطمئن بالإيمان، لا يؤاخذ الله لقوله تعالى: ﴿إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ﴾ [النحل: 106]، فغيره من الأحكام من باب أولى.

1 - أخرجه: البخاري في "صحيحه": كتاب بدء الوحي، رقم: 1.

2 - متفق عليه: البخاري في "صحيحه": كتاب البيوع، باب بيع الميتة والأصنام، برقم: 2236. ومسلم في "صحيحه": كتاب البيوع، برقم: 4053.

5 - « أن ألفاظ العقود ما كان لها قوة إنشاء العقود إلا لأنها إخبارات عن النفس... وما يجول بها من معان، وما تنفعل به من رغبات، وما يخفي في ثاها من نيات، فلا بد إذا لصحتها من مطابقة خبرها لحقيقته، فإذا لم تكن الأخبار مطابقة للنيات والأغراض كانت أخباراً كاذبة فتنفق ما نيط بها من تكوين العقد. »

واعتبار المقاصد في العقود راجع إلى أساس إلى أن المقاصد أرواح الأعمال، والأفعال الاختيارية لا تصدر من الإنسان إلا بقصد وإرادة، وقد أخبر الرسول ﷺ أن « أصدق الأسماء حارث وهَمَّام »⁽¹⁾؛ لأنها يصدقان على كل إنسان حي فكل إنسان حارث أي كاسب عامل، وكل إنسان همَّام، أي دائم الهمَّ والإرادة لما يفعله، فالقصد إلى الفعل أمر ضروري في النفس، ولو كلف العباد أن يعملوا عملاً بغير نية فقد كلفوا ما لا يستطيعون، فمقصود العقود معانيها لا سيما إذا دلت عليها القرائن وليس مجرد الوهم والظن المجرد، فإن ألغيت كان إلغاء لما يجب اعتباره، واعتبار لما جاز إلغاؤه - أي اللفظ - فكيف نعتبر ما كان واضحاً كل الوضوح أن المراد خلافه، والقصد صادر عن النفس الإنسانية وليست الألفاظ إلا آلة له ومعبرة عنه، فإذا كانت الألفاظ فاقدة للقصد الذي أنشئ من أجلها، فقد صارت الألفاظ الذي يقوم به اللسان ضرباً من العبث والضلال .

وتفريعا على اعتبار القصد في العقود المالية دون الألفاظ أذكر جملة من تطبيقاتها:

1 - أن الشارع قد أذن بالبيع لما يترتب عليه من المصالح، وهذه المصلحة هي حاجة البائع إلى الثمن وحاجة المشتري إلى السلعة، فإذا باع شخص سلعة بعشرة إلى أجل ثم اشتراها قبل الأجل بخمسة نقداً، فكان وسيلة لسلف خمسة بعشرة إلى أجل توسلاً بإظهار صورة البيع فتحققت مفسدة وهي الإقراض بالربا، ولم تتحقق مصالح البيع، وفي هذا يقول الشاطبي: « لأن المصالح التي لأجلها شرع البيع لم يوجد منها شيء ».

2 - الهبة عقد قصد الشارع منه الإحسان إلى الموهوب له وجلب مودته، ودفع رذيلة البخل عن الواهب، فإذا وهب شخص جزءاً من ماله في آخر الحول هرباً من الزكاة ثم إذا كان في حول آخر استوهبه، فإن الهبة في هذه الحالة أدت إلى نقيض مقصود الشارع وهو منع الزكاة وكفى بها مفسدة، فالعقد في الأصل مشروع لمصلحة ولكن له مآل بخلاف ما قصد منه.

3 - الودائع المصرفية في الحسابات الجارية: وهي المبالغ التي يودعها أصحابها في البنوك بشرط أن يردوها عليهم كلما أرادوا، فيسحب أصحاب هذه الودائع ما شاءوا من نقودهم التي أودعوها، ويلتزم البنك بأدائها إليهم فور الطلب، والمعنى الذي تحقق في هذه الودائع هو أنها قروض؛ لأن المال المودع في هذه الحسابات مضمون على البنك في جميع أحواله، فيده عليها يد ضمان لا يد أمانة، وهذا إنما يتحقق في القرض لا في الوديعة التي لا تضمن إلا بالتعدي عليها أو التقصير في حفظها، والمودعون في هذه الحسابات لا يرضون بإيداع النقود في هذه الحسابات إلا إذا ضمن البنك ردها إليه، ولو علم المودع أن هذه الأموال ستكون أمانة لدى البنك، بحيث إذا سُرقت أو ضاعت دون تعدد فإن البنك لا يردّها، فإنه لن يرضى بإيداعها في ذلك الحساب.

4 - التورق المصرفي المنظم: « هو تحصيل النقد ب شراء سلعة من البنك وتوكيله في بيعها وقيدها في حساب المشتري »، حيث يقوم البنك في مرحلة أولى بشراء السلعة، ثم يبيع المصرف تلك السلعة المشتراة للعميل بثمن أجل محدد، وفي مرحلة تالية يقوم المصرف ببيع تلك السلعة التي أصبحت مملوكة للعميل إلى من يرغب شراءها نقداً، بالسعر الجاري في السوق وهو أقل من ثمنها الآجل، ثم يقبض ثمنها نيابة عنه ويودعه في حساب العميل، فهذا العقد - بما يصاحبه من تواطؤ بين العميل والمصرف - يجعله صورة من صور التحيل المحرم على الربا؛ لأن السلعة ليس مقصودة لأي منها، وإنما المقصود لها هو ما سيؤول إليه من نقود حالّة بنقود مؤجلة أكثر منها، « فهؤلاء قوم علموا فساد سلف جر منفعة، وما ينخرط في سلكه من الغرر والربا، فتحيلوا على جوازه بأن جعلوا سلعة حتى تظهر فيها صورة الحل، ومقاصدهم التوصل إلى الحرام. »

1 - أخرجه: أحمد في "المسند" (345/4)، وأبو داود في "سننه": كتاب الأدب، باب في تغيير الأسماء، برقم: 4952. والبيهقي في "السنن الكبرى" (514/9).

القاعدة الرابعة: فقه المعاملات مبني التحليل ومراعاة المصالح

الإنسان اجتماعي بطبعه، ولا يمكن أن يستقل بإقامة مصالح نفسه في دنياه إلا بالاستعانة ببني جنسه؛ لأجل ذلك كانت المعاملات المالية من أعظم السبل التي يحتاجها الناس لإصلاح أمر دينهم، ولا يتم هذا الصلاح إلا بمراعاة مقاصد الشريعة الإسلامية؛ لأن المعاملات المالية من جملة العادات المتعارف عليها بين الناس منذ أقدم العصور، والأصل في العادات الالتفات إلى المعاني، ولهذا نجد الشارع توسع في بيان العلل والحكم في تشريع باب العادات، فيفهم من ذلك أن الشارع قصد فيها اتباع المقاصد والمعاني، لا الوقوف مع النصوص والمباني، بخلاف باب العبادات، فإن المعلوم فيه خلاف ذلك، وقد توسع في هذا القسم الإمام مالك رحمه الله، حتى قال فيه بقاعدة المصالح المرسلة، وقال فيه بالاستحسان وسد الذرائع وغيرها من الأدلة المصلحية.

وتحديد مقصد النصوص الشرعية في مجال المعاملات المالية هو جزء لا يتجزأ من معرفة معانيها وأحكامها وما ينبني عليها، ومن أخطأ في معرفة المقصد أخطأ في استنباط الحكم، ولا يستقيم أن يعتبر الشارع الحكيم هذه المقاصد في تنزيل الأحكام في القرآن، وما ورد من بيانها وشرحها في السنة، ثم يأتي من تبوأ منزلة الموقّع عن رب العالمين، فيجتهد في بيان أحكام الشريعة والنوازل العظيمة للمستفتين والسائلين، متجاهلاً مقاصد الشريعة في الفقه عامة وفي المعاملات المالية خاصة.

ومن استقرأ النصوص الشرعية في مجال المعاملات، يجد المقاصد ظاهرة في أحكامها تنصيها واستنباطا، فكان لا بد من اعتبارها في فهمها لينبني عليه فقه متجدد وأحكام مصلحية تتعدى الجمود على المنقولات، « فلا بد للفقهاء أن تكون معه أصول كلية يرد إليها الجزئيات ليتكلم بعلم وعدل، ثم يعرف الجزئيات كيف وقعت، وإلا فيبقى في كذب وجهل في الجزئيات وجهل وظلم في الكليات فيتولد فساد عظيم ». وقد دلت جملة من نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية على مراعاة الشارع الحكيم جملة من المقاصد في تشريعه وبيانه لأحكام تصرفات الناس في معاملاتهم المالية، بحيث يمكن تلخيصها في خمسة مقاصد:

أولاً: مقصد حفظ المال: ويظهر ذلك جلياً فيما يأتي:

1 - حث الشارع على استثمار المال وتنميته بالطرق المشروعة كالتجارة، والمضاربة، والمشاركة والمرابحة ونحو ذلك؛ ولأجل ذلك شرع الاتجار في أموال اليتامى وتنميتها فقال النبي ﷺ: « اتَّجَرُوا فِي أَمْوَالِ الْيَتَامَى لَا تَأْكُلْهَا الزَّكَاةُ »⁽¹⁾.

2 - تحريم الاعتداء على الأموال، فقال الله تعالى: ﴿ إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا ﴾ [النساء: 10]، وقال النبي ﷺ: « كُلُّ الْمُسْلِمِ عَلَى الْمُسْلِمِ حَرَامٌ دَمُهُ وَمَالُهُ وَعِرْضُهُ »⁽²⁾، ومن اعتدى على مال غيره فأتلفه لزمه بدله لقوله تعالى: ﴿ فَمَنْ أَعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَى عَلَيْكُمْ ﴾ [البقرة: 194]، وفي لزوم الضمان على المتلف لمال غيره صَاحِبُ مِنَ التَّعْدِي عَلَى الْأَمْوَالِ وَالِاسْتِهَانَةَ بِهَا؛ لأن ذلك يدعو إلى التحرز والعناية، والحفظ، والانتباه وعدم الغفلة عنها فتحفظ بذلك الأموال من الضياع.

ثانياً: مقصد دفع الضرر

إذا كان للمالك ولاية التصرف واستعمال ملكه في الأغراض المشروعة، فإن الشريعة قد قيدت هذا الاستعمال بأن لا يكون ضاراً بغيره؛ لهما في الضرر من الاعتداء المنهي عنه بقوله تعالى: ﴿ وَلَا تَعْدُوا إِلَيْكُمْ اللَّهُ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ ﴾ [البقرة: 190]، وقول النبي ﷺ: « لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ »⁽³⁾، فالملكية ما شرعت لتكون وسيلة في يد المالك للإضرار بالآخرين، بل الأصل فيها أن تستعمل لتحقيق مصالح الناس وعدم الإضرار بهم، وفي هذا المعنى يقول الشاطبي: « كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة، وكل

1 - أخرجه: مالك بلاغا عن عمر بن الخطاب في "الموطأ": كتاب الزكاة، باب زكاة أموال اليتامى، والاتجار لهم فيها، (242/1)، والطبراني في "المعجم الأوسط" (264/4) عن أنس بن مالك، والدارقطني في "سننه" (5/3) عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده.

2 - أخرجه: مسلم في "صحيحه": كتاب الآداب، باب كل المسلم على المسلم حرام، رقم: 6633.

3 - أخرجه: مالك في "الموطأ": كتاب الأفضية، باب الأفضية في المرفق، (290/2)، وأحمد في "المسند" (313/1)، وابن ماجه في "سننه": كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، برقم: 2340، والحاكم في "المستدرک" كتاب البيوع، برقم: 2345، وقال: « صحيح الإسناد على شرط مسلم ولم يخرجاه » ووافقه الذهبي.

من ناقضها فعمله في المناقضة باطل فمن ابتغى في التكاليف ما لم تشرع له فعمله باطل»، فإذا استعمل صاحب الحق حقه وقصد من هذا الاستعمال تحقيق أغراض غير مشروعة كالإضرار بالغير، فإن هذا الاستعمال غير مشروع؛ لأن الأمور بمقاصدها.

وقد روى أنس بن مالك رضي الله عنه أن السَّعْرَ غَلا على عهد النبي صلى الله عليه وسلم فقالوا: يا رسول الله لو سَعَرْتَ لنا، فقال صلى الله عليه وسلم: «إِنَّ اللَّهَ هُوَ الْمُسَعِّرُ الْقَابِضُ الْبَاسِطُ الرَّازِقُ، وَإِنِّي لَأَرْجُو أَنْ أَلْقَى اللَّهَ وَلَيْسَ أَحَدٌ مِنْكُمْ يُطَالِبُنِي بِمَظْلَمَةٍ فِي دَمٍ وَلَا مَالٍ»⁽¹⁾.

« فإذا كان الناس يبيعون سلعهم على الوجه المعروف من غير ظلم منهم، وقد ارتفع السعر إما لقلّة الشيء المعروف، وإما لكثرة الخلق، فهذا إلى الله، فالزام الناس أن يبيعوا بقيمة بعينها إكراه بغير حق، وأما أن يمتنع أرباب السلع من بيعها مع ضرورة الناس إليها إلا بزيادة على القيمة المعروفة، فهنا يجب عليهم بيعها بقيمة المثل، ولا معنى للتسعير إلا إلزامهم بقيمة المثل، والتسعير هنا إلزام بالعدل الذي ألزمهم الله به ».

ثالثاً: مقصد العدل

إن مقصد العدل ليس خاصاً بمجال المعاملات المالية، بل هو أساس الشريعة كلها، فقال الله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَىٰ﴾ [النحل: 90]، والأمر بالعدل يستلزم النهي عن الظلم، فقال تعالى: ﴿وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ الظَّالِمِينَ﴾ [آل عمران: 57]، فبالعدل تعمّر الأوطان وتنمو الأموال وتأمين الرعية على حقوقها، ولا شيء أسرع في خراب العمران ولا أفسد لضمائر الخلق من الجور، ولأجل ذلك فقد وردت جملة من الأحكام في القرآن الكريم والسنة النبوية تضمنت إرساء قواعد العدالة في المعاملات المالية، فمن ذلك:

1 - تحريم الربا: قال الله تعالى: ﴿يَتَّذِرُ الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ﴾ فَإِن لَّمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾ [البقرة: 278-279]، فبين الله تعالى أن المقصد الشرعي من منع الربا هو نفي الظلم وبطريق اللزوم تحقيق ضده وهو العدل، وبيان وجه الظلم في التعامل الربوي، يقتضي أن نلاحظ فيه حالتين:

الحالة الأولى: القرض للحاجة، كالذي يقتضى لضرورات المعيشة من غذاء وكساء ودواء وسكن، فقد دعاه ضعفه المالي إلى القرض، ولما كان الإسلام نظام إخاء وتعاون فقد أوجب على الإنسان أن يعين أخاه، وإن عسر عليه الوفاء فوجب انتظاره لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَتْ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: 280].

الحالة الثانية: القرض الاستثماري، بأن يأخذ المستقرض ليعمل به ويربح، فمن الظلم أن يحافظ المرابي على رأس ماله ويربح، ويبقى شريكه المستثمر الذي عمل واجتهد بلا ربح؟! بل ربما يخسر فيقع في أداء الدين، وأداء الربا عليه وتعويض خسارته، فالمستثمر خسر - جهده كله وأدى لصاحب المال ماله كاملاً، فلم يخسر صاحب المال، لكن فاته الربح فقط، فمقتضى العدل أن يتقاسم المسؤولية بالسوية، فيربح هذا عن ماله، وهذا عن جهده، أو يخسر هذا جهده ويخسر الآخر من ماله، وهو ما يسمى في الإسلام بالمضاربة.

رابعاً: مقصد الائتلاف والتعاون

لقد وردت آيات كثيرة في القرآن الكريم داعية إلى تحقيق الجماعة والائتلاف والتعاون، ونفي ما يضاد ذلك من التنازع والاختلاف والخصام، وبناء المعاملات بين الناس على أساس الحب والتراحم والتكافل، فمن ذلك قوله تعالى: ﴿وَأَعْتَصِمُوا بِحَبْلِ اللَّهِ جَمِيعًا وَلَا تَفَرَّقُوا وَاذْكُرُوا نِعْمَتَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ إِذْ كُنْتُمْ أَعْدَاءً فَأَلَّفَ بَيْنَ قُلُوبِكُمْ فَأَصْبَحْتُمْ بِنِعْمَتِهِ إِخْوَانًا﴾ [آل عمران: 103]، ومراعاة لهذا المقصد حرم الشارع الميسر فقال الله تعالى: ﴿إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُوقِعَ بَيْنَكُمُ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ فِي الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ وَعَنِ الصَّلَاةِ فَهَلْ أَنْتُمْ مُنْهَوْنَ﴾ [المائدة: 91]، فالميسر يوقع بنص القرآن الكريم العداوة والبغضاء بين الناس، ومعابنة ذلك ظاهرة غير خفي أمرها؛ لأن المتخاطبين في

1 - أخرجه: أبو داود في "سننه": كتاب الإجارة، باب في التسعير، برقم: 3453، والترمذي في "جامعه": أبواب البيوع، باب ما جاء في التسعير، برقم: 1314، وقال: «حديث

المغالبات لا بد أن يغلب أحدهما الآخر ويغبنه، فإن سكت المغبون سكت على غيظ وخيبة، وإن خاصم فقد خاصم فيما التزمه بنفسه، واقتحم فيه بقصده، والغابن يستلذُّه، ويدعوه قليلاً إلى كثيره، ولا يدعه حرصه أن يُقلع عنه، وعمّا قليل تكون السُّرَّة عليه، وفي الاعتياد بذلك إفساد للأموال ومناقشات طويلة وخصومات مستديمة.

وأما في السنة فقد روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر⁽¹⁾، و« أصل الغرر هو ما طُوي عنك علمه وخفي عليك باطنه وسرّه... وكل بيع كان المقصود منه مجهولاً غير معلوم ومعجزاً عنه غير مقدور عليه فهو غرر، وذلك مثل: أن يبيعه سمكاً في الماء أو طيراً في الهواء أو لؤلؤة في البحر... في نحوها من الأمور التي لا تعلم ولا يدري هل تكون أم لا فإن البيع فيها مفسوخ، وإنما نهى ﷺ عن هذه البيوع تحصيلنا للأموال أن تضعيق وقطعاً للخصومة والنزاع أن يقعا بين الناس فيها».

خامساً: مقصد التيسير ورفع الحرج

تضافرت نصوص القرآن والسنة في الدلالة على رفع الحرج عن المكلفين والتيسير عليهم، فمن القرآن: قوله تعالى: ﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ مِّلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَاهِيمَ ۗ ﴾ [الحج: 78]، وقوله تعالى: ﴿ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ ۗ ﴾ [البقرة: 185]، وقوله تعالى: ﴿ لَا يَكْلِفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا ﴾ [البقرة: 286]، ومن السنة: وصية النبي ﷺ لأبي موسى الأشعري ومعاذ بن جبل رضي الله عنهما إلى اليمن: « يَسْرًا وَلَا تَعْسَرًا، وَبَشْرًا وَلَا تَنْفَرًا »⁽²⁾، وقوله ﷺ: « إِنَّ الدِّينَ يُسْرٌ، وَلَنْ يُشَادَّ الدِّينَ أَحَدٌ إِلَّا غَلَبَهُ »⁽³⁾، وكان النبي ﷺ ما خيّر بين أمرين إلا اختار أيسرهما ما لم يكن إثماً، ورفع الحرج في المعاملات المالية يظهر جلياً في العقود التي لم تتوفر فيها الشروط العامة لانعقاد العقد وصحته، ولكن جرت بها معاملات الناس وصارت من حاجاتهم، فأباح الشارع التعامل بها استثناءً، فمن ذلك:

1 - إباحة القرض مع أنه ربا في الأصل؛ لأنه دراهم بدراهم إلى أجل، ولكنه أبيع لما فيه من الرفق والتوسعة على المحتاجين، بحيث لو بقي على أصل المنع لكان في ذلك ضيق على المكلفين.

2 - ورخص في المضاربة مع أنها استثمار بربح مجهول، ولكن شرعها الإسلام وأباحها تيسيراً على الناس، فقد يكون بعضاً منهم مالكاً للمال ولكنه غير قادر على استثماره، وقد يكون هناك من لا يملك المال، ولكنه يملك القدرة على استثماره، فأجاز الشرع هذه المعاملة لينتفع كل واحد منهما، فرب المال ينتفع بخبرة المضارب، والمضارب ينتفع بالمال، ويتحقق بهذا تعاون المال والعمل، والله ما شرع العقود إلا لتحقيق المصالح ودفع الحوائج.

3 - إباحة الغرر اليسير: فقد صح عن النبي ﷺ النهي عن بيع الغرر، غير أن نفي الغرر جملة في العقود لا يقدر عليه، وهو يضيق أبواب المعاملات، فوجب أن يسامح في بعض أنواع الغرر التي لا ينفك عنها البيع غالباً: إذ لو طلب من المكلف الانفكاك عنها لشق عليه ذلك، ومن تطبيقات هذا الأصل إجازة المالكية بيع الجوز واللوز في قشرهما؛ لأن الناس من الحاجة إلى بيع ذلك رطباً، إذ ليس كل أحد يمكنه تحفيفه، وفي نزع قشره إفساد له، ومثل هذا لا يصح فيه القول بالمنع لما فيها من الغرر؛ لأنه يؤدي إلى التضيق والحرج والمشقة الشديدة.

القاعدة الخامسة: أصول المعاملات المحرمة

إن معرفة أصول المعاملات المحرمة وجعلها معياراً في معرفة أحكام المسائل المعاصرة، أسهل طريق وأيسر سبيل لتنمية المملكة الفقهية، وهي تجري في تناسق مع أصل الإباحة واعتبار المقاصد والمعاني، حيث لا يكلف الفقيه نفسه إلا الاجتهاد في تحقيق مناهج التحريم في المسائل العارضة، فإذا عدما أرجع المسألة إلى أصلها وهو الإباحة.

وإن من أهم أسباب صعوبة فقه المعاملات المالية هو بناؤها على الصور والأشكال من خلال حفظ الفروع الكثيرة وعدم ردها إلى أصولها التي بنيت عليها، والغفلة عن العلة التي تحكمها، فمن ضبط الأصول سهل عليه تخريج الفروع، ولا سبيل إلى ضبطها إلا برسوخ

1 - أخرجه: مسلم في "صحيحه": كتاب البيوع، باب النهي عن بيع الحصة وعن بيع الغرر، برقم: 3800.

2 - متفق عليه: البخاري في "صحيحه": كتاب الأدب، باب قول النبي ﷺ: «يسروا ولا تعسروا»، برقم: 6124. ومسلم في "صحيحه": كتاب المغازي، باب بشروا ولا

تنفروا، برقم: 4547.

3 - أخرجه: البخاري في "صحيحه": كتاب الإيمان، باب الدين يسر، برقم: 39.

معانيها وعللها في نفسه، وعند ذلك سيرى طالب العلم أن فقه المعاملات أكثر وضوحاً، ولا تكاد تعرض إليه مسألة إلا وهو قادر على معرفة حكمها، ويؤكد ذلك قول الخليفة الراشد عمر بن الخطاب رضي الله عنه: «لَا يَبِيعُ فِي سُوْقِنَا إِلَّا مَنْ قَدْ تَفَقَّهَ فِي الدِّينِ»⁽¹⁾، والتفقه المقصود هو الملكة التي تحمل صاحبها على التمييز بين الحلال والحرام في المعاملات المالية، ولو أراد المرء تحصيل ذلك بحفظ الفروع لمكث سنوات كثيرة دون أن يبلغ مراده.

ومن تتبع علل التحريم في المعاملات المحرمة وجدها ترجع في مجملها إلى ثلاثة أمور، وهي: الربا، والضرر، والغرر، والجامع لها هو معنى الظلم، وهذه الأصول المحرمة تضاد مقاصد المعاملات المذكورة آنفاً، ويلزم من ذلك أن كل معاملة مضادة لمقصود الشارع فهي محرمة، وأن كل معاملة موافقة لمقصود الشارع فهي مباحة .

وهذه الأصول متفق عليها عند الفقهاء، ولكن يرجع الخلاف بينهم إلى تحقيق وجودها في آحاد الصور والمسائل في المعاملات المالية، فمن يشتها يقول بالتحريم، ومن ينفيها يرجع إلى أصل الإباحة، وتوضيح ذلك في المسائل الآتية:

1 - اجتماع عقدين في عقد واحد:

عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال: « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صفتين في صفقة واحدة »⁽²⁾، وقال في تفسيرها: « أن يقول هو بالنسيئة بكذا وكذا، وبالنقد بكذا وكذا »⁽³⁾.

وفي معنى ما سبق حديث « لا يحل بيعٌ وسلفٌ »⁽⁴⁾، وحديث « النهي عن بيعتين في بيعة »⁽⁵⁾.

فظاهر الأحاديث يوحى بمنع كل عقد مركب من عقدين، وليس الأمر كذلك، وإنما المراد كل عقدين جائزين ولكن اتُّخذ الجمع بينهما ذريعة إلى الربا المحرم، ولهذا قال ابن القيم عن أحاديث النهي بأنها « أصل من أصول المعاملات، وهو نص في تحريم الحيل الربوية...؛ لأنه إذا أقرضه مائة إلى سنة، ثم باعه ما يساوي خمسين بهائة فقد جعل البيع ذريعة إلى الزيادة في القرض الذي موجه رد المثل، ولولا هذا البيع لما أقرضه، ولولا عقد القرض لما اشترى ذلك ... »، ويلحق في الحرمة بما سبق كل عقد من عقود المعاوضات المالية كالإجارة إذا اقترن بالسلف، بأن يجمعها عقد واحد يتخذ ذريعة إلى الربا المحرم.

2 - حكم الوعد من جهة الإلزام:

المواعدة تختلف عن العقد الذي هو إنشاء للالتزام في الحال في حين أن المواعدة عبارة عن وعد بين طرفين بإنشاء العقد في المستقبل، وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى عدم إلزامية الوعد، وهو مذهب الحنفية والشافعية والحنابلة وابن حزم، وهو قول المالكية؛ لأن الوعد تفضل وإحسان ويقول الله تعالى: ﴿ مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ ﴾ [التوبة: 91].

وخالف المالكية في مشهور مذهبهم فقالوا بأن الوعد ملزم قضاء وديانة إذا كان مرتبطاً بسبب، ودخل الموعود في السبب، قال سحنون: « الذي يلزم من الوعد قوله: اهدم دارك وأنا أسلفك ما تبني به، أو اخرج إلى الحج وأنا أسلفك، أو اشتر سلعة، أو تزوج امرأة وأنا أسلفك؛ لأنك أخلفته بوعدك في ذلك، أما مجرد الوعد فلا يلزم به، بل الوفاء به من مكارم الأخلاق » .

وهذا القول هو المتوافق مع مقاصد الشريعة، وشواهد الكتاب والسنة القاضية بوجوب الوفاء بالعهود والوعد والعقود، وأن مخالفة الوعد من علامات النفاق، فالواعد ملزم بالوفاء ديانة تحقيقاً للصدق، وعدم الإضرار بالخلف، ولذلك يُشكّل مذهب من يوجب الوفاء ديانة لا قضاء، إذ كيف «يمكن أن يقال: يحرم الإخلاف، ولا يجب الوفاء، أي يأثم بالإخلاف وإن كان لا يلزم بوفاء ذلك» .

1 - أخرجه: الترمذي في "جامعه": كتاب الوتر، باب ماجاء في فضل الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم، برقم: 487.

2 - أخرجه: أحمد في "المسند" (398/1).

3 - أخرجه: عبد الرزاق في "مصنفه" (138/8).

4 - أخرجه: أحمد في "المسند" (178/2)، والنسائي في "سننه": كتاب البيوع، باب بيع ما ليس عند البائع، برقم: 4611؛ والترمذي في "جامعه": كتاب البيوع، باب ما

جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، برقم: 1234، وقال: "حديث حسن صحيح".

5 - أخرجه: أحمد في "المسند" (475/2)، والترمذي في "جامعه": كتاب البيوع، باب ما جاء في النهي عن بيعتين في بيعة، برقم: 1231.

3 - البيع المعلق على شرط:

وصورة المسألة: أن يقول البائع: بعثك إن جئتني بكذا، أو إن رضي فلان؛ أي: يكون البيع معلقاً لا منجزاً في الحال، وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى منعه؛ لأن البيع المعلق فيه تمليك المال على المخاطرة، فالشرط قد يوجد و قد لا يوجد وهذا غرر لا يجوز؛ لأن الغرر هو الجهل بوجود الشيء أو بمقداره أو بعدم القدرة على تسليمه، وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر⁽¹⁾. وفي رواية عند الحنابلة أن البيع المعلق على شرط جائز؛ ووجه ذلك أنه قد ثبتت مشروعية شرط الخيار، وصح تأجيل الثمن أو المبيع في العقد، والوصية موقوفة على وفاة الموصي، وكلها تمنع الانتقال في الحال، وهذا في الحقيقة تعليق للعقد على أمر مجهول التحقيق، كما أن مبنى العقد على رضا المتعاقدين بما يحقق مصلحتهما، وهذا متحقق هنا بلا ضرر ولا غرر.

1 - أخرجه: مسلم في "صحيحه": كتاب البيوع، باب النهي عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر، برقم: 3800.

المبحث الأول: بيع المرابحة للأمر بالشراء

المرابحة للأمر بالشراء هي إحدى صيغ التوظيف التي تستأثر بجانب رئيسي من التمويل الذي تقدمه البنوك الإسلامية في الوقت الحالي، وقد ثارت حولها - وما زالت - كثير من التساؤلات المتعلقة بشرعية العقد ذاته، ومدى شرعية إلزام المشتري بوعده بالشراء ومن ثم جواز إلزامه بالتعويض في حالة تحمل البنك لأية خسائر قد تنتج عن عدم التزام المشتري بوعده، وفي المطالب الآتية بيان لأهم تلك الإشكالات وما دار حولها من مناقشات.

المطلب الأول: تعريف المرابحة للأمر بالشراء

المرابحة لغة: هي مفاعلة من الربح، وهو النماء في التجار.

وعُرفت المرابحة عند الفقهاء الأقدمين على أنها من أنواع بيع الأمانة، وصورتها: « أن يعرّف صاحب السلعة المشتري بكم اشتراها، ويأخذ منه ربحاً إما على الجملة مثل أن يقول اشتريتها بعشرة وتربحني ديناراً أو دينارين، وإما على التفصيل وهو أن يقول تربحني درهما لكل دينار أو غير ذلك»، أو نقول في تعريفها بأنها: « بيع السلعة بالثمن المشتراة به مع زيادة ربح معلوم».

وقد اتفق الفقهاء في الجملة على مشروعية هذا البيع إذا كان الثمن الأول والربح معلومين، ولم تكن هناك خيانة، ويكون الربح للبائع في مقابل خبرته وجهده ووقته ومخاطرته؛ والحاجة ماسة إلى بيه المرابحة؛ لأن لذي لا يهتدي في التجارة يحتاج إلى أن يعتمد فعل الذكي المهتدي وتطيب نفسه بمثل ما اشترى وبزيادة ربح، ولهذا كان مبناه على الأمانة والاحتراز عن الخيانة، فمتى توافرت في هذا العقد شروط الجواز الشرعية كان صحيحاً، لقول الله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ [النساء: 29]، وطرداً لقاعدة الشريعة من أن الأصل في المعاملات الجواز والحل حتى يقوم دليل على المنع.

ونظراً للتغيرات التي طرأت على الحياة المعاصرة فقد سارعت المصارف الإسلامية إلى تطوير هذا البيع، واعتبرته بديلاً شرعياً لما تقوم به البنوك الربوية، وسُمّته ببيع المرابحة للأمر بالشراء، وصورته الحديثة هو أن يرغب شخص في شراء سلعة معينة، فيطلب من المصرف الإسلامي أن يشتري تلك السلعة بعقد منفصل، فإذا تحقق له قبضها وكانت تحت ضمانه يقوم عند ذلك بعرضها على الأمر بالشراء ويتم بيعها بالثمن الذي اشتراها به مع زيادة ربح معلوم، وغالباً ما يتم دفع ثمن السلعة من طرف الأمر بالشراء مؤجلاً لأجل محدد.

« فالطبيب الذي يحتاج إلى جهاز خاص بتخطيط القلب مثلاً يحدد هو مواصفات الجهاز الذي يريده وقد يحدد كذلك اسم الشركة الصانعة ويقوم بالاتصال معها لمعرفة السعر وموعد التسليم وإمكانية إضافة المزايا التي يجذب وجودها في الجهاز، فإذا تم له ذلك فإنه يأتي إلى الشخص أو المصرف الذي يملك القدرة على شراء مثل هذا الجهاز طالباً منه أن يشتريه على أساس الوعد منه بشراء الجهاز المطلوب بسعر التكلفة (رأس المال + المصاريف) بالإضافة إلى ربح محدد سلفاً».

وعليه يمكن تلخيص الخطوات التي يتم بها بيع المرابحة للأمر بالشراء وفق الترتيب الآتي:

- 1- تقدم العميل وطلبه من المصرف شراء سلعة موصوفة.
 - 2- قبول المصرف شراء السلعة وتوفيرها للعميل.
 - 3- وعد العميل بشراء السلعة الموصوفة من المصرف بعد تملكه لها.
 - 4- وعد المصرف ببيع السلعة الموصوفة للعميل.
 - 5- شراء المصرف السلعة الموصوفة نقداً.
 - 6- بيع المصرف للسلعة الموصوفة على العميل بأجل مع زيادة ربح متفق عليه مسبقاً.
- كما يمكن تلخيص هذه الخطوات في مرحلتين:

المرحلة الأولى: وهي مرحلة المواعدة، فعندما يتقدم العميل إلى البنك طالبا منه شراء سلعة معينة أو موصوفة ليست عند البنك، يعده البنك بأنه سيشتري السلعة التي يطلبها العميل ويبيعها له، ويعد العميل البنك بأنه سيشتريها منه عندما يقدمها له، ويحددان في هذه المرحلة ثمن الشراء والربح، وطريقة الدفع، وهو مؤجل غالبا، وتطلب بعض البنوك دفع عربون في هذه المرحلة،

المرحلة الثانية: وهي مرحلة إبرام العقد، وتبدأ بعد شراء البنك البضاعة وتسلمها وعرضها على العميل وقبوله، وعندئذ تتم كتابة عقد البيع وتوقيع من الطرفين .

فلاحظ أن هذه العملية مركبة من وعدين: وعد بالشراء من العميل الذي يطلق عليه "الآمر بالشراء"، ووعد من المصرف بالبيع بطريقة "المرابحة"، أي بزيادة ربح معين المقدار أو النسبة على الثمن الأول، ولأجل ذلك لُقِّبَت باسم "بيع المواعدة" أو "مواعدة على المرابحة"؛ لأنها في جميع صورها مبنية على الوعد ملتزما به كان أو غير ملتزم به كما سيأتي بيانه.

وهذا يتبين أن بيع "المرابحة للآمر بالشراء" أو "الواعد بالشراء" فرع عن المرابحة الفقهية القديمة، فتشاركها في لفظها غير أنّها تفرقها في جملة أمور:

- 1 - البائع في المرابحة العادية يملك السلعة التي يبيعها وقت طلبها وحال التفاوض عليها، في حين أن البائع في المرابحة للآمر بالشراء لا يلزمه أن يكون مالكا للسلعة وقت طلبها.
- 2 - أن ربح البائع في المرابحة العادية يكون مقابل الجهد والمخاطرة، والغالب في المرابحة للآمر بالشراء أن يكون ربحه مضمون مقابل التأجيل .
- 3 - العرض في المرابحة العادية يسبق الطلب، ولكن في المرابحة للآمر بالشراء يسبق الطلب العرض .
- 4 - الغالب أن الثمن في المرابحة يكون حاضرا، وأما في المرابحة للآمر بالشراء فيكون مؤجلا، ولو كان حاضرا لا تشتري الأمر السلعة بدون واسطة .

وقد اعتبرت "المرابحة للآمر بالشراء" العمود الفقري للأعمال المصرفية في البنوك الإسلامية المعاصرة فسميت أيضا بالمرابحة المصرفية؛ واعتمادها أساسا يرجع إلى تلبية حاجات التمويل العاجل والذي عليه طلب متزايد، أضف إلى قدرة البنوك على تطبيقها بطريقة تكاد تحميها من كل احتمالات التعرض لأي خسارة، فالمرابحة المصرفية نوع من الاستثمار الذي يغلب عليه عنصر البعد عن مسببات الخسارة التي قد تنتج من جراء الإقدام على شراء سلع يصيبها الكساد أو التلف أو يزيد في كلفتها التخزين والحراسة، وإذا كان هذا شأنها أفلحقتها بالبيع في أصل الجواز أم بالربا لانتفاء المخاطرة؟ وهل هي بيع حقيقي أم بيع صوري؟ وهل المرابحة المصرفية أقرب إلى البيع أم هي أقرب إلى القرض بزيادة؟

المطلب الثاني: حكم المرابحة للآمر بالشراء

المرابحة للآمر بالشراء معاملة ذكرها الفقهاء المتقدمون، وإن لم تسمى بهذا الاسم، فهي ليست معاملة محدثة كما ظنها بعض الفقهاء المعاصرين، وهذا العقد يتم على طريقتين:

الطريقة الأولى: أن يكون الوعد غير ملزم

فإذا اشترى البنك السلعة ودخلت في ملكه وضمّانته، لم يلزم الأمر بشرائها وخيّرته بين شرائها أو تركها، وقد اختلف في حكم المرابحة بهذه الطريقة على قولين:

القول الأول: أنها جائزة، وهو مذهب الحنفية والشافعية والحنابلة، ومن جملة أقوالهم في ذلك:

❦ قال الإمام محمد بن الحسن الشيباني: « قلت: رأيت رجلاً أمر رجلاً أن يشتري داراً بألف درهم، وأخبره أنه إن فعل، اشتراها الأمر بألف درهم، ومائة درهم، فأراد المأمور شراء الدار، ثم خاف إن اشتراها، أن يبدو للآمر فلا يأخذها، فتبقي في يد المأمور، كيف الحيلة في ذلك؟

قال: يشتري المأمور الدار على أنه بالخيار فيها ثلاثة أيام، ويقضيها، ويجيب الأمر، ويبدأ فيقول: قد أخذت منك هذه الدار بألف ومائة درهم، فيقول المأمور: هي لك بذلك، فيكون ذلك للأمر لازماً، ويكون استيجاباً من المأمور للمشتري، أي ولا يقل المأمور مبتدئاً: بعثك إياها بألف ومائة؛ لأن خياره يسقط بذلك، فيفقد حقه في إعادة البيت إلى بائعه، وإن لم يرغب الأمر في شرائها تمكن المأمور من ردها بشرط الخيار، فيدفع عنه الضرر بذلك».

فظهر من كلامه أن إرشاده المأمور إلى استعمال خيار الشرط يدل على أنه يرى أن إلزام الأمر بالشراء غير جائز؛ لأنه لو كان جائزاً لم تكن هناك حاجة إلى الحيلة.

✽ وقال الإمام الشافعي: « إذا أرى الرجل الرجل السلعة، فقال: اشتر هذه، وأربحك فيها كذا، فاشترها الرجل، فالشراء جائز، والذي قال: أربحك فيها بالخيار، إن شاء أحدث فيها بيعاً، وإن شاء تركه ... فإن جدده جاز، وإن تبايعا به على أن ألزما أنفسهما الأمر الأول فهو مفسوخ».

✽ وقال ابن القيم: « رجل قال لغيره اشتر هذه الدار أو هذه السلعة من فلان بكذا وكذا وأنا أربحك فيها كذا وكذا فخاف إن اشترها أن يبدو للأمر فلا يريدتها ولا يتمكن من الرد فالحيلة أن يشتريها على انه بالخيار ثلاثة أيام أو أكثر ثم يقول للأمر قد اشتريتها بما ذكرت فإن أخذها منه وإلا تمكن من ردها على البائع بالخيار فإن لم يشتريها الأمر إلا بالخيار فالحيلة أن يشترط له خياراً أنقص من مدة الخيار التي اشترطها هو على البائع ليتسع له زمن الرد إن ردت عليه».

وترجع أدلتهم على جواز المرابحة غير الملزمة إلى :

1 - أن البائع قد باع ما يملك؛ لأن العقد لم ينعقد إلا بعد تملك المصرف للبضاعة، وكان الإيجاب والقبول بعد تملك البضاعة حقيقةً، وليس صورياً.

2 - أن المصرف قد ربح فيما كان عليه ضمانه؛ لأن السلعة إذا هلكت فقد هلكت على ملك البائع (المصرف).

القول الثاني: أنها محرمة إذا ذكر مقدار الربح، وهو مذهب المالكية، واختيار ابن تيمية.

حيث جاء في "الشرح الكبير": « ويكره أن يقول شخص لبعض أهل العينة إذا مرت عليك السلعة الفلانية فاشترها، ويومئ لتربيحه ... فإن صرح بقدر الزيادة حرم ... »، ومعلوم أن التفاوض بين البنك والمشتري في بيع المرابحة يدور على نسبة الربح، مما يعني ضرورة كشف البائع للمشتري عن ثمن شرائه أو أي تكاليف أخرى مثل النقل والتخزين إن وجدت.

ووجه قول المالكية راجع إلى أصلهم الذي اشتهروا به وهو "سد الذرائع"، والمرابحة بهذه الصورة هي حيلة في بيع دراهم بدارهم أكثر منها إلى أجل، بينها سلعة محللة.

ومنهم من جعلها من بيع العينة المحرم، ففي "الشرح الصغير" للدردير: « العينة: وهي بيع - من طلبت منه سلعة للشراء وليست عنده، لطلبها بعد شرائها - جائزة، إلا أن يقول الطالب: اشترها بعشرة نقداً، وأنا آخذها منك باثني عشر إلى أجل، فيمنعه لها فيه من تهمة (سلف جر نفعاً)؛ لأنه كأنه سلفه ثمن السلعة يأخذ عنها بعد الأجل اثني عشر».

فظهر من ذلك أن علة التحريم إلى كون هذه المعاملة ذريعة إلى الربا، فهي ليست ربا صريحاً، ولكنها ربا مغلف بصورة عقد ليس بمقصود؛ فإن البائع لم يقصد الشراء لنفسه من الأصل، إنما قصد الشراء لك، فيكون كالذي أقرضك القيمة بزيادة، وهذا هو الربا بعينه. والمخرج الشرعي في مثل هذه الحالة أن تقصد من يملك السلعة فيبيعك بالتقسيط إلى أجل وتأتيه بكفيل يغرم الثمن عند حلول الأجل، أو رهن السلعة عنده حتى تنقده جميع الثمن.

الطريقة الثانية: أن يكون الوعد ملزماً

"المرابحة الملزمة" هي الغالبة في تصرفات المصارف الإسلامية، وهو ما يوحي إليه لفظ "الأمر بالشراء" الذي يفيد أن العميل ملتزم بأمره، والمصرف ملتزم بتنفيذ أمر العميل، والإلزام بالوعد تارة يكون بلزوم البيع، وتارة يكون بتحمل الخسارة التي لحقت بالبنك

بسبب نكول الأمر بالشراء عندما يبيع البنك سلعته على عميل آخر ويتعرض لخسارة حقيقية، فتتام العقد يحصل تحت ضغط الإلزام، والمساءلة القضائية، فلا يتحقق شرط الرضا الواجب في العقود.

وبيع المراجعة بهذه الطريقة منعه الفقهاء المتقدمون من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة، وقد سبق ذكر نصوصهم في ذلك، وأدلة التحريم في مجملها ترجع إلى الأمور الآتية:

1 - أن المبيع إن كان معيّنًا كما لو قال المشتري أريد أن أشتري هذا البيت، فقد قد باع البنك ما لا يملك لحظ نفسه، ومن شروط البيع أن يكون المبيع مملوكًا للبائع أو مأذونًا له فيه، فإذا لم يكن مملوكًا كان البيع محرّمًا ومجمعا على بطلانه، وبيع الإنسان ما لا يملكه « يتضمن نوعًا من الغرر فإنه إذا باعه شيئًا معينًا وليس في ملكه، ثم مضى ليشتره ويسلمه له كان مترددًا بين الحصول وعدمه فكان غررًا يشبه القمار فنهى عنه ».

ونوقش: أن المصرف بعد تلقيه أمرًا بالشراء لا يبيع حتى يملك المطلوب، ويعرضه على المشتري الأمر، فلا يسلم أن المواعدة على المراجعة بيع ما ليس عند الإنسان، فالبيع فيها مؤجل إلى ما بعد شراء المصرف السلعة وتملكه لها.

وأجيب: بأن عقد الشراء الذي يتم بعد وصول السلعة ما هو إلا تحصيل حاصل؛ لأنه لا فرق بين أن يقول شخص لآخر: بعتك سلعة كذا بمبلغ كذا، والسلعة ليست عنده، وبين أن يقول شخص لآخر: اشتري سلعة كذا، وأنا ملتزم بشرائها منك بمبلغ كذا، وبيع الإنسان ما ليس عنده منهى عنه بحديث: « لا تبع ما ليس عندك»، بدليل أنه بعد وصول السلعة ورفض الأمر الشراء يستطيع المصرف أن يلزمه به تنفيذًا لمقتضى عقد البيع، أو يلزمه بدفع التعويض عن طريق القضاء، ولا يغير من هذه الحقيقة كون البنك والأمر بالشراء سُنْشْتَان عقد بيع من جديد بعد شراء البنك السلعة، وتقديمها للأمر، ما دام كل واحد منهما ملزمًا لإنشاء البيع على الصورة التي تضمنها الوعد.

2 - إنها داخلة في أحاديث النهي عن بيعتين في بيعة، ووجه دخولها: أن المواعدة إذا كانت ملزمة للطرفين، صارت عقدًا بعد أن كانت وعدًا، وكانت هناك بيعتان في بيعة، فالبيعة الأولى بين المصرف وعميله، والثانية بين المصرف والبائع، فتشملها أحاديث النهي عن بيعتين في بيعة، فقد روى مالك في "الموطأ" في باب "النهي عن بيعتين في بيعة" بلاغًا أن رجلاً قال لرجل: « ابتع لي هذه البعير بنقد، حتى أبتاعه منك إلى أجل، فسأل عن ذلك عبد الله بن عمر فكرهه ونهى عنه ».

وقال الباجي تعليقًا على هذا الأثر: « ولا يمتنع أن يوصف بذلك من وجهة أنه قد لزم مبتاعه بأجل بأكثر من الثمن، فصار قد انعقد بينهما عقد بيع تضمن بيعتين: إحداهما الأولى، وهي بالنقد، والثانية المؤجلة، وفيها مع ذلك بيع ما ليس عنده؛ لأن المبتاع بالنقد قد باع من المبتاع بالأجل البعير قبل أن يملكه، وفيها سلف وزيادة؛ لأنه يتناع له البعير بعشرة على أن يبيعه منه بعشرين إلى أجل، يتضمن ذلك أنه سلفه عشرة في عشرين إلى أجل وهذه كلها معان تمنع جواز البيع، والعينة فيها أظهر من سائرها ».

ونوقش: بأن الراجح في تفسير بيعتين في بيعة: العينة، وهي أن يقول: أبيعكها بائة مؤجلة على أن أشتريها منك بثمانين حالة، وعليه فلا تكون صورة المسألة داخلة في النهي؛ لأنها مواعدة على بيع حقيقة لسلعة مطلوبة بالفعل، وهي بيعة واحدة.

وأجيب: بأن الإلزام بالوعد يتنافى مع شرط الرضا في البيع، ويقتضي أن يكون عقدًا، وبأن التركيب إذا أدى إلى محرم فإنه يكون محرّمًا، ويدخل في النهي عن بيعتين في بيعة، والإلزام في المراجعة المركبة يؤدي إلى محرم، وهو بيع ما لا يملك.

3 - أنه من بيع الدين بالدين وهو منهى عنه شرعًا ومجمع على تحريمه، وإن كان المبيع موصوفًا وليس معيّنًا، كما لو قال: أريد سيارة جديدة صفتها كذا وكذا، فإن هذا من باب بيع الدين بالدين في الصورة المجمع على منعه؛ لأن المبيع موصوف في الذمة غير مملوك للبنك، والثمن دين على المشتري لم يسلم في مجلس العقد حتى يكون سلمًا، فهي تفضي إلى بيع مؤجل البديلين، فلا المصرف يسلم السلعة في الحال، ولا العميل يسلم الثمن، بل سوف يسلم على شكل أقساط، ويسميه بعض الفقهاء ابتداء الدين بالدين، وهذا مجمع على تحريمه حيث لم يختلف أحد في منعه.

ونوقش: بأن هذه المعاملة ليست كذلك، فإن ما يحصل أولاً بين المصرف والعميل يكون وعدًا لا بيعًا، وإنما يحصل البيع عند تملك المصرف السلعة المأمور بشرائها.

ويجاء عنه بأنّ العقد الذي تواعدا على إنشائه في المستقبل ملزم للطرفين من وقت المواعدة، وتسري عليها أحكام ذلك العقد، إذ العبرة في العقود للمقاصد والمعاني، لا للألفاظ والمباني؛ لأنه لا خيار لهما في إحداث إيجاب جديد، وسعر جديد، وكان البيع منعقدًا بذلك الوعد، والإيجاب والقبول الحادث بعد تملك البضاعة لا حاجة إليه، فهما إيجاب وقبول صوريان.

وقد رجح منع المرابحة الملمزمة جمع من العلماء المعاصرين، حيث جاء في قرار "مجمع الفقه الإسلامي" التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي: «المواعدة (وهي التي تصدر من الطرفين) تجوز في بيع المرابحة بشرط الخيار للمتواعدين كليهما أو أحدهما، فإذا لم يكن هناك خيار فإنها لا تجوز؛ لأن المواعدة الملمزمة في بيع المرابحة تشبه البيع نفسه حيث يشترط عندئذ أن يكون البائع مالكًا للمبيع حتى لا تكون هناك مخالفة لنهي النبي ﷺ عن بيع الإنسان ما ليس عنده».

وذهب بعض العلماء المعاصرين إلى القول بجواز الإلزام بالوعد في بيع المرابحة، والتزمت بالأخذ بالإلزام أكثر المصارف الإسلامية، وأدلتهم في ذلك:

1 - أن الأصل في المعاملات الإباحة، لقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: 275]، فلا يحرم منها شيء إلا بدليل صحيح صريح، ولا دليل هنا على التحريم.

ويناقش: بأن الإلزام بالوعد في المرابحة قد قامت الأدلة على منعه كما ذكرنا ذلك سابقا، وهو مدعوم بإجماع الفقهاء المتقدمين.

2 - القياس على عقد الاستصناع، فرغم أنه بيع لمعدوم وقت العقد، ولكنه جائز استحسانا، وذهب القاضي أبو يوسف إلى أن العقد لازم؛ دفعا للضرر عنهما، والمرابحة تشبه الاستصناع من حيث إنها تقوم على البيع والمواعدة، والمبيع موصوف ليس موجودا، ويقابل المصرف الصانع، حيث إن كلا منهما مطالب من المشتري بشيء موصوف غير موجود بناء على مواعدة بينهما.

ويناقش: بأنه قياس مع الفارق؛ لأن المواعدة في عقد الاستصناع ملزمة لما يلحق الصانع من ضرر في حال النكول فهي في معنى العقد، وأما الإلزام في المرابحة فيترتب عليه محاذير شرعية كالغرر والتحايل على الربا.

3 - أن البنك (المصرف) لا يبيع البضاعة إلا بعد تملكها، فربحه فيها يكون قد ربح فيها استقر عليه ضمانه.

ويناقش: بأن ذلك غير مسلم؛ لأن اعتبار البيع لازم بالاتفاق الأول وقبل تملك البضاعة، يجعل الاتفاق الجديد بعد تملك البضاعة صورياً، حيث لا نجد له أثرا في لزوم البيع، ولا أثر له في قيمة السلعة، وإيجاب وقبول هذا شأنها لا قيمة لهما، فإن الإيجاب والقبول من طبيعتها أنها يحددان السلعة ويحددان قيمتها، ويعبران عن رضا المتعاقدين، ويكون المشتري بالخيار قبل صدور القبول، وهذا غير موجود في الإيجاب والقبول الحادثين بعد تملك المصرف للبضاعة.

4 - أن الشارع لم يمنع من المعاملات إلا ما كان مشتتملاً على ظلم، وهو أساس تحريم الربا، والاحتكار، والغش، أو خشي منه أن يؤدي إلى نزاع، وعداوة بين الناس، وهو أساس تحريم الميسر والغرر، والقول بالإلزام بالمواعدة فيه مصلحة للعاقدين: من جهة الاطمئنان إلى إتمام العقد، وفيه مصلحة عامة من جهة استقرار المعاملات وضبطها، وتقليل النزاع والخلاف، ومع هذه المصلحة فلا محذور في القول بالإلزام.

ويناقش: لا نسلم بأن الإلزام بالوعد فيه مصلحة للعاقدين ومصلحة للسوق من جهة استقرار المعاملات وضبطها، وعلى التسليم بأن فيه مصلحة فقد عارضها ما يجعلها ملغاة في نظر الشارع، وهو نهيه عن بيع الإنسان ما لا يملكه، وعن ربحه فيما لم يضمن.

5 - أن قواعد الشريعة جاءت بمنع الإضرار بالآخرين، وبرفعه إن وقع، كما قال النبي ﷺ: «لا ضرار ولا ضرار»، وفي القول بعدم الإلزام بالمواعدة فيه إضرار بالمصرف، فقد يأتي المصرف بالسلعة على الوصف المرغوب، ثم يبدو للواعد ألا يأخذها؛ ولا يجد البنك من يشتريها منه لكونها جاءت حسب مواصفات محددة، وهذا مما يوقع الضرر الشديد بالمصرف.

فإلزام العميل بوعده، لا يعني إلزامه بإتمام عملية الشراء؛ لأن البيع لا يتم إلا عن تراض، ولكن ذلك يقتضي إلزام العميل بجبر الضرر المترتب على البنك من جراء دخول البنك بناء على وعد العميل في عملية شراء ما كان له أن يدخل فيها لولا وعد العميل بشرائها منه، وفي حال عدم رغبة العميل الوفاء بوعده، وإتمام العملية، يقوم البنك ببيع السلعة إلى طرف ثالث، حسب السعر الجاري في السوق، فإن ترتب على عملية البيع خسارة عن التكلفة الفعلية للشراء فيجب على العميل حينئذ تعويض البنك عن تلك الخسارة.

ويناقدش هذا الكلام من وجهين :

الوجه الأول: إن كان البنك قد اشترى السلعة للعميل فهو مجرد وكيل، وما يأخذه من فائدة على القرض فإنها هو من باب الإقراض بفائدة، وهو صريح الربا، وإن كان الشراء سيتم للبنك لا للعميل، فلا يجب أن يتحمل العميل ما يلحق البنك من خسائر بسبب هذه العملية؛ لأن البنك إذا باع البضاعة بعد نكول العميل على عميل آخر وربح فيها فإن الربح سيكون للمصرف وحده، وفي المقابل إذا باعها بخسارة فعليه أن يتحمل ذلك؛ لأن "الغرم بالغرم"، و"الخراج بالضمن"، فإن الظلم أن يأخذ البنك الربح إذا باع البضاعة بزيادة، بينما يرجع على العميل إذا تعرض لخسارة.

الوجه الثاني: إذا كان البنك لا يتعرض لأي مخاطر، أصبحت العملية مجرد صيغة تمويل مالي يعود على البنك بما يسمى بالربح دون أي مخاطر، وإذا كان جوهر البيع هو تعرض البائع لاحتمالات الربح والخسارة، فإذا أفرز التطبيق صوراً تقطع معها بالربح في جميع الأحوال، ولا يتصور فيه أي مخاطرة، صارت هذه المعاملة مجرد تمويل بزيادة، وبلا مخاطر، وانقلبت المعاملة إلى تمويل ربوي. وعلى البنك إذا أراد أن يدفع الضرر عن نفسه أن يتخذ لذلك الطرق الشرعية، و« الحيلة أن يشتريها على أنه بالخيار ثلاثة أيام، أو أكثر، ثم يقول للآمر: قد اشتريتها بما ذكرت، فإن أخذها منه، وإلا تمكن من ردها على البائع بالخيار ».

شبهة وجوابها

ذهب جمع من المعاصرين إلى تخريج جواز المرابحة الملزمة للطرفين قضاءً طبقاً لأحكام المذهب المالكي الذي جعل الوعد ملزماً، وهذا وهم منهم؛ لأن المالكية نصوا على منع هذه المعاملة مطلقاً سواء كانت ملزمة أم غير ملزمة، أضف إلى أن الإلزام بالوعد ديانة وقضاء عند المالكية هو الوعد بالمعروف من جانب واحد، كأن يعد شخص آخر بأن يدفع له مبلغاً من المال، ومسألتنا هذه ليست من هذا القبيل؛ لأن الوعد فيه من أحد الطرفين، يقابله وعد من الطرف الآخر، فهو أقرب إلى العقد منه إلى الوعد، وينبغي أن تطبق عليه أحكام العقد، ثم إن الوعد الملزم الذي يجب الوفاء به ديانة وقضاء، أو ديانة فقط هو الوعد الذي لا يترتب على الإلزام به محذور، والإلزام بالوعد في بيع المرابحة يترتب عليه محذور، وهو إما بيع الإنسان ما لا يملك أو ذريعة الربا، فتكون هذه المعاملة خارجة عن دائرة الوعود الملزمة عندهم .

ويوضح ذلك ما جاء في جاء في "قواعد الونشريسي": «الأصل منع المواعدة بما لا يصح وقوعه في الحال حماية، ومن ثمّ منع مالك المواعدة في العدة، وعلى بيع الطعام قبل قبضه، ووقت نداء الجمعة، وعلى ما ليس عندك » .

فظهر مما سبق أن القائلين بجواز المرابحة للآمر بالشراء ذهبوا إلى قول مبني على التلفيق بين المذاهب، فهم أخذوا قول الإمام الشافعي بجواز المرابحة، وتركوا له شرطه الخيار، وأخذوا من المالكية إلزامهم بالوعد، وتركوا لهم قولهم في المرابحة، فخرجوا بحكم فقهي لم يقل به فقيه، ولو عرضناه على كل مذهب لحكم ببطلانه، وهذا النوع من التلفيق غير جائز لما دخله من اعتراضات شرعية.

وسبب الخلاف في هذه المسألة يرجع إلى أمرين:

1 - الاختلاف في وقت انعقاد البيع، فهل انعقد البيع بمجرد الوعد وقبل شراء البضاعة، أو انعقد بعد شراء البضاعة؟ فمن جعله منعقداً بمجرد الوعد وقبل الشراء منع منه؛ لأنه من بيع ما لا يملك، ومن جعله منعقداً بعد الشراء ولم يعتبر الوعد، جعله جائزاً؛ لأنه باع ما يملك، ولا محذور فيه .

2 - الاختلاف في تحريم الذرائع الربوية، وهو أصل اختص به المالكية، وذلك بمنع كل عقد يتخذ من صورة البيع ذريعة إلى الربا المحرم .

وخلاصة هذه المعاملة أن بيع "المرابحة للآمر بالشراء" مشتمل على محظورين شرعيين، أحدهما: منصوص وهو بيع الإنسان ما لا يملك، والآخر: مستنبط يرجع إلى الذرائع الربوية، والقول بالخيار وعدم الإلزام يسقط المحذور الأول، ولكن الثاني باق، وعليه يتخرّج حُرمة هذه المعاملة في مذهب المالكية، فيكون صورة تمويل ربوي سُمّي بغير اسمه، وأما في حالة الإلزام - وهو الغالب - فإن المحظورين قائمان وكل منهما كاف في اجتناب هذه المعاملة، وهو حكم متفق عليه بحسب ما ورد عن الفقهاء الأقدمين، والله أعلم .

المبحث الثاني: الإيجار المنتهي بالتمليك

عقد الإجارة المنتهية بالتمليك من العقود المعاصرة التي لم يكتب فيها أحد من الفقهاء المتقدمين، وقد ظهر التعامل بها حديثاً، وكُتبت فيها بحوث كثيرة من قبل هيئات علمية ومجامع فقهية وبحوث في رسائل علمية أكاديمية، ومجمل القول فيها يرجع إلى تعريفها وبيان صورها وتكييفها الفقهي الذي تنفرد عنه أحكامها الفقهية، وبيان ذلك باختصار في المطالب الآتية:

المطلب الأول: تعريف الإجارة المنتهية بالتمليك

عقد الإيجار من أكثر العقود أهمية، وقد أصبح في العصور المتأخرة عصب الحياة الاقتصادية، حيث يمكن المستأجر من منفعة الأعيان إذا كان في حاجة إليها ولا يمكنه شراؤها أو لا يرغب في ذلك؛ من أجل استثمار رأس ماله فيما يعود عليه بنفع أكبر، وهو بالنسبة للمؤجر يعتبر من المجالات الاستثمارية للأعيان المملوكة له مع احتفاظه بملكية هذه الأعيان، ولهذا أقبل المستثمرون على شراء المعدات الصناعية وسائل النقل المتنوعة والعقارات المعدة للسكنى أو الاستثمار، وتأجيرها مقابل أجر مناسب مما جعلها من أحدث الوسائل الاستثمارية وأكثرها ربحاً.

الإجارة المنتهية بالتمليك: « عقد بين طرفين يؤجر فيه أحدهما لآخر سلعة معينة مقابل أجره معينة يدفعها المستأجر على أقساط خلال مدة محددة، تنتقل بعدها ملكية السلعة للمستأجر عند سداده لآخر قسط بعقد جديد ».

المطلب الثاني: نشأة الإجارة المنتهية بالتمليك وتطوره

الإيجار المنتهي بالتمليك عقد حديث نشأ وترعرع في ظل القانون الوضعي، حيث ظهرت فكرته في إنجلترا في أواسط القرن التاسع عشر الميلادي، وكانت تسمى بـ (Hir-Pur Chass)، وقد لجأ إليها أحد التجار من أجل رواج مبيعاته، حيث شجع عملاءه على الشراء بالتقسيط مع احتفاظه بملكية العين إلى أن يدفع العميل آخر قسط، فإذا نكل عن دفع بقية الأقساط فإن السلعة لا تزال في ملك صاحبها الأصلي، وما دفعه العميل من أقساط لا يسترجعها وتحسب في مقابل انتفاعه بالعين في تلك المدة، ثم ما لبثت هذه الطريقة أن انتشرت نتيجة إنتاج الصناعات الكثيرة فلجأ إليها العديد من المصانع الكبيرة لتسويق مصنوعاتها مثل مصنع "سنجر"، حيث كان يتعامل مع عملائه عن طريق عقد إيجار يتضمن إمكانية تملك الآلات المؤجرة بعد تمام سداد مبلغ معين يمثل في حقيقته ثمناً لها، ثم تطور هذا العقد عن طريق مؤسسات السكك الحديدية التي كانت تشتري مكائن خاصة لمناجم الفحم من خلال البيع الإيجاري، ثم تزايد انتشار هذا العقد مما دفع بالمشرعين إلى تنظيمه بنصوص قانونية وذكره تحت مسميات عديدة، منها: "الإيجار الساتر للبيع"، أو "البيع الإيجاري"، أو "الإيجار المملك".

ثم ما لبثت أن دخلت المصارف المالية في تمويل البيع الإيجاري باعتبارها وسيطاً بين البائع (المؤجر) والمشتري (المستأجر)، وسمت العمليات التي تقوم بها بعقد الليزنج (Leasing)، حيث تقوم بشراء الأشياء التي هي في الغالب تجهيزات وصناعات كالمطائرات، والقطارات، والسفن، والدور، ونحو ذلك ولكنها لا تريدها لنفسها، بل تشتريها لهذا الغرض، حيث تقوم بتأجيرها لمن يتعاقد معها لفترة مناسبة للطرفين طويلة في الغالب) وقد يجددها لفترة أخرى، ثم يقوم المستأجر بإعادة الشيء المستأجر إلى المؤسسة، أو بتملكه مقابل ثمن يراعي في تحديده المبالغ التي دفعها كأقساط إيجار، فتحفظ المصارف بملكية هذه الأشياء آخذة بعين الاعتبار كيفية استرجاع رأسمالها مع أرباحها، ونوعية هذه الآلات والمعدات وعمرها الافتراضي والأقساط التي تسلمها، مع قيمتها بعد انتهاء مدة الإيجار مع إتاحة حق الشراء الاختياري للمستأجر في نهاية العقد بأسعار تحددها منذ البداية، أو بأسعار السوق السائدة، وتحمله تكاليف الصيانة والإصلاح والتأمين وغيرها.

المطلب الثالث: مزايا الإجارة المنتهية بالتملك

من خلال المراحل التاريخية التي مرّ بها عقد الإجارة المنتهية بالتملك، يمكن أن نستخلص جملة من المزايا كانت داعية إلى إجراء مثل هذا العقد:

- 1 - أن يضمن المؤجر (صاحب السلعة) بقاء السلعة المعقود عليها في ملكه، حتى لا يتمكن المستأجر (المشتري) من التصرف في تلك السلعة إلا بعد أداء كامل القيمة، بحيث يستطيع المؤجر استرداد السلعة إذا ما أحل المستأجر في الدفع فيحصل على حقه في التأخير.
- 2 - عقد الإجارة المنتهية بالتملك يسهل على المستأجر الحصول على ما يريده بأقساط تنتهي فيما بعد إلى التملك، دون الحاجة إلى ضمانات تشترط في بيع التقسيط، كالكفيل الغارم.
- 3 - أن المؤجر يأمن شر إفلاس المشتري، إذ لو أفلس وهو لا يزال مستأجرًا، فإن البائع لا يزال مالكا للمبيع ملكية باثة فيستطيع أن يسترده من تفليسة المشتري، بخلاف لو باعه بالتقسيط؛ لأنه إذا أفلس المشتري يكون أسوة الغرماء.
- 4 - قد يلجأ المستأجر إلى التعامل بهذا العقد - أحياناً - رغبة منه في تجنب الضرائب التي قد تفرض على بعض الملاك في بعض الأنظمة.
- 5 - أن تملك المعدات المؤجرة للمستأجر بعد سداد كامل الأقساط يوفر على المؤسسة المالية كثيراً من التكاليف فيما لو كانت هذه المعدات تحتاج إلى تفكيك وإرجاع إليها.

المطلب الرابع: حكم الإيجار المنتهي بالتملك

لا يختلف الفقه الإسلامي في تحديد ماهية العقد إذا اتفق المتعاقدان على نقل ملكية شيء معين مقابل أقساط محددة تدفع خلال مدة معلومة، فهذا هو البيع بالتقسيط، الذي يعتبر أحد صور بيع النسئة، ولكن يقع اللبس في تحديد ماهية العقد إذا سُمي عقد إيجار، مع أن نيتها تكون قد انصرفت إلى حقيقة البيع، ليمكن البائع من ترويح بضاعته حيث يبيعها بأقساط يسهل على المشتري دفعها، وفي نفس الوقت يحتفظ بملكية المبيع، حتى يحصل على القسط الأخير من ثمنه، وبناء على ذلك هل العبرة بحقيقة بيع التقسيط الباطنة أم العبرة بحقيقة لفظ الإيجار الظاهرة ؟

والجواب على ذلك يكون من خلال عرض صور "الإجارة المنتهية بالتملك" المختلفة، وتبعاً لذلك يظهر حكمها من خلال تكييفها الفقهي، وفيما يأتي بيان لأهم تلك الصور وما يرد عليها من إشكالات فقهية:

الصورة الأولى: الإجارة التلقائية

وهي الصورة الغالبة والشائعة، حيث يصاغ العقد على أنه عقد إيجار ينتهي بتملك الشيء المؤجر - إذا رغب المستأجر في ذلك - مقابل ثمن يتمثل في المبالغ التي دفعت فعلاً كأقساط إيجار لهذا الشيء المؤجر خلال المدة المحددة، ويصبح المستأجر مالكا للشيء المؤجر تلقائياً بمجرد سداد القسط الأخير، دون حاجة إلى إبرام عقد جديد، ودون دفع ثمن سوى الأقساط الإيجارية.

وهذه الصورة يردُ عليها أن الأجرة المقدره للمنفعة في المدة المحددة ليست أجرة المثل، بل روعي فيها أنها هي ثمن السلعة؛ لأن إرادة المتعاقدين متجهة إلى بيع هذه السلعة وليس إيجارها، فقصد الطرفين هو التباعد لا الإيجار، وإنما اتُّخذ الإيجار وسيلة يتوصل بها البائع إلى صون حقه في العين حتى لا يتصرف فيها المشتري للغير أو يتمكن دائنوه الآخرون من التنفيذ على هذه العين محل التعاقد في حالة إفلاسه؛ ومن أجل ذلك كيّف "شراح القانون" هذا العقد بأنه بيع تقسيط، ولقّب "بالإيجار السّاتر للبيع" ولم يعتدوا بلفظ الإجارة الذي صرح به العاقدان؛ نظراً للقرائن التي تظهر أنه عقد بيع، وبالتالي جريان أحكام البيع على هذا النوع من العقود.

كما أنّ الأقساط التي دُفعت على أنها أجرة للعين المؤجرة في الظاهر، فتحولها إلى ثمن للعين المؤجرة بعقد لاحق في النهاية لا يتوافق مع القواعد التي تحدد أن لكل عقد مقاصده وأحكامه وآثاره فور انعقاده، ففي عقد الإيجار يبقى الملك لصاحبه مع انتفاع الغير به، أما في عقد البيع فإن الملكية تنتقل إلى الآخر ويتمحض حقه في البديل وهو الثمن، ويرتّب على ذلك أن عقد البيع يجعل الضمان على المشتري بالملك، والإجارة تجعل الضمان على المؤجر؛ لأنه مازال مالكا للعين المؤجرة، ولا يضمن المستأجر إلا في حالة التعدي أو التفريط،

وبناء على قاعدة "الخراج بالضمنان"⁽¹⁾، فإن المشتري (المستأجر في الظاهر)، إذا نكل عن دفع أحد الأقساط أو عجز عن الوفاء وانفسخ البيع، فإنه يسترد الأقساط التي دفعها؛ لأن العين كانت في ضمانه، ولا يستحق البائع (المؤجر في الظاهر) من تلك الأقساط شيئاً إلا بمقدار ما لحقه من ضرر نظير نكول المشتري إعمالاً لقاعدة "لا ضرر ولا ضرار"⁽²⁾، وأما أن يدفع المشتري الأقساط، ثم إذا لم يأت بأخر قسط منها ضاع عليه ما أدى باعتبارها أجرة، وضاعت عليه السلعة محل البيع؛ لأنها ما زالت مملوكة للبائع فهذا في غاية الظلم والفساد الذي لا تأتي الشرائع بمثله .

وإذا تبين بطلان هذه الصورة، فالصورة الشرعية البديلة أن يصاغ العقد بأنه بيع يشترط فيه رهن المبيع، فلا يتصرف المشتري في الشيء المبيع بأي نوع من أنواع التصرف - معاوضة أو تبرعاً - إلا بعد سداد جميع الأقساط، وإلا انفسخ العقد، فإذا وفي بها المشتري أصبح له حق التصرف فيها، وإذا لم يُوفَّ كان للبائع أخذ السلعة منه وبيعها واستيفاء حقه منها.

الصورة الثانية : الإجارة المنتهية بالبيع بثمن رمزي

يصاغ العقد على أنه عقد إجارة يُمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة في مقابل أجرة محددة في مدة محددة للإجارة، على أن يكون للمستأجر الحق في تملك العين المؤجرة في نهاية مدة الإجارة مقابل مبلغ رمزي.

وهذه الصورة في حقيقتها لا تختلف عن الصورة السابقة؛ لأن "المبلغ الرمزي" هو جزء من ثمن السلعة، وباقي الثمن هو ما يدفعه أو دفعه المستأجر (المشتري حقيقة) من أقساط ظهرت في صورة أجرة عن كل فترة من الفترات المحددة لانتهاء عقد الإجارة، ويزيده بياناً أن اقتران عقد الإجارة - مع تحديد الأجرة المرتفعة كثيراً عن أجرة المثل خلال المدة التي اشترط استمرار الإجارة فيها بهذه الأجرة - بعقد البيع في نهاية هذه المدة وبعد سداد هذه الأقساط الإيجارية، وجعل ثمن المبيع رمزياً يفصح بصورة واضحة عن أن المقصود هو عقد بيع من أول الأمر، وليس عقد إجارة ثم عقد بيع، وأن كل ما دفع هو الثمن - سواء في أثناء مدة الإجارة أو عند إبداء المستأجر (المشتري) رغبته في الشراء بتقديم الثمن الرمزي المشار إليه -.

وبناء على ما سبق إذا نكل المشتري (المستأجر في الظاهر) عن دفع أحد الأقساط أو عجز عن الوفاء وانفسخ العقد، فإنه يسترد الأقساط التي دفعها ولا يستحق البائع (المؤجر في الظاهر) من تلك الأقساط شيئاً إلا بمقدار ما لحقه من ضرر نظير نكول المشتري.

الصورة الثالثة : الإجارة المقرونة بوعد البيع

يصاغ العقد على أنه عقد إجارة يُمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة في مقابل أجرة محددة في مدة محددة للإجارة، على أن المؤجر يعد المستأجر وعداً ملزماً - إذا وفي المستأجر بسداد الأقساط الإيجارية في المدة المحددة - ببيع العين المؤجرة في نهاية العقد على المستأجر بمبلغ معين.

وهذه الصورة مبنية على مسألتين، وهما: مسألة لزوم الوفاء بالوعد، ومسألة البيع المعلق بشرط، وعليه يكون الوعد ملزماً للمالك (المؤجر) ببيع العين للمستأجر بعد تحقق شرط استيفاء جميع الأقساط الإيجارية المتفق عليها وإبداء رغبته في شرائها، وتقديم الثمن الذي اتفق عليه، وبالتالي يكون زمن الإيجار منفصلاً عن وقت البيع الذي لا ينعقد إلا بصيغة باتة دالة على أنه أراد البيع في الحال، والآخر أراد الشراء في الحال؛ وذلك لعدم وجود صيغة للبيع من قبل وإنما هو وعد به فقط.

1 - أصل هذه القاعدة حديث روته عائشة - رضي الله عنها - عن أنّ رجلاً ابتاع غلاماً فأقام عنده ما شاء الله أن يُقيم ثمّ وجد به عيباً فخاصمه إلى النبي ﷺ فردّه عليه فقال الرجل: « يا رسول الله قد استغلّ غلامي »، فقال رسول الله ﷺ: «: الخراج بالضمنان ». أخرجه: أبو داود في "سننه": كتاب البيوع، باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله ثم وجد به عيباً، برقم: 3512.

2 - أصل هذه القاعدة حديث أخرجه: مالك في "الموطأ": كتاب الأفضية، باب القضاء في المرفق، برقم: 2171، وأحمد في "المسند" (313 / 1)، وابن ماجه في "سننه": كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، برقم: 2341.

والنظر بإمعان في هذه الصورة يجدها قريبة من سابقتها إن كانت الأجرة أكثر من ثمن المثل، ويكون الإيجار ساترا للبيع، وليس ثمن البيع بعد انتهاء المدة إلا جزءاً من ثمن السلعة المتبقي، وإذا نكل المشتري (المستأجر في الظاهر) عن دفع أحد الأقساط وانفسخ البيع، فإنه يسترد الأقساط التي دفعها ولا يستحق البائع (المؤجر في الظاهر) من تلك الأقساط شيئاً إلا بمقدار ما لحقه من ضرر نظير نكول المشتري.

وأما إن كان عقد الإيجار بثلث المثل فهو عقد إجارة حقيقي وليس مستتراً بالبيع، وعليه تكون العين المؤجرة ما زالت في ملك صاحبها وضمائنه فاستحق أجرتها، وإذا نكل المستأجر أو عجز عن الوفاء فلا يسترد شيئاً من الأجرة التي دفعها، وكون المؤجر يلتزم ببيع العين المؤجرة للمستأجر بمبلغ معين عند انتهاء الإجارة، فينظر:

- إن كان المبلغ بسعر العين المؤجرة في السوق، فهذا لا مزية فيه، حيث يمكن للمؤجر أن يبيعها للمستأجر أو غيره، كما يمكن للمستأجر تحصيل مثلها من غير المؤجر.

- وأما إن كان المبلغ أقل من سعر السوق، فهو تبرع وإحسان من المؤجر فيما نقص عن سعر السوق، ﴿وَمَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ﴾ [التوبة: 91].

الصورة الرابعة: الإجارة المقرونة بوعد الهبة

أن يصاغ العقد على أنه عقد إجارة يُمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة في مقابل أجرة محددة في مدة محددة للإجارة، على أن المؤجر يعد المستأجر وعداً ملزماً - إذا وفي المستأجر بسداد الأقساط الإيجارية في المدة المحددة - بهبة العين المؤجرة في نهاية العقد على المستأجر.

وهذه الصورة مشكلة؛ لأن المؤجر إذا أجر العين بثلث المثل ثم انتهت مدة الإيجار ولا زالت العين المؤجرة سابقاً في ملكه وضمائنه، فما الذي يحميها على هبتها إلا إذا نوى بذلك التبرع فشانها واسع، وأما إن كانت الأجرة أكثر من ثمن المثل فإن التزام الهبة بعد انتهاء عقد الإيجار يجعلها هبة صورية شكلية، وهي أقرب إلى هبة الثواب والتي تعتبر من عقود المعاوضات، ويكون العقد في حقيقته آيلاً إلى بيع التقسيط مستتراً بعقد الإجارة، وعند ذلك لا فرق بينه وبين الصورة الأولى، ويترتب عليه أن المشتري (المستأجر في الظاهر) لو نكل عن دفع أحد الأقساط أو عجز عن الوفاء وانفسخ العقد، فإنه يسترد الأقساط التي دفعها ولا يستحق البائع (المؤجر في الظاهر) من تلك الأقساط شيئاً إلا بمقدار ما لحقه من ضرر نظير نكول المشتري.

الصورة الخامسة: الإجارة التخيرية

يصاغ العقد على أنه عقد إجارة يُمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة في مقابل أجرة محددة في مدة محددة للإجارة، مع وعد ملزم من المؤجر في أن يجعل للمستأجر في نهاية مدة الإجارة الحق في ثلاثة أمور يختار منها ما يشاء:

الخيار الأول: تملك السلعة مقابل ثمن يراعى في تحديده المبالغ التي سبق له دفعها - كأقساط إيجار -، وهذا الثمن محدد عند بداية التعاقد، أو بأسعار السوق عند نهاية العقد، وهذا الخيار آيل إلى بيع بثلث مؤجل على مرحلتين:

المرحلة الأولى: يعطى الثمن مؤجلاً على أقساط مستترة بالإيجار، فيأخذ أحكام البيع، وإذا نكل المشتري (المستأجر في الظاهر) عن دفع أحد الأقساط وانفسخ البيع، فإنه يسترد الأقساط التي دفعها ولا يستحق البائع (المؤجر في الظاهر) من تلك الأقساط شيئاً إلا بمقدار ما لحقه من ضرر نظير نكول المشتري.

والمرحلة الثانية: باقي الثمن يدفع بعد انتهاء مدة (الإيجار الظاهري).

الخيار الثاني: مدد مدة الإجارة لفترة أخرى، وهذا لا إشكال فيه ويكون المؤجر ملزماً بمدد مدة الإيجار.

الخيار الثالث: إعادة الأعيان المؤجّرة إلى المؤسسة المالكة والمؤجرة لها، وهذا لا إشكال فيه؛ لأنه من لوازم انتهاء عقد الإجارة ردّ الأعيان المؤجّرة إلى مالكيها .

وخلاصة الأمر أن عقد "الإيجار المنتهي بالتمليك" وإن كان قد صيغ بصياغة الإيجار وشروطه لكن مقصود العاقدين هو التملك والتمليك، فالمؤجر لا يريد أن يحتفظ بالعين المؤجرة إلا لفترة زمنية محددة يسترجع فيه ثمنها مع الأرباح، والمستأجر لا يريد الإجارة لذاتها وإنما يريد تملكها ولكن بما أنه لا يمتلك السيولة الكافية أو لأي سبب آخر يختار الإجارة المنتهية بالتمليك، وهذا القصد تدل عليه الظروف المحيطة بالعقد، ونوعية أقساط الإجارة - حيث تكون أكثر من الأجرة العادية - وبيع العين المستأجرة الذي يتم بثمن رمزي في الغالب لا يمثل قيمتها السوقية.

المبحث الثالث: التأمين التجاري

المطلب الأول: تعريف التأمين التجاري ونشأته

التأمين لغة من الفعل آمن يؤمن تأميناً، وأصله يرجع إلى الأمن، وهو طمأنينة النفس بزوال الخوف؛ لأن المرء الذي يتوقع خطراً فإنه يلجأ إلى غيره طلباً للحماية والأمان، فإذا وجد ذلك زال خوفه.

وأما اصطلاحاً فقد حدّه المعاصرون بعدة تعريفات لعل من أحسنها من قال بأنه: « عقد معاوضة يلتزم أحد طرفيه وهو المؤمن أن يؤدي إلى الطرف الآخر وهو المؤمن له أو من يعينه عوضاً مالياً يتفق عليه يدفع عند وقوع الخطر أو تحقق الخسارة المبينة في العقد وذلك نظير رسم يسمى قسط التأمين يدفعه المؤمن له بالقدر والأجل والكيفية التي ينص عليها العقد المبرم بينها ».

فظهر من خلال هذا التعريف أن عقد التأمين يقوم على خمسة أركان: المؤمن، والمؤمن، والخطر المؤمن منه، ومبلغ التأمين الذي يدفعه المؤمن، والإيجاب والقبول الذي يتضمن التزاماً من المؤمن بدفع مبلغ معين إلى المؤمن في حالة وقوع خطر ما. ووجه تسمية هذا العقد بالتأمين أنه يبعث الشعور بالأمان والطمأنينة في نفوس الأفراد؛ لأنه من قبيل الاحتياط لأحداث المستقبل ومفاجآته.

وقد ظهر التأمين أول الأمر في إيطاليا في القرن الرابع عشر الميلادي في مجال النقل البحري، حيث تعهد بعض الأشخاص بتحمل الأخطار البحرية التي تتعرض لها السفن أو حمولتها مقابل مبلغ معين، ثم انتقلت هذه فكرة التأمين إلى النقل البري بسبب الحريق الهائل الذي نشب في لندن سنة 1666م، ثم انتشر بعد ذلك التأمين وتنوعت أشكاله وشمل جميع مناحي الحياة، كالتأمين من السرقة، والتأمين من حوادث النقل الجوي، والتأمين على الحياة وغيرها.

ونظراً لتطور حياتنا المعاصرة وما صاحب ذلك من توسع الأعمال التجارية بسبب تطور وسائل النقل والاتصال فقد ظهرت مخاطر جديدة ومتزايدة وأصبح الناس أكثر عرضة للأخطار، فكان ذلك سبباً في نشوء عقد التأمين، فعددت صورته وظهر التأمين على البضائع والسلع والممتلكات، ثم ظهر التأمين على الآليات وآفات الزراعة وحوادث النقل الجوي والبحري، وتوالت عمليات تطويره إلى مختلف المجالات والأنشطة الاقتصادية، وحقق التأمين من فوائد متبادلة لكل من التجار وشركات التأمين، وصار بمقدور الناس أن يستجيبوا لتحديات الحياة، ويتكيفوا مع التغيرات الاقتصادية والاجتماعية التي تحيط بهم، ويدبروا عن أنفسهم خطر الكوارث والآفات، ويتمكنوا من تنمية إمكاناتهم البشرية لتوفير حياة أفضل، وسبل معيشة بعيدة عن الخوف وأكثر أماناً واستقراراً.

وقد ظهر التأمين في العالم الإسلامي في القرون التاسع عشر، حيث جاء في "حاشية ابن عابدين": « جرت العادة أن التجار إذا استأجروا مركباً من حربي يدفعون له أجرته ويدفعون أيضاً مالا معلوماً لرجل حربي مقيم في بلاده يسمى ذلك المال "سوكرة"، على أنه مهما هلك من المال الذي في المركب بحرق أو غرق أو نهب أو غيره فذلك الرجل ضامن له بمقابلة ما يأخذه منهم، وله وكيل عنه مستأمن في دارنا يقيم في بلاد السواحل الإسلامية بإذن السلطان يقبض من التجار مال "السوكرة"، وإذا هلك من مالهم في البحر شيء يؤدي ذلك المستأمن للتجار بدله تماماً، والذي يظهر لي أنه لا يحل للتاجر أخذ بدل الهالك من ماله؛ لأن هذا التزام ما لا يلزم ».

والتأمين التجاري هو الذي يراد من كلمة التأمين عند الإطلاق، ويلتزم فيه المؤمن بدفع قسط محدد إلى شركة التأمين (المؤمن)، وهي شركة مساهمة، وأفرادها المكونون لها هم المستفيدون من أرباح الشركة، وغرض هذا النوع من التأمين تحقيق الربح لا غير.

المطلب الثاني: أهداف التأمين التجاري وخصائصه

لما كانت الغاية من التأمين شعور الفرد بالطمأنينة من كل خطر محتمل الحدوث، وما يلزم منه من ضرر مادي أو معنوي، قام أمر التأمين التجاري على أن يتحمل المؤمن أخطار معينة نيابة عن الشخص أو الجهة التي يحتمل وقوعها في تلك الأخطار، وفي المقابل يتقاضى أجراً نظير ذلك، وغالباً ما يكون الأجر أقل بكثير من تكلفة تحمل الخطر الذي يتوقع حدوثه عند صاحب الخطر الأصلي، فظهر بذلك أن المقصود من عقد التأمين التجاري تحقيق أمرين:

أولهما: الشعور بالأمان وهو منفعة حقيقية، ويمثل مكسبا للمستأمن ولو لم يقع الخطر، وهو بذلك يُجَبَّرُ خسارة القسط الذي يدفعه، فأصحاب المصانع مطمئنون إلى سير مصانعهم، وأصحاب الأموال واثقون من سلامة أموالهم، وكلهم يعملون بهدوء نفسي وأمن واستقرار. وثانيا: « تفتت أجزاء المخاطر والمصائب، وتوزعها على مجموع المستأمنين عن طريق التعويض الذي يدفع للمصاب من المال المجموع من حصيلة أقساطهم، بدلاً من أن يبقى الضرر على عاتق المصاب وحده ».

والتأمين التجاري وإن كان عقداً واحداً، فقد اشتمل على خصائص متعددة، فهو:

- 1 - عقد لازم لا خيار في فسخه أو الرجوع فيه بعد انعقاده إلا برضا طرفي العقد، حيث يُلزم المؤمن أن يدفع أقساط التأمين، ويُلزم المؤمن أن يدفع للمستأمن التعويض المالي في حالة وقوع خطر أو حادث .
- 2 - عقد معاوضة، فكلا العاقدين يأخذ مقابلًا لما يدفع، فالمؤمن يأخذ مبلغ التأمين عند وقوع الخطر مقابل دفع قسط التأمين ، والمؤمن يأخذ قسط التأمين مقابل تعهده بدفع مبلغ التأمين عند وقوع الخطر .
- 3 - عقد احتمالي، فكلا المتعاقدين لا يدري مدى ما يعطي أو يأخذ وقت العقد، المؤمن قد لا يأخذ شيئاً في أكثر الأحيان إذا قل احتمال وقوع الخطر، ولا يتحدد مدى تضحيته إلا في المستقبل تبعاً لأمر غير محقق الحصول أو غير معروف وقت حصوله، كما أن ما يدفعه المؤمن من تعويض مجهول بالنسبة لكل منهما.
- 4 - عقد من عقود الإذعان، إذ يخضع المؤمن لشروط وقيود تجعل أحد طرفي العقد أقوى من الآخر وهو المؤمن (الشركة)، حيث تفرض من الشروط بإرادتها المنفردة ما تريد ولا يملك المؤمن أن يعترض عليه .

المطلب الثالث: حكم التأمين التجاري

عقد التأمين من محدثات هذا العصر، وقد اختلف الفقهاء المعاصرون في حكمه، حيث ذهب أكثرهم إلى منعه، ولم يجزه مطلقاً إلا القليل، ومنهم من أجاز بعض أنواعه - كالتأمين على السيارات وغيرها - ومنع أنواعاً أخرى - كالتأمين على الحياة - ، ومجمل الأقوال يرجع إلى مذهب المحرمين ومذهب المجزين، تفصيلها بأدلتها وما يرد عليها من اعتراض فيما يأتي :

القول الأول: أن التأمين التجاري محرم

وهو قول جمهور العلماء المعاصرين، وبه صدرت فتوى "المجمع الفقهي الإسلامي" التابع لرابطة العالم الإسلامي، و"مجمع الفقه الإسلامي الدولي" بجدة التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، وقد استند من منع عقد التأمين التجاري على جملة من الأصول المتفق عليها عند عامة الفقهاء، يكفي الواحد منها في القول بتحريمه، فمن ذلك:

1 - أن التأمين يعتبر عقد معاوضة، والغرر يفسد عقود المعاوضات لنهي النبي ﷺ عن بيع الغرر⁽¹⁾؛ والغرر هو: ما تردد بين الحصول والفوات أو هو ما طُويت معرفته و جهلت عينه، ووجه الغرر في التأمين أنه محتمل الوقوع، فيكون مستور العاقبة، فالمؤمن يدفع قسطاً ثابتاً محددًا في حين ما يتلقاه غير معلوم الحصول لتوقفه على وقوع الخطر، وكما أنه مجهول القدر حتى يقع الخطر المؤمن عليه، فهذا غرر في الحصول في المقدار وفي الأجل.

وقد نوقش: بأنه ليس كل غرر يوجب إبطال كل تصرف، فما كان منه معاوضة يقصد به تنمية المال كالبيع فهذا لا يجوز فيه الغرر الكثير، والجهالة التي تمنع هي الجهالة التي تؤدي إلى عدم إمكان تنفيذ العقد أو إلى نزاع فيه.

2 - أن عقد التأمين ينطوي على المقامرة والرهن؛ لأن المقامرة والمراهنة عقد لا يستطيع فيه كل واحد من المقامرين أو المتراهنين أن يحدد وقت العقد القدر الذي يأخذه أو يعطيه، ولا يتبين ذلك إلا في المستقبل تبعاً لحدوث أمر غير محقق الوقوع، وهذا المعنى موجود في التأمين فقد يدفع قسطاً من الأقساط ثم يقع الحادث فيستحق ما التزم المؤمن، وقد لا يقع الحادث مطلقاً فيدفع جميع الأقساط ولا يأخذ شيئاً.

1 - أخرجه: مسلم في "صحيحه": كتاب البيوع، باب النهي عن بيع الحصة وعن بيع الغرر، برقم: 3800 .

ونوقش: بأن القمار ضرب من اللهو يقصد به الحصول على المال عن طريق الحظ، وأما التأمين فهو جدٌ يعتمد على أسس علمية، وفيه ابتعاد عن المخاطر واحتياط للمستقبل بالنسبة للمستأمن.

3 - أن التأمين يتضمن الربا بنوعيه - ربا الفضل و ربا النسيئة -؛ لأن أمره آيل إلى بيع نقد بنقد حيث يتفق المستأمن مع شركة التأمين على أن يدفع قسط التأمين مقابل أن يأخذ مبلغ التأمين عند حدوث الخطر، والمبلغ الذي يأخذه المستأمن بعد أجل يحتمل أن يكون مساويا لسا دفعه أو متفاضلا.

ونوقش: بأن التأمين يقوم على أساس فكرة التعاون على جبر المصائب والأضرار الناشئة من مفاجآت الأخطار، فلا يتحقق ربا النسيئة؛ لأن أحد البدلين منفعته وهي ليست من الأصناف الستة ولا مما ألحق بهما، ولا يتحقق فيها ربا الفضل لاختلاف جنس البدلين.

4 - أن في التأمين إلزام بما لا يلزم شرعا؛ لأن المؤمن لم يحدث الخطر ولم يتسبب في حدوثه، وكذلك المؤمن يأخذ مال المؤمن دون أن يبذل عملاً للمؤمن له، فيكون التأمين من أكل أموال الناس بالباطل.

ونوقش: بأن المؤمن التزم بالضمان حين العقد برضاه، وهو طيب نفس منه فالتزم بما التزم ولا غضاضة في ذلك، وله نظير في الفقه الإسلامي ألا وهو عقد الكفالة.

5 - أن الأمان لا يباع ولا يشتري، فلا يجوز أن يكون محل معاوضة أو تجارة، ولا يجوز أن يكون وسيلة لتحقيق الربح مهما كان هذا الربح محدوداً و قليلاً للغاية.

ونوقش: بأن الأمان من أعظم ثمرات الحياة، وهناك من العقود المتفق عليها ما يشهد لجواز بذل المال بطريق التعاقد بغية الاطمئنان مثل عقد الاستئجار على الحراسة.

القول الثاني: أن التأمين التجاري جائز

ذهب إلى جواز التأمين التجاري كل من عبد الوهاب خلاف وعلي الخفيف ومصطفى الزرقا، ومجمل أدلتهم في مشروعية التأمين ترجع إلى الأدلة الآتية:

1 - التأمين عقد حادث، والأصل في العقود الإباحة والجواز حتى يقوم دليل على التحريم، ولا يوجد في الشريعة نص يمنع جوازه. ونوقش: بأن أصول الشريعة وقواعدها وما اشتملت عليه من الحكم والمصالح تقتضي تحريمه؛ لأن التأمين قائم على الربا والغرر والمقامرة المحرمة بالأدلة الشرعية، وواحدة منها كافية في إخراجها عن أصل الإباحة.

2 - القياس على نظام العاقلة، حيث تجب الدية على أفراد عائلة الجاني خطأ، وهم الذين يحصل بينه وبينهم التناصر عادة، والمقصد منها تخفيف أثر المصيبة عن الجاني المخطئ، وصيانة دماء ضحايا الخطأ عن أن تذهب هدرا في حال فقر الجاني.

ونوقش: بأنه قياس مع الفارق؛ لأن نظام العاقلة أساسه التكافل الأسري في تحمل الغرم، فهو تبرع شرع من أجل تحقيق التضامن والتعاون بين أفراد الأسرة وإسداء المعروف ولو دون مقابل، بينما التأمين التجاري يقوم على المعاوضة والاستغلال.

3 - القياس على عقد المواتاة، وهو عقد يقيم رابطة حقوقية بين عاقيه شرعاً، قوامها التزام شخص بأن يتحمل الموجب المالي عن جنابة الخطأ الصادرة من الآخر في مقابل أن هذا الملتزم يرث الآخر إذا مات دون وراث.

ونوقش: بأنه قياس مع الفارق؛ لأن مقصد الولاء تقوية معاني الأخوة والنصرة حتى يصبح مولى القوم منهم، ولهذا كان سببا معقول المعنى في استحقاق الميراث، بينما عقود التأمين مع الشركات أساسها الاستغلال، وشتان ما بينهما.

4 - القياس على ضمان خطر الطريق، وصورته: أن يقول رجل لآخر: « اسلك هذا الطريق فإنه آمن، وإن أصابك فيه شيء فأنا ضامن»، فسلكه فأخذ ماله فإنه يضمن القائل، وعقد التأمين على الأشياء يشبه هذه المسألة من حيث التزام الضمان، فالشركة التزمت الضمان، كما أن

القائل التزمه.

ويناقش: بأنه قياس مع الفارق، فضمان خطر الطريق كان بسبب التغير والحداع؛ لأنه ضمن له صفة السلامة مع إمكان وقوعها، فإذا وجدت على خلاف الواقع فقد كان سببا في إتلاف ماله فيضمن، بينما شركة التأمين لا تضمن سلامة الأخطار ولن تبذل الأسباب في دفعها، وإذا وقعت فليست سببا في وقوعها، بل غاية فعلها أن تقوم بتعويض المؤمن من أموال المستأمنين الآخرين .

5 - أن التأمين عقد التزام يجب الوفاء به، « فإذا نظرنا إلى مذهب المالكية الأوسع في هذه القضية فإننا نجد في قاعدة الالتزامات هذه متسعاً لتخريج عقد التأمين على أساس أنه التزام من المؤمن للمستأمنين ، ولو بلا مقابل على سبيل الوعد بأن يتحمل عنه أضرار الحادث الخطر الذي هو معرض له، أي أن يعرض عليه الخسائر » .

ويناقش: بأن الوعد الملزم عند المالكية هو الوعد الذي لا يترتب على الإلزام به محذور شرعي، والإلزام بالوعد في عقد التأمين التجاري يترتب عليه عدّة محاذير، وهي: الربا والغرر والقمار والتغير...؛ فيكون الإلزام في التأمين خارجا عن دائرة الوعود الملزمة .

6 - القياس على نظام معاشات التعاقد، من خلال ما تقوم به الدولة من اقتطاعات من رواتب الموظفين، حتى إذا بلغ أحدهم سن التقاعد أو مات يعطى راتبا شهريا في مقابل الاقتطاعات، فيشبه بذلك ما يدفعه المؤمن له لشركة التأمين فإذا وقع الحادث أخذ مقابل ما دفع .

ويناقش: بأنه قياس مع الفارق؛ لأن الموظف يحصل على مبلغ التقاعد إذا بلغ المدة المحددة في الخدمة، وفي التأمين قد تنتهي مدة العقد دون وقوع الحادث فلا يحصل المؤمن له على شيء ويخسر جميع ما دفعه، وهذا غرر بيّن .

وبعد النظر في أدلة الفريقين يظهر أن أدلة المجوزين قائمة على أساس التعاون والتكافل الاجتماعي، وهذا أقرب إلى التأمين التكافلي الذي أساسه التبرع، وأما التأمين التجاري فقائم على المعاوضة ولكن الدعاية الإعلامية المضللة تصوّره في ثوب البر والإحسان وحماية المجتمعات من الأخطار المحدقة بها، فإن المتدبر لجوهره والناظر في حقيقة أمره ومخبره، يعلم أن ذلك كله من الخداع الباطل، وبيان ذلك أن غاية شركات التأمين التجاري هو الربح، والمستأمن إذا دفع القسط ولم يقع الخطر - وفي الغالب لا يقع - كان ما دفعه مكسبا للشركة وخسارة للمستأمن، فيكون الإنسان عرضة لخسارة يقينية مقابل منفعة نادرة الوقوع؟! وإذا وقع المكروه ودفعت الشركة التعويض بأضعاف ما أعطى المستأمن كانت خسارة للشركة ومكسبا للمستأمن، ولهذا نجد المؤمن له يجزئه أن يدفع الأقساط كلها ولا يقع الحادث، فيذهب ماله سدى، وكثيرا ما يخاف أن يقع الحادث ثم لا تعوضه الشركة أو تماطل في تعويضه، فظهر أن الأمان المدعى في التأمين التجاري ما هو إلا الحصول على مبلغ التأمين عند تحقق الخطر ولا يحصل بدفع الخطر أصلا، ولا تقوم شركات التأمين إلا بالتعويض عن طريق المقاصة المبنية على الغرر والجهالة والقمار !

ويا ليت الأمر وقف عند ذلك فحسب، بل إنّ ما دفعته الشركة من تعويض خسارة ظاهرية؛ لأنها تقوم بتعويض الأقلية من أقساط الأكثرية، فضلا أن الغطاء التأميني لشركات التأمين التجاري في الغالب لا يغطي إلا نسبة ضئيلة من مجموع المستأمنين، ولو فرض وقوع الخطر على الجميع، فهل ستقوم الشركات بتعويضهم جميعا؟! هذا هو الإفلاس المحتّم، ولهذا شهد الحسّ والواقع أن التزامها غير صادق تجاه جميع المستأمنين، فنجدها في أوقات الكوارث والمصائب العامة، التي أشد ما يكون فيها المستأمن بحاجة لتعويض الخسائر قد أبدت ضعفا أو عجزا في الوفاء! فمن أين يأتي الشعور بالأمان بعد معرفة ذلك؟! وكيف إذا علمنا أن شركات التأمين سعيا وراء الربح تجتهد في إثارة المخاوف مع كل احتمال يمكن أن يتعرض له الإنسان لكي يُقبّل على التأمين، فأَيُّ أمان هذا الذي يتخذ من إثارة المخاوف بشكل دائم سبيلا إلى أكل أموال الناس بالباطل؟!

ولم يقف الأمر عند هذا الحد بل إنّ كثيرا من المستأمنين صار مُهمّلا في حفظ أمواله من الضياع ووقايتها من كل ما يضرها اعتمادا على وجود التأمين، وإذا كان مبلغ التعويض أكبر من قيمة الشيء محل التأمين، كان من مصلحة المستأمن هلاك المؤمن عليه للحصول على التعويض، وقد يحدث بإتلافه فيفتعل حوادث سرقة أو إشعال حرائق أو غير ذلك؛ رغبة في الحصول على التعويض، فظهر جليا أن التأمين التجاري بعيد كل البعد عن مفهوم الأمان نظريا وتنزيلا !

إن قيل كيف السبيل إلى مواجهة الأخطار وتحقيق الأمن في المجتمعات؟ فيقال بأن الإسلام قد أرشد إلى التعاون والتكافل الاجتماعي انطلاقاً من واجب التأخي بين المسلمين، لقول الله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ [المائدة:2]، فأبي مانع من جعل صندوق وطني للتأمينات تشرف عليه الدولة، ويجبر كل من يمارس نشاطاً تجارياً على المساهمة فيه على قدر ماله وما يحققه من أرباح، فإذا وقع مكروه لأحد وجد في ذلك الصندوق ما يعينه على تعويض الضرر الذي أصابه، وما بقي من أموال بعد تعويض المتضررين، يصرف في مشاريع تعود على الصالح العام، في سلك الصحة والتعليم وتجهيز الطرقات وغير ذلك، فهذا هو التكافل الحقيقي وليس اختلاس أموال الناس تحت ستار الخوف وتحقيق الأمن.

قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي رقم 9 (2/9) بشأن التأمين وإعادة التأمين

إن مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورة انعقاد مؤتمره الثاني بجدة من 10 - 16 ربيع الثاني 1406 هـ/ 22 - 28 ديسمبر 1985 م.

بعد أن تابع العروض المقدمة من العلماء والمشاركين في الدورة حول موضوع "التأمين وإعادة التأمين"، وبعد أن ناقش الدراسات المقدمة، وبعد تعمق البحث في سائر صورته وأنواعه، والمبادئ التي يقوم عليها والغايات التي يهدف إليها، وبعد النظر فيها صدر عن المجمع الفقهية والهيئات العلمية بهذا الشأن، قرر:

1 - أن عقد التأمين التجاري ذا القسط الثابت الذي تتعامل به شركات التأمين التجاري عقد فيه غرر كبير مفسد للعقد، ولذا فهو حرام شرعاً.

2 - أن العقد البديل الذي يحترم أصول التعامل الإسلامي هو عقد التأمين التعاوني القائم على أساس التبرع والتعاون. وكذلك الحال بالنسبة لإعادة التأمين القائم على أساس التأمين التعاوني.

3 - دعوة الدول الإسلامية للعمل على إقامة مؤسسات التأمين التعاوني، وكذلك مؤسسات تعاونية لإعادة التأمين، حتى يتحرر الاقتصاد الإسلامي من الاستغلال ومن مخالفة النظام الذي يرضاه الله لهذه الأمة.
والله أعلم.

المبحث الرابع: بيع الحقوق المعنوية

المطلب الأول: تعريف الحقوق المعنوية

الحق لغة نقيض الباطل، لقوله تعالى: ﴿ وَقُلْ جَاءَ الْحَقُّ وَزَهَقَ الْبَاطِلُ ﴾ [الإسراء: 81].

وأما اصطلاحاً فلا يختلف استعمال الحق عند الفقهاء عن استعماله اللغوي، وهو شامل لكل عين أو مصلحة تكون لك بمقتضى الشرع سلطة المطالبة بها، أو منعها عن غيرك، أو بذلها له.

فمثال الأعيان المملوكة، أن تقول: "هذا الكتاب حقى"، أي ملكية هذا الكتاب حق من حقوقي، ومثال المنافع أو المصالح: سكنى الدار للمالكها، والشفعة للشريك، وحضانة الأم لولدها، وحق المرور في الطريق.

والحق بهذا المعنى بهذا المعنى أعم من المال؛ لأن المال يطلق على ما يتموله الناس عادة، وأما الحقوق فمنها ما لا يتمول كحق الحضانة للأم.

وإذا نظرنا إلى الحقوق التي يتمولها الناس نجدها قد تكون عينية مادية، فيكون الحق العيني سلطة تنصب مباشرة على عين معينة قائمة بذاتها كحق الملكية مثلاً، وأما إن كان الحق محله شيء غير مادي فهو حق معنوي، وبناء على ذلك يمكن تعريف الحقوق المعنوية بأنها: « سلطة على شيء غير مادي، هو ثمرة فكر صاحب الحق أو خياله أو نشاطه، كحق المؤلف فيما ابتدعه من أفكار علمية، وحق الفنان في مبتكراته الفنية، وحق المخترع في مخترعاته الصناعية ».

المطلب الثاني: مالية الحقوق المعنوية

قبل الكلام عن حكم بيع الحقوق المعنوية لابد من التأكد من ماليتها؛ لأن ما ليس بمال لا يجوز بذل المال لتحصيله والمعاوضة عليه، ومالية الحقوق المعنوية ترجع أساساً إلى الخلاف بين الحنفية وجمهور الفقهاء في بيان حقيقة المال، حيث يقصر الحنفية مسمى المال على الأشياء الهادية التي يمكن حيازتها وادخارها، وهو قيد يخرج منافع الأعيان؛ لأنها أعراض لا يمكن حيازتها وادخارها، فالسيارة مال؛ لأنها شيء مادي محسوس يمكن حيازته وادخاره، بينما ركوب السيارة ليس مالا عند الحنفية؛ لأنه لا يمكن حيازته وادخاره، وقس على ذلك سكنى الدار ونحوها.

والحق أن مذهب الحنفية قد هجر في الأزمنة المتأخرة، وقد دلت الأدلة الكثيرة على أن المنافع من الأموال، فمن ذلك:

1 - أنه لم يرد في الشرع بيان محدد للمال، فيكون المرجع في تحديد مفهومه ما عهدته العرب في خطابها ولغتها، والمال لغة ما يميل إليه الطبع، وقد علم من طبيعة النفس الإنسانية أنها فطرت على الميل إلى المنافع المجردة كما تميل إلى الأعيان المشتملة على منافع، وبناء على ذلك تكون المنافع أموالاً.

2 - قد ورد في الشرع اعتبار مالية غير الأعيان، فمن ذلك أن الشارع قد أجاز أن تكون المنفعة صداقاً في النكاح، كما في قصة موسى عليه السلام مع صاحب مدين، فجعل استئجار موسى صداقاً لابنته، كما في قوله تعالى: ﴿ قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أَنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ عَلَيْكَ أَنْ تَأْجُرَنِي تَمَنِّيَ حَبِيبٌ ﴾ [القصص: 27]، وليس هذا من شرع من قبلنا فحسب، بل قد ثبت ما يقرره في شرعنا كما في قصة المرأة التي زوجها الرسول ﷺ لأحد أصحابه بشرط أن يعلمها القرآن، فقال النبي ﷺ: « فَقَدْ رَوَّجْتُكَهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ »⁽¹⁾، والصداق يجب أن يكون مالا، لقوله تعالى: ﴿ وَأَجَلَ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِينَ عَيْرَ مُسْلِفِينَ فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَرِيشَةً ﴾ [النساء: 24].

1 - متفق عليه: البخاري في "صحيحه": كتاب فضائل القرآن، باب خيركم من تعلم القرآن وعلمه، برقم: 5029. ومسلم في "صحيحه": كتاب النكاح، باب التزويج على

سور من القرآن، برقم: 3472.

3 - أعراف الناس على اختلاف بلدانهم جارية على تموّل الناس للمنافع، وتوجه رغباتهم إليها، وكل ما ورد به الشرع مطلقاً، ولا ضابط له فيه، ولا في اللغة يرجع فيه إلى العرف .

4 - هذا القول أعمل المقصد الفطري من المال وهو الانتفاع به، ويقول العز بن عبد السلام في معرض كلام له عن المنافع: « الشرع قد قوّمها ونزلها منزلة الأموال... لأن المنافع هي الغرض الأظهر من جميع الأموال »، فما لا منفعة فيه، ليس مالاً ولو كان شيئاً عينياً، فمناط المالية إذن هو المنفعة، ولذلك كان بذل المال لا يجوز إلا في منفعة بالاتفاق.

« ومن الواضح أن اجتهاد الجمهور في إلحاق المنافع بالأعيان في المالية والتقوم الذاتي، هو أحكم وأمتن وأجرى مع حكمة التشريع ومصلحة التطبيق وصيانة الحقوق، فإن اعتبار المنافع غير ذات قيمة في نفسها ليس عليه دليل واضح قوي من أدلة الشريعة، لا من نصوصها ولا من أصولها؛ وإنما هو غلو في النزعة السادية بنظرية المال والقيمة في الاجتهاد الحنفي ».

وإذا نظرنا إلى الحقوق المعنوية فهي من قبيل المنافع، ويظهر هذا جلياً في عصرنا الحاضر من تموّل حقوق المؤلفين وشهادات الاختراع والاسم التجاري والعلامة التجارية وكثير من المنافع التي لم تكن ذات قيمة في الماضي القريب، وسوف نتناول هذه الحقوق على سبيل التفصيل في الفروع الآتية:

الفرع الأول: الاسم التجاري والعلامة التجارية

الاسم التجاري: « هو تسمية يستخدمها التاجر علامة تميز منشأته التجارية عن نظائرها؛ ويعرف المتعاملون معه نوعاً خاصاً من السلع وحسن المعاملة والخدمة ».

والعلامة التجارية: « هي إشارة مادية يضعها التاجر أو المنتج على سلعة ليسهل تمييزها عن السلع الأخرى من ذات الصنف، ويمكن أن تكون اسماً يتخذ شكلاً معيناً، أو إمضاء، أو كلمة، أو حروفاً، أو أرقاماً، أو رسوماً، أو غير ذلك ».

وتختلف العلامة التجارية عن الاسم التجاري من حيث إن العلامة التجارية شارة مميزة للمنتجات، بينما الاسم التجاري تسمية للمنشأة التجارية، وقد تشتق العلامة التجارية من الاسم التجاري فيستخدم في تكوين العلامة التجارية التي توضع على المنتجات، ويحميها القانون بوصفها علامة تجارية متى اتخذت علامة مميزة للمنتجات.

وقد ذهب عامة العلماء المعاصرين على اعتبار الاسم التجاري حقاً مالياً، وذا قيمة مالية، ودلالة تجارية معينة، وبه صدر قرار المجمع الفقهي الإسلامي الدولي؛ ومجمل أدلتهم في ذلك:

1 - أن الاسم التجاري بعد التسجيل الحكومي تحصل له بعد ذلك صفة نظامية تمثلها شهادات مكتوبة بيد حاملها، وفي دفاتر الحكومة، فأشبهه الحق المستقر في العين، والتحق في عرف التجار بالأعيان، وإن كان في ظاهره أمراً معنوياً، لكنه في حقيقته له واقع ملموس، وقيمة ذاتية مستقلة عن السلع التي تمثلها.

2 - أن التاجر الذي نجح في إيجاد اسم تجاري له سمعة وشهرة قد بذل جهداً ذهنياً وأموالاً ووقتاً ليس بالقليل حتى بنى هذا الاسم وحقق لسلعته رواجاً وانتشاراً، ومكن الناس من تمييز البضائع الجيدة من البضائع المقلدة والمزيفة، كل ذلك جعل للاسم التجاري قيمة مالية، وجعل لصاحبه الحق في الانتفاع بهذا الاسم من خلال بيعه.

وهناك طريقتان في بيع الاسم التجاري:

الطريقة الأولى: أن تتعهد الشركة المنتجة ببيع الخبرة لشركة أخرى، وذلك بأن تقوم بدور التدريب والإرشاد لتصنيع البضاعة، والكشف عن أسرارها ومزاياها حتى تكون منتجات الشركتين بنفس الجودة والإتقان، فهذا العقد في الحقيقة منصب على نقل الخبرة الصناعية، وإنما دخل الاسم التجاري تبعاً، فهذا عقد صحيح لا ينبغي الخلاف عليه؛ لأن نقل الخبرة بالتدريب مقابل ثمن يتفق عليه، لا حرج فيه شرعاً، وإنما ينتقل الاسم التجاري تبعاً لانتقال الخبرة، نظراً لما هو قائم بينهما من التلازم المستمر.

الطريقة الثانية: أن يبيع التاجر الاسم التجاري دون أي التزام بتقديم خبرة، أو الكشف عن أسرار الصناعة، وإنما يطلب المشتري الاسم التجاري ليضعه على بضاعته ليحقق رواجاً لسلعته تحت هذا الاسم مقابل مبلغ من المال، فيستفيد المشتري من شهرة الاسم وثقة الناس به.

وبيع الاسم التجاري مجرداً من نقل الخبرة يحمل غشا وتدليساً؛ لأن المزايا التي تتمتع بها السلعة الأصلية من جودة وإتقان إنما هي ثمرة جهود أصحابها ونشاطهم الفكري أو الصناعي، فإذا نُقل الاسم التجاري من بضاعة إلى أخرى انفصلت الجودة والإتقان عن ذات الاسم التجاري، وانطوى ذلك على غش وتدليس وخداع لمن اشترى البضاعة الجديدة على أنها نفس البضاعة الأصلية.

ولكن لو بيع الاسم التجاري منفرداً مع اشتراط أن ينشئ المشتري مضموناً جديداً من السلع لهذا الاسم بذات المواصفات والجودة المعهودة في المنتج الأصلي، فهو جائز، فإن لم يمكنه ذلك فيجب على المشتري أن يعلن أن الاسم التجاري لم يعد يمثل ما بداخله، وأن البضاعة قد تغيرت من حيث المواصفات والأنواع، فإن فعل ذلك ارتفع الغرر، ولذلك تجد المشتري للاسم التجاري أحياناً يبين بلد التصنيع ليرتفع بذلك الغرر.

الفرع الثاني: حق التأليف والاختراع

حق التأليف صورة من صور الحقوق المعنوية، يُعطي المؤلف بمقتضاه حق الاحتفاظ بثمره الفكري، ونسبته إليه، واحتجازه المنفعة المالية التي يمكن الحصول عليها من نشره وتعميمه .

وهذا الحق قسمان:

القسم الأول: حق أدبي لا يقبل المعاوضة، ولا يدخل في مسمى المال، ويشمل أربعة أمور: حق المؤلف في تقرير نشر مؤلفه، وحقه في نسبة مصنفه إليه، وحقه في دفع الاعتداء على مصنفه، وحقه في سحب مصنفه من التداول وحرقة متى ما رأى أن هناك خطأ علمياً ارتكبه.

القسم الثاني: حق مالي يقبل المعاوضة، وهو حق صاحبه في اختصاصه بالمنفعة المالية التي تمكنه من استعماله واستغلاله وبيعه، ويلزم من اعتباره حقاً أن يتطلب حماية قانونية، ومجمل أدلتهم ترجع إلى:

1 - أن المنافع تعتبر أموالاً وهي من الأمور المعنوية، ولا ريب أن الإنتاج الذهني يمثل منفعة من منافع الإنسان، فهو جهد فكري وبدني بذله المؤلف في إعداد مؤلفه، فيعد مالاً تجوز المعاوضة عنه شرعاً.

2 - أن العرف العام جرى على اعتبار حق المؤلف في تأليفه وإبداعه، فأقرّ التعويض عنه، ولو كان هذا الحق لا يصلح محلاً للتبادل والكسب الحلال لعدّ التعويض كسباً محرماً .

3 - أن حق التأليف يتضمن تحقيق جملة من المصالح تعود على المؤلف والموزع والناشر، بل وإلى المجتمع الإنساني كله، وهي الانتفاع بما فيه من قيم فكرية ذات أثر بالغ في شتى شؤون الحياة، وهذه المصالح لم يرد نص بإلغائها فتكون من المصالح المرسلة.

4 - أن حرمان المؤلف من حقه الهادي يعتبر تحايلاً من أصحاب دور النشر لإعادة طبع الكتاب دون أن يدفعوا للمؤلف شيئاً من حقه، وهذا فيه غبن عظيم وجور كبير، حيث « يستثمر الطابع أو الناشر حق المؤلف، ويربح على حسابه أموالاً طائلة، ويُحرم المؤلف المسكين الذي كاد عقله أن يتفجر، وفكره يعيا، وأعصابه تتلف من عناء إنجاز المصنّف، والذي كلفه جهوداً طويلة وشاقة، فسهر ليله، وأتعب عينيه، وشغل نهاره كله بالتأليف، ثم يقال له: قدم هذا العمل لغيرك مجاناً!! إن هذا لهو الإفك المبين والخطأ الواضح ».

وأما حق براءة الاختراع فهو يشبه حق المؤلف إلا أن المؤلف يتعلق بالأعمال الأدبية والفنية، وأما حق براءة الاختراع فيتعلق بالأعمال الصناعية، كابتكار آلة، أو اكتشاف دواء مرض معين.

وكل صاحب اختراع له حق في شهادة تثبت أن مخترعه لم يسبق إليه، وأنه في أمان من الاعتداء على حقه حين أذاعه وأعلنه، وتعطي هذه الشهادة صاحبها حق التصرف في الاختراع بجميع الطرق الممكنة والمباحة شرعاً من استغلال أو بيع، والقول بعدم مالية براءة الاختراع، وإعطاء غيره ليستغله دون الرجوع إلى صاحبه يفضي إلى انقطاع الناس عن إنتاج ابتكارات جديدة، وهذا فساد عظيم.

ويشترط في براءة الاختراع أن لا يكون فيه ما يخالف الشرع، حيث لا تمنح براءة اختراع لآلة تصنع الخمر مثلاً، ولا لآلة للعب القمار، ولا لغيرها من المحرمات التي قد نص الشرع على تحريمها؛ لأنها أموال غير متقومة و"المعدوم شرعاً كالمعدوم حساً".

قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي رقم 43 (5/5) بشأن الحقوق المعنوية

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الخامس بالكويت من 1-6 جمادى الأولى 1409 هـ الموافق 10-15 كانون الأول (ديسمبر) 1988م،

بعد اطلاعه على البحوث المقدمة من الأعضاء والخبراء في موضوع الحقوق المعنوية، واستماعه للمناقشات التي دارت حوله، قرر ما يلي :

أولاً: الاسم التجاري، والعنوان التجاري، والعلامة التجارية، والتأليف والاختراع أو الابتكار، هي حقوق خاصة لأصحابها، أصبح لها في العرف المعاصر قيمة مالية معتبرة لتمول الناس لها، وهذه الحقوق يعتد بها شرعاً، فلا يجوز الاعتداء عليها .
ثانياً: يجوز التصرف في الاسم التجاري أو العنوان التجاري أو العلامة التجارية ونقل أي منها بعوض مالي، إذا انتقى الغرر والتدليس والغش، باعتبار أن ذلك أصبح حقاً مالياً .

ثالثاً: حقوق التأليف والاختراع أو الابتكار مصنونة شرعاً، ولأصحابها حق التصرف فيها، ولا يجوز الاعتداء عليها .

والله أعلم

المبحث الخامس: التقابض وصوره الحديثة

القبض في العقود وما يتعلق به من أحكام شرعية هو من المسائل التي تكلم فيها الفقهاء الأقدمون من مختلف المذاهب حسب الأعراف السائدة في عصرهم؛ فترجو أن نستلهم من تعليقاتهم ما نجد فيه حلاً شرعياً لكثير من القضايا المعاصرة المتعلقة بالمعاملات المصرفية التي تتم عبر البنوك من خلال الشيكات والحساب الجاري أو ما يتعلق ببيع الأسهم في الأسواق المالية وغير ذلك من نوازل العصر، وقد تكلم فيه الفقهاء المعاصرون من خلال بحوثهم المقدمة في "المجامع الفقهية"، وقد جمعت من كلامهم ما يعطي تصوراً موجزاً لأحكامه؛ بما يمكن الطالب من الولوج إلى مقاصد الموضوع ومشكلاته، والله الموفق للصواب.

المطلب الأول: مفهوم القبض

القبض لغة مصدر من الأخذ، من قبض الشيء بمعنى: أخذه، وصار الشيء في قبضتك أي: صار في ملكك، وقبضه المال: أعطاه إياه. وأما القبض اصطلاحاً فإن أكثر الفقهاء وإن لم يضعوا تعريفاً جامعاً لجميع أقسام القبض، فقد بينوه من خلال أنواعه، كما أنهم أرجعوا أمره كقاعدة أساسية إلى العرف، ولذلك نقل نصوص الفقهاء بشيء من الإيجاز للوصول إلى حقيقة القبض.

ف عند الحنفية: «التسليم والقبض عندنا هو التخلية، والتخلي، وهو أن يخلي البائع بين المبيع وبين المشتري برفع الحائل بينهما على وجه يتمكن المشتري من التصرف فيه، فيجعل البائع مسلماً للمبيع، والمشتري قابضاً له، وكذا تسليم الثمن من المشتري إلى البائع». وعند المالكية فالمشهور أن المنقول إن كان جزافاً فقبضه بالتخلية، وإن كان مقدراً فباستيفاء قدره، وإن كان حيواناً أو ثياباً أو دراهم ونحوها فالمرجع فيه إلى العرف.

وعند الشافعية - «الرجوع في القبض إلى العرف، وهو ثلاثة أقسام:

أحدها: العقار والثمر على الشجرة، فقبضه بالتخلية.

والثاني: ما ينقل في العادة كالأخشاب والحبوب، والحيتان ونحوها، فقبضه بالنقل إلى مكان لا اختصاص للبائع به سواء نقل إلى ملك المشتري، أو موات، أو شارع، أو مسجد، أو غيره، وفيه قول حكاه الخراسانيون: إنه يكفي فيه التخلية...

والثالث: ما يتناول باليد كالدراهم والدنانير، والمنديل والثوب والإناء الخفيف، والكتاب ونحوها، فقبضه بالتناول بلا خلاف...».

وعند الحنابلة: «قبض كل شيء بحسبه: فإن كان مكيلاً، أو موزوناً بيع كيلاً، أو وزناً في مقبضه بكيله، ووزنه... وقد روى أبو الخطاب عن أحمد رواية أخرى: أن القبض في كل شيء بالتخلية مع التمييز؛ لأنه خلّى بينه وبين المبيع من غير حائل، فكان قبضاً له كالعقار...».

ومن خلال ما سبق يمكن أن نعرّف القبض بأنه: «حيازة الشيء حقيقة أو حكماً».

فحيازة الشيء حقيقة تكون بأخذه ووضع اليد عليه وتسلمه، فيكون قبضاً حقيقياً.

وأما حيازة الشيء حكماً فيكون بالتخلية بين مستحق الشيء وحقه، وهو في حكم المقبوض وإن لم يقبض حقيقة، فيكون قبضاً حكماً.

والدليل على أن التخلية لها حكم القبض:

1 - أن القبض والتسليم هو التخلية والتمكن من التسلم وليس التسلم الفعلي باليد؛ لأن التسليم لغة عبارة عن جعل الشيء سالماً خالصاً، كقول الله تعالى: ﴿صَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا رَجُلًا فِيهِ شُرَكَاءُ مُتَشَكِّسُونَ وَرَجُلًا سَلَمًا لِرَجُلٍ هَلْ يَسْتَوِيَانِ مَثَلًا﴾ [سورة الزمر: 29]، أي سالماً خالصاً لا يشركه فيه أحد، فتسليم المبيع إلى المشتري، هو جعل المبيع خالصاً للمشتري لا ينازعه فيه غيره، وهذا يحصل بالتخلية، فكانت التخلية تسليماً من البائع، والتخلي قبضاً من المشتري وكذا هذا في تسليم الثمن إلى البائع، لأن التسليم واجب، ومن عليه الواجب لا بد وأن يكون له سبيل الخروج عن عهده ما وجب عليه، والذي في وسعه هو التخلية، ورفع الموانع.

2 - ما رواه ابن عمر رضي الله عنهما قال: « كنا مع النبي صلى الله عليه وسلم في سفر، فكنت على بكر صعب لعمر، فكان يغلبني، فيتقدم أمام القوم، فيزجره عمر، ويرده، ثم يتقدم فيزجره عمر ويرده، فقال النبي صلى الله عليه وسلم لعمر: « بَعْنِيهِ »، قال: « هو لك يا رسول الله »، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: « بَعْنِيهِ »، فباعه من رسول الله، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: « هو لك يا عبد الله بن عمر تصنع به ما شئت »⁽¹⁾.

ووجه الاستدلال بهذا الحديث أن الجمَل دخل في ملكية الرسول صلى الله عليه وسلم بمجرد العقد، مع أنه منقول، فلو كان النقل الفعلي شرطاً لأخذه الرسول صلى الله عليه وسلم أولاً بيده، ثم وهبه لابن عمر رضي الله عنهما.

3 - وكذلك ما رواه ابن عمر رضي الله عنهما قال: « كنت أبيع الإبل بالبقيع، فأقبض الورق من الدنانير، والدنانير من الورق فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم وهو في بيت حفصة، فقلت: « يا رسول الله، رُوَيْدُكَ أَسْأَلُكَ: إِنِّي كُنْتُ أبيعُ الإبلَ بالبقيع فأقبِضُ هذه من هذه وهذه من هذه، فقال: « لا بأس أن تأخذها بسعر يومها ما لم تفترقا وبينكما شيء »⁽²⁾.

ووجه الدلالة من الحديث أن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما كان يشتري من بائعه الذهب المستقر في ذمته بالفضة، مع أن بائعه لم يستلم بعد ذهبه الذي كان ثمناً لإبله، فهذا دليل على أن القبض هو التخلية والتمكن، وليس النقل الفعلي، ولكن العملية الثانية لما كانت من الربويات اشترط الرسول صلى الله عليه وسلم القبض الفوري في المجلس.

4 - عن عائشة - رضي الله عنها - في حديث الهجرة، وفيه أن أبا بكر رضي الله عنه قال للنبي صلى الله عليه وسلم: « إن عندي ناقتين أعددتها للخروج، فخذ إحداهما ». قال: « قد أخذتها بالثمن »⁽³⁾.

ووجه الدلالة من الحديث أن قوله صلى الله عليه وسلم: « أخذتها » لم يكن أخذاً باليد، ولا بحيازة شخصها، وإنما كان التزاماً منه لابتياعها بالثمن وإخراجها عن ملك أبي بكر رضي الله عنه، ويلزم منه أن انتقال الضمان في الدابة ونحوها إلى المشتري بنفس العقد؛ لأنه لم يقبضها بل أبقاها عند أبي بكر رضي الله عنه.

5 - أن الفقهاء أجازوا بيع المغصوب لمن يقدر على انتزاعه من غاصبيه؛ ومناطق الجواز أن المشتري لما كان قادراً على تسلّم المبيع من الغاصب، فكأن البائع قد باعه ما هو عنده، أو صار كما لو باعه مالا وهو عند المشتري وتحت يده وليس عند البائع، والعندية هنا ليست عندية الحسّ والمشاهدة، فإنه يجوز أن يبيعه ما ليس تحت يده ومشاهدته، وإنما هي عندية الحكم والتكمين.

وبناء على ما سبق فكل بيع خلّى فيه البائع المبيع بينه وبين المشتري برفع الحائل بينها على وجه يتمكن المشتري من التصرف فيه فهو قبض حكمي، وهو مقبول ومعتبر، يُقام فيها مقام القبض الحقيقي ويُنزّل منزلته، وإن لم يكن متحققاً حسّاً في الواقع؛ لأنّ تمكنه من القبض بإذن البائع مع عدم المانع والحائل قائم مقام القبض الحقيقي.

والقبض الحكمي يختلف بحسب حال المبيع، فإعطاء مفتاح العقار الذي له قفل للمشتري يكون قبضاً؛ لأنه أعطاه ما يتمكن به من الدخول للعقار والانتفاع به، وفي نحو ثوب؛ فكونه بحيث لو مدّ يده تصل إليه قبض، وغير ذلك مما تعارف الناس على أنه قبض على اختلاف الزمان والمكان.

المطلب الثاني: أثر القبض في العقود الصحيحة

للقبض تأثيره في انعقاد العقود وتامها، ولأجل ذلك قسم الفقهاء العقود باعتبار اشتراط القبض فيها إلى أربعة أقسام:

1 - ما يشترط القبض في صحته، مثل: الصرف وبيع الأموال الربوية بعضها ببعض سواء كانا متحدي الجنس، أو مختلفين، وإذا لم يتم القبض فقد بطل العقد أو فسد بالاتفاق.

1 - أخرجه البخاري في "صحيحه": كتاب البيوع، باب إذا اشترى شيئاً فوهب من ساعته قبل أن يفترقا...، برقم: 2009.

2 - أخرجه: أحمد في "المسند" (2/139)، وأبو داود في "سننه": كتاب البيوع، باب في اقتضاء الذهب من الورق، برقم: 3356، والنسائي في "سننه": كتاب البيوع، باب بيع الفضة بالذهب وبيع الذهب بالفضة، برقم: 4582، والحاكم في "المستدرک" (2/44) وقال: « هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه ».

3 - أخرجه البخاري في "صحيحه": كتاب البيوع، باب إذا اشترى متاعاً أو دابة فوضعه عند البائع أو مات قبل أن يقبض، برقم: 2031.

وكذلك يجب تسليم الثمن (رأس مال السلم) في مجلس العقد عند جمهور الفقهاء، خلافاً للملكية حيث أجاز أكثرهم تأخيره إلى ثلاثة أيام ما دام لم يشترط في العقد، أما إذا اشترط التأخير في العقد فقد فسد العقد بالاتفاق .

2 - ما يشترط القبض في لزومه: كالرهن والهبة عند جمهور الفقهاء.

3 - ما يشترط القبض في استقراره: فالعقد يتم ويلزم بمجرد الإيجاب والقبول ولكن ملكية العاقدين للمعقود عليه لا تستقر تماماً إلا بالقبض، وهذا مثل البيع - في غير الربويات - والسلم بالنسبة للمسلم فيه، والإجارة، والصدّاق، ونحوها.

4 - ما لا يشترط فيها القبض لا في صحته ولا في لزومه، ولا في استقراره، مثل: النكاح، والحوالة، والوكالة، والوصية، والجعالة.

المطلب الثالث: صور القبض الحكمي القديمة

أكثر مسائل القبض الحكمي التي تكلم عنها الفقهاء الأقدمون تتعلق بأحكام المداينات، وترجع إلى حكم التصرف في الدين قبل قبضه قبضاً حقيقياً، أي يعطى حكمه فيكون قبضاً حكماً أم لا؟ والجواب عن ذلك في المسائل الآتية:

أ - اقتضاء أحد النقدين من الآخر: المدين بنوع من النقود له أن يصرفه من دائنه بنقدٍ آخر، ولما كان الصرفُ لا يصحُّ إلا مع التقابض بالإجماع؛ وجبَ على المدين أن يدفع إليه البدل من النقد الآخر في مجلس العقد؛ لأنَّ ثبوت المبدل منه في ذمة المدين قبل المصارفة يعتبر قبضاً حكماً واقتضاءً تقديرياً له من دائنه، فكأنَّ الدائن قبل المصارفة قد تسلم الدين ثم أعاد مصارفته مع المدين بنقد آخر في مجلس العقد قبل أن يفترقا.

ب - المقاصّة: إذا انشغلت ذمة الدائن بمثل ما له على المدين في الجنس والصفة ووقت الأداء، برئت ذمة المدين مقابلةً بالمثل من غير حاجة إلى تقابض بينهما، ويسقط الدينان إذا كان متساويين في المقدار؛ لأنَّ ما في الذمة يعتبر مقبوضاً حكماً، فإن تفاوتا في القدر، سقط من الأكثر بقدر الأقل، وبقيت الزيادة، فتقع المقاصّة في القدر المشترك، ويبقى أحدهما مديناً للآخر بما زاد .

ج - تطرُح الدَيْنَيْنِ صرفاً: ذهب الحنفية والمالكية وتقي الدين السبكي من الشافعية وتقي الدين ابن تيمية من الحنابلة إلى أنه لو كان لرجل في ذمة آخر دينار، وللآخر عليه دراهم، فاصطفا بهما في ذمتهما، فإنه يصح ذلك الصرف، ويسقط الدينان من غير حاجة إلى التقابض الحقيقي - مع أن التقابض في الصرف شرط صحته بإجماع الفقهاء - وذلك لوجود التقابض الحكمي الذي يقوم مقام التقابض الحسي، وقد عللوا ذلك "بأنَّ الذمة الحاضرة كالعين الحاضرة" و"بأنَّ المدين في الذمة كالمقبوض" .

د - جعل الدين الذي على المسلم إليه رأس مال السلم: ذهب ابن تيمية وابن القيم إلى أنه إذا كان لرجل في ذمة آخر ديناراً، فجعله سَلماً في طعام إلى أجل، فإنه يصحُّ السلم من غير حاجة إلى قبض حقيقي لرأس مال السلم - مع اتفاق الفقهاء على وجوب تسليم رأس المال معجلاً لصحة السلم - وذلك لوجود القبض الحكمي لرأس مال السلم، وهو ما في ذمة المدين المسلم إليه، فكأنَّ الدائن بعد عقد السلم قبضه منه ثم ردّه إليه، فصار معجلاً حكماً، فارتفع المانع الشرعي.

هـ - رهن الدين عند المدين، وهبة المرأة مهرها المؤجل لزوجها:

قال القاضي ابن العربي: « إذا تعامل رجلان لأحدهما على الآخر دين، فرهنته دينه الذي له عليه، كان قبوله قبضاً، وقال غيرنا من العلماء: لا يكون قبضاً، وكذلك إذا وهبت المرأة كالتبضع لزوجها جاز، ويكون قبوله قبضاً، وخالفنا فيه أيضاً غيرنا من العلماء، وما قلناه أصح؛ لأنَّ الذي في الذمة أكد قبضاً من المعين، وهذا لا يخفى.»

المطلب الرابع: صور القبض المعاصرة

أحكام صور القبض المعاصرة لا تختلف عن الصور القديمة إذا اعتبرنا مناطاتها، وإذا كان مناط القبض والمقصد من تشريعه هو التمكن من التصرف في المعقود عليه من غير مانع، فإن هذا التمكن يختلف باختلاف الزمان والمكان وما اتخذته الناس من وسائل لتحقيق مصالحهم، فمبنى القبض وأساس مسأله وصوره قائم على العرف، فكل ما عدّه العرف قبضاً في أي عصر من العصور فهو قبض، ما دام

يحقق مقاصد القبض، ويجب الحذر عن التزام جزئيات القبض وصوره في عصر ما بالنسبة للعصر الذي يليه ما دام العرف قد تغير؛ لأن ما هو مبني على العرف يتغير بتغيره.

قال ابن القيم: « فمهما تجدد في العرف شيء فاعتبره، ومهما سقط فألغِه، ولا تجمد على المنقول في الكتب طولَ عمرِك، بل إذا جاءك رجلٌ من غير إقليمك يستفتيك فلا تُجرِه على عُرْف بلدك، وسَلِّه عن عرف بلده فأجرِه عليه وأفتِه به، دون عرف بلدك والمذكور في كتبك، فهذا هو الحق الواضح، والجمودُ على المنقولات أبداً ضلالٌ في الدين وجهلٌ بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين ».

الفرع الأول: قبض العقار

إذا كان قبض العقار يتم في العصور القديمة بالتخلية وترتب عليه آثاره من تمام الملك والتصرف فيه بالسكنى أو البيع أو الإجارة، فإن هذا غير كاف في العصر الحديث، حيث أصبحت قيود السجل العقاري هي المعتبرة في ثبوت الحقوق العقارية وانتقالها، ويعتبر تسجيل بيع العقار في صحيفته من السجل العقاري في حكم التسليم الكافي والقبض الحكمي، ولو كانت الدار مشغولة بأمتعة البائع أو بحقوق مستأجر؛ لأن قيد السجل يغني عن التسليم الفعلي، ويقطع علاقة البائع فيصبح أجنبياً، وترتب على ذلك أن بائع العقار إذا ظل شاغلاً له بعد التسجيل وممتنعاً عن تفرغته وتسليمه فإنه تنزع يده عنه بقوة القضاء، كما لو شغله غصبا بلا حق بعد التسليم. والقبض بهذه الصورة من المصالح المرسلة التي تعود بالنفع العام على الناس، وذلك بإثبات الحقوق والقضاء على كثير من النزاعات التي تنشأ بسبب جحود الحقوق والاحتيايل على أصحابها.

الفرع الثاني: قبض أسهم الشركات

الأسهم هي نصيب المساهم في مال الشركة وهي مثبتة في صكوك لها قيمة اسمية، وتمثل الأسهم في مجموعها رأس مال الشركة ويصدر بها صكوك تمثل حصة المساهم في رأس مال الشركة، ومن أهم خصائصها التي تفارق بها شركات الأشخاص أنها قابلة للتداول بالطرق التجارية.

والغالب على الأسهم في واقعنا المعاصر هي "الأسهم الاسمية"، وهي التي يوضع عليها اسم مالكها، فتنتقل ملكيتها بنقل قيدها في سجل المساهمين، وهي بدون ذلك القيد لا تزال ملكاً لبائعها، وإن حصل الإيجاب والقبول باللفظ فلا اعتبار به، ولا يجوز للمشتري التصرف فيها إلا بعد تقييدها في سجل المساهمين.

وهناك نوع من الأسهم تسمى "الأسهم لحاملها"، وهي التي لا تحمل اسم مالكها ويحصل قبضها بتسليم الصك لحامله، وتداولها بالتسليم من يد إلى يد دون الحاجة إلى التنازل في دفاتر الشركة، فإنها وإن وُجد نزاع في صحتها لما فيها من الجهالة والغرر إلا أنها إن صحت فقبضها بما ذكر ومرجع ذلك العرف ونصوص اللوائح الأساسية لتأسيس الشركة.

الفرع الثالث: قبض الشيكات

الغالب على الشيك أن يشتمل على أطراف ثلاثة، هي: الساحب والمسحوب عليه والمستفيد، فيتضمن طلباً من شخص يسمى (الساحب من شخص آخر يسمى (المسحوب عليه / المصرف) أن يدفع بمقتضاها مبلغاً معيناً من النقود للمسحوب له، ويشترط لسحب الشيك أن يكون المسحوب عليه مديناً للساحب بما لا يقل عن قيمته؛ لأن سحب الشيك على جهة ليس للساحب فيها رصيد يفني بقيمة الشيك المسحوب يعتبر جريمة شديدة يعاقب عليها القانون.

فثبت أن الشيك إنما هو وثيقة بدين تقضي بإحالتة من ذمة ساحبه إلى ذمة المسحوب عليه مع بقاء مسؤولية ساحبه حتى سداه.

وإذا كان الأمر كذلك فهل يعتبر قبض الشيك قبضاً لمحتواه بحيث يوجب قبضه براءة الذمة وتصح المصارفة به؟

إن النقود في اصطلاح الاقتصاديين هي كل ما يستخدم وسيطاً في تبادل السلع والخدمات ويلقى القبول العام من الناس، دون نظر إلى الشكل الذي تكون عليه فقد تتخذ النقود الشكل المعدني مثل النقود الذهبية والنقود الفضية، وقد تتخذ النقود الشكل الورقي، مثل النقود

الورقية الإلزامية التي تصدرها البنوك المركزية، وقد تتخذ شكل النقود الائتمانية (المصرفية) التي تقدمها البنوك التجارية، ومن أشهر أدواتها (الشيك).

والذي يأخذ (الشيك) في معاملة ما فإنه يأخذ نوعاً من النقود، بل إن النقود الورقية تحمل من المخاطر أكثر مما تحمله النقود الائتمانية، فإذا كان حامل النقود المزيفة لا يحميه القانون ما دام المزيف غير معروف فإن حامل الشيك يحميه القانون حيث ينص قانون العقوبات على توقيع عقوبة النصب على كل من أعطى شيكاً لا يقابله رصيد قائم أو كان أقل من قيمة الشيك أو أمر المسحوب عليه بعدم الدفع. « وإذا نظرنا إلى هذه الاعتبارات يمكن القول معها بأن تسليم المصرف الوسيط شيكاً بقيمة ما قبض من طالب التحويل يعتبر بمثابة دفع بدل الصّرف في المجلس - أي أن قبض ورقة الشيك كقبض مضمونه - فيكون الصرف قد استوفى شريطته الشرعية في القبض ».

الفرع الرابع: القبض في المعاملات المصرفية

- 1 - يعتبر القيد المصرفي لمبلغ من المال في حساب العميل إذا أودعه في حسابه شخص آخر أو جعله فيه بحواله مصرفية قبضاً حكماً من المستفيد صاحب الحساب، وتبرأ ذمّة الدافع بذلك إذا كان مدينًا له به.
- 2 - إذا كان للعميل حساب لدى مصرف بعملة ما، فأمر المصرف بقيد مبلغ منه في حسابه بعملة أخرى بناءً على عقد صرف ناجز تم بينه وبين المصرف، واستيفاء المبلغ الذي اشترى به من حسابه، فيعتبر القيد المصرفي المعجل بالعملة المشتراة قبضاً حكماً من قبل العميل الأمر، ويعتبر الاقتطاع الناجز من قبل المصرف للبدل من حساب العميل قبضاً حكماً له من المصرف. ويُعدّ مجموع ذلك بمثابة التقابض بين البدلين في الصرف، وإن اتحدت يد القابض والمقبض حساً.
- 3 - إذا تصارف العميل مع المصرف الذي له في حساب، فأمر المصرف باقتطاع البدل الذي اشترى به من حسابه، وتسلم من المصرف شيكاً بالنقد الذي اشترأه، فيعتبر اقتطاع المصرف الناجز لبدل الصرف من حسابه قبضاً حكماً للبدل من العميل المشتري، ويعتبر تسلم العميل الشيك قبضاً حكماً لمضمونه ويكون ذلك بمنزلة التقابض في البدلين قبل التفرق.
- 4 - إذا اشترى شخص نقداً من مصرف بنقد آخر، فدفع إليه البدل، وأخذ منه في المجلس شيكاً بعوضه من النقد الآخر مسحوباً على البنك، فيعتبر قبضه للشيك قبضاً حكماً لمضمونه، ويكون ذلك بمنزلة التقابض في البدلين قبل التفرق.
- 5 - إذا اشترى شخص نقداً من مصرف بنقد آخر، فدفع إليه البدل، ودفع العوض من النقد الآخر لحساب المشتري لدى مصرف آخر، فيعتبر ذلك إقباضاً حكماً للمشتري، ويُنزّل التعامل بتلك الكيفية منزلة التقابض الناجز بين البدلين في الصرف.

قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي رقم 55 (6/4)

بشأن القبض: صوره وبخاصة المستجدة منها وأحكامها

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية من 17 إلى 23 شعبان 1410 هـ الموافق 14 - 20 آذار (مارس) 1990 م.

بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع: "القبض: صوره وبخاصة المستجدة منها وأحكامها"، واستماعه للمناقشات التي دارت حوله، قرر:

أولاً: قبض الأموال كما يكون حسياً في حالة الأخذ باليد، أو الكيل أو الوزن في الطعام، أو النقل والتحويل إلى حوزة القابض، يتحقق اعتباراً وحكماً بالتخلية مع التمكين من التصرف ولو لم يوجد القبض حساً، وتختلف كيفية قبض الأشياء بحسب حالها واختلاف الأعراف فيما يكون قبضاً لها.

ثانياً: إن من صور القبض الحكمي المعتبرة شرعاً وعرفاً.

1 - القيد المصرفي لمبلغ من المال في حساب العميل في الحالات التالية:

(أ) إذا أودع في حساب العميل مبلغ من المال مباشرة أو بحوالة مصرفية.

(ب) إذا عقد العميل عقد صرف ناجز بينه وبين المصرف في حالة شراء عملة بعملة أخرى لحساب العميل.

(ج) إذا اقتطع المصرف - بأمر العميل - مبلغاً من حساب له إلى حساب آخر بعملة أخرى، في المصرف نفسه أو غيره، لصالح العميل أو لمستفيد آخر، وعلى المصارف مراعاة قواعد عقد الصرف في الشريعة الإسلامية.

ويغتفر تأخير القيد المصرفي بالصورة التي يتمكن المستفيد بها من التسلم الفعلي، للمدد المتعارف عليها في أسواق التعامل، على أنه لا يجوز للمستفيد أن يتصرف في العملة خلال المدة المغتفرة إلا بعد أن يحصل أثر القيد المصرفي بإمكان التسلم الفعلي.

2- تسلم الشيك إذا كان له رصيد قابل للسحب بالعملة المكتوب بها عند استيفائه وحجزه المصرف.

والله أعلم

المبحث السادس: تداول الأسهم والسندات

أصبحت "الأسواق المالية" المنظمة في العصور المتأخرة عنوان الحضارة والتقدم وتطور حياة المجتمعات في مختلف المجالات التجارية والصناعية والاقتصادية، وذلك من خلال ما يجري فيها من مهام وأعمال مالية ضمن أنظمتها الإدارية بما يساعد على تطوير الأعمال التجارية والاقتصادية التي هي شريان الحياة لكل المجتمعات، وهي - من حيث المبدأ - تدخل تحت قاعدة المصالح المرسله في مجال السياسة الشرعية التي تعطي الحق لولي الأمر إلزام الناس بنوع من التنظيمات ما دامت لا تتعارض مع مقاصد الشريعة وأصولها الكلية، ومن أهم الأدوات المستخدمة في الأسواق المالية هي الأسهم والسندات، وسيأتي تفصيلها وبيان طريقة عملها وتكييفها الفقهي فيما يأتي:

المطلب الأول: الإسهام

الفرع الأول: حقيقة الإسهام

السهم لغة بمعنى: النصيب، وأما اصطلاحاً فقد عرفه الاقتصاديون بأنه: «النصيب الذي يشترك به المساهم في رأس مال الشركة، ويتمثل السهم في صك يعطي للمساهم، يكون وسيلة في إثبات حقوقه في الشركة». فالسهم ورقة مالية تثبت لصاحبها حق ملكية جزء مشاع من رأس مال شركة، ويلزم من ذلك أن يجني كل زيادة في قيمة موجودات الشركة وما تحققه الشركة من أرباح، وفي مقابل ذلك فكل تدهور يحصل في الشركة ويمس موجوداتها من مدخرات وأصول يترتب عليه نقص في قيمة السهم أو خسارة فإنها تكون على حساب المساهمين. ويتفرع عن التعريف السابق أن للسهم جملة من الخصائص نذكرها فيما يأتي:

- 1- تتساوى قيمة الأسهم حسبما يحددها القانون، والحكمة من تساويها تسهيل تقدير الأغلبية في الجمعية العمومية، وتسهيل عملية توزيع الأرباح على المساهمين، وتنظيم سعر الأسهم في البورصة.
- 2- تساوي قيمة الأسهم يقتضي تساوي الحقوق بين المساهمين، إلا أن بعض القوانين تجيز إصدار أسهم ممتازة تمنح أصحابها حق الأولوية في الأرباح، أو في أموال الشركة عند تصفيتها، أو كليهما، أو أية ميزة أخرى.
- 3- عدم قابلية السهم للتجزئة، فإذا مات الشريك أصبحت ملكية السهم مشاعة بين الورثة، ويتعين عليهم اختيار واحد منهم يمثلهم.
- 4- قابلية الأسهم للتداول، فإذا نص على خلاف ذلك فقدت الشركة صفة المساهمة.
- 5- انفتاح أسهم المشاركة لجمهور المدخرين بحيث تتيح الفرصة لأصحاب المدخرات البسيطة للمشاركة برأس مال قليل في عمليات كبيرة لم يكن باستطاعتهم المشاركة فيها لولا توزيعها في صورة أسهم المشاركة.

الفرع الثاني: حقوق المساهم

- يعطي تملك السهم للمساهم حقوقاً أساسية بصفته شريكاً فلا يجوز حرمانه منه، ومن ذلك:
- 1- حق البقاء في الشركة، فلا يجوز فصل أي مساهم من الشركة، لأن المساهم متملك في الشركة، ولا يجوز نزع ملكيته إلا برضاه.
 - 2- حق التصويت في الجمعية العمومية، وهو سبيل المساهم إلى الاشتراك في إدارة الشركة، فيكون لكل سهم صوت، إلا إذا كان للسهم امتياز بأن يكون متعدد الأصوات.
 - 3- حق الرقابة على أعمال الشركة، وذلك بمراجعة ميزانية الشركة وحساب الأرباح والخسائر وتقارير مجلس الإدارة.
 - 4- الحق في نصيب من الأرباح والاحتياطات، وذلك لأن المساهم يقدم حصته في رأس المال من أجل الربح، فلا يصح حرمانه من هذا الحق عند توزيع الأرباح المحققة.
 - 5- الأولوية في الاكتتاب، وذلك إذا قررت الشركة بزيادة في رأس المال؛ لأنهم أولى بالأموال الاحتياطية وموجودات الشركة.

6- حق المساهم أن يتصرف في أسهمه بالبيع أو الهبة أو غيرها.

7- حق اقتسام موجودات الشركة عند حلها، لأنه شريك قد قدم حصته في رأس المال، فإذا صفت الشركة كان حقه متعلقاً في موجوداتها؛ لأنه نساء رأس المال .

الفرع الثالث: قيمة الأسهم

يمر السهم منذ تأسيس الشركة بعدة مراحل يكتسب في كل منها قيمة مغايرة عن المرحلة السابقة، وهذه القيم محصورة في أربع:

أ - القيمة الاسمية: وهي القيمة التي تكون مبيّنة في السهم عند إصداره، وهي القيمة التي دفعت لامتلاكه ابتداءً، فالصك الذي يثبت حصة الشريك في رأس مال الشركة، يجب أن يكون مطابقاً للمبلغ الذي ساهم به الشريك حقيقة، والقيمة الاسمية لمجموع الأسهم تشكل رأس مال الشركة .

ب - القيمة الحقيقية: تتغير قيمة السهم بعد ابتداء عمل الشركة فتصبح قيمته الحقيقية أكبر أو أصغر من القيمة الاسمية، وذلك بحسب ما تحقّقه الشركة من نجاح أو فشل في أعمالها.

ج - القيمة الإصدارية: تلجأ الشركات في كثير من الأحيان إلى إصدار أسهم تباع بأقل من قيمتها الاسمية، وذلك كأن تكون قيمة السهم الاسمية 5000 دينار، فتصدره الشركة بقيمة 4000 دينار، وذلك بقصد زيارة رأس المال.

د - القيمة السوقية: بمجرد انتهاء عملية الاكتتاب لا يعود للقيمة الاسمية للسهم أية أهمية فهي لا تعني أن المستثمر يملك رأسمال مساوٍ لها، ولا أن المبلغ يستحق له في يوم من الأيام، ولا أن أي جهة تضمن شراء السهم بتلك القيمة، بل إن سعر السهم يتحدد في السوق، وقد يصل إلى أضعاف قيمته الاسمية، وربما يصل إلى جزء بسيط منها فقط، وترجع العوامل المؤثرة في سعر السهم غالباً إلى:

1 - قانون العرض والطلب: فإذا زاد المعروض من أسهم شركة عن الكمية المطلوبة أدى ذلك إلى اتجاه أسعارها إلى الانخفاض والعكس صحيح.

2 - المركز المالي للشركة: تؤثر التوقعات على اتجاه الأسعار، فإذا توقع المستثمرون أن شركة ما ستحقق أرباحاً أعلى في المستقبل أو أن أسهمها ستصبح ذات سعر أعلى؛ فإن ذلك يدفعهم إلى زيادة الطلب على أسهمها ويترتب على ذلك ارتفاع أسعارها.

3 - ديون الشركة: كثرة ديون الشركة تجعل المستثمرين يتوقعون تدنياً في قدرتها على تحقيق الأرباح مستقبلاً، فينقص الطلب على شراء أسهمها ويؤدي ذلك إلى انخفاض أسعارها.

4 - الحالة الاقتصادية للقطاع الذي تعمل فيه الشركة وللبلاد بصفة عامة.

الفرع الرابع: التكييف الفقهي للأسهم

تقسيم رأس مال الشركة إلى حصص وأجزاء لا يتنافى مع المبادئ العامة للشريعة الإسلامية، والقواعد العامة للشركة في الفقه الإسلامي، إذ ليس فيها ما يتنافى مع مقتضى عقد الشركة، بل فيها تنظيم وتيسير ورفع للحرج، الذي هو من سمة هذه الشريعة، فكل حصة امتلاك تأخذ عائداً ناتجاً عن نماء المال تكون مقبولة شرعاً مع مراعاة توافر شرط "الغرم بالغنم"، وبناء على ذلك فإن السهم في الشركة المساهمة يعتبر من الأدوات المالية التي لا تتعارض مع الشرع إلا إذا كان هناك شرط مخالف مثل شرط الفائدة للسهم الممتاز إذا قلّت الأرباح عن نسبة معينة أو شرط الاختصاص والتفرد بالأرباح لصنف معين من الأسهم التي تنال نصيب الأسد دون غيرها من الأسهم.

ثم لا بد أن تكون أغراض الشركة مشروعة من الأساس مثل شركات التجارة في المواد الحلال وشركات الصناعة كالأسمنت ومصافي النفط ومصانع السيارات وغيرها، فإن امتلاك الأسهم في مثل هذه الشركات جائز وريحها مقبول رغم أن هناك من اشترط إخراج الجزء من الكسب الحرام إذا أمكن معرفته بالحساب، أما إذا كان غرض الشركة غير جائز أصلاً مثل شركات الإقراض بالربا ومصانع الخمور فإنه لا يجوز شراء أسهم هذه الشركات ولا أخذ الأرباح منها.

الفرع الخامس: أنواع الأسهم

أ - أنواع الأسهم من حيث الحقوق المرتبطة

- 1 - الأسهم العادية (Common stock): يمثل السهم العادي حصة في رأس مال الشركة وحقا مشاعا في موجوداتها، وللسهم قيمة اسمية هي تلك المطبوعة على الوثيقة.
- 2 - الأسهم الممتازة (Preffered Stock): وهي أسهم تضمن للمالك نسبة محددة من الفائدة، وتمتاز عن الأسهم العادية في استحقاق الربح وفي ضمان القيمة الاسمية والسبق إلى متاع الشركة في حال تصفيته، وهذا النوع محرم؛ لأنه يتضمن الربا المحرم شرعا؛ لأن مبنى الشركة على المخاطرة، والمشاركة الحقيقية في الغرم والغنم على قدر الحصص. وأما إذا كان الامتياز بإعطاء حق الأولوية في الاكتتاب بأسهم جديدة لأصحاب الأسهم القدامى بناء على أن الشركة قد انعقدت بالإيجاب والقبول، فإذا أرادوا توسيع أعمال الشركة فلهم أن يقرروا ذلك، اعتبارا بحق الشفعة.

ب - أنواع الأسهم من حيث ما نوع يُدفع

- 1- أسهم نقدية: وهي الأسهم التي تدفع قيمتها نقدا، وقد اتفق الفقهاء على جواز المشاركة بالنقود.
- 2- أسهم عينية: وهي التي تدفع قيمتها من الأموال العينية، وجواز المشاركة بالأعيان هو مذهب مالك ورواية عند الحنابلة، اختارها ابن تيمية، ودليلهم في ذلك قياس العروض على النقود؛ لأن العروض عند تقويمها أصبحت بمثابة النقود، وتحقق مقصود الشركة من خلال تصرفها في المالين جميعا، ويرجع كل واحد منها عند المفاصلة بقيمة ماله عند العقد، كما أننا جعلنا نصاب زكاتها قيمتها. والشركة في العروض لا تتم إلا بعد تقويمها، ويتحقق الضمان بعد هذا التقويم، وما يحدث للعروض من زيادة أو نقصان يكون من نصيب الشركاء، وحيث تطبق عليها قاعدتا "الغرم بالغنم"، و"الخارج بالضمن".

ج - أنواع الأسهم من حيث الاسم وعدمه:

- 1- أسهم اسمية: وهي التي يكتب عليها اسم صاحبها، وهذا هو المطلوب حفاظا على الحقوق، وضمانا لعدم خلط حق شخص بحق آخر، وهذا النوع تنتقل ملكيته بنقل قيده في سجل المساهمين الذي تحتفظ به الشركة.
- 2- أسهم لحاملها: أي يصدر السهم دون ذكر الاسم، فيكون حامله هو صاحبه، وعدم كتابة اسم صاحب السهم يؤدي إلى عدم معرفة الشريك، وبالتالي إلى النزاع والخصومة، كما أنه يؤدي إلى إضاعة الحقوق؛ لأن أي شخص وقعت يده عليه، سواء كان عن طريق السرقة، أو الغصب، أو غير ذلك فإنه يعتبر صاحبه، وأحد الشركاء في الشركة بحكم القانون، ولا شك أن كل ما أفضى إلى النزاع والضرر ممنوع شرعا.
- 3 - أسهم للأمر: وهي الأسهم التي يكتب عليها اسم صاحبها، ولكن تضاف عبارة "لأمر أو لإذن" وحيث يكون تداولها عن طريق التظهير - أي يكتب على ظهر الصك تحويله إلى آخر مع التوقيع وحيث يصبح الثاني مباشرة صاحبه - دون الرجوع إلى الشركة، وهذا النوع من انتقال الحصة إلى شريك آخر جائز شرعا، سواء أكان بعوض كالبيع ونحوه، أم بدونه كالهبه.

الفرع السادس: أحكام التعامل بالأسهم

العمليات التي تتم في بورصة الأوراق المالية تنقسم في مجملها إلى قسمين:

- أ - العمليات العاجلة الفورية: الغرض من هذه العمليات من خلال استلام السلعة (السهم) وتسليم الثمن (قيمة السهم) من أجل الاحتفاظ بها والاستفادة مما تدره من أرباح، كما يمكن أن يكسب المشتري عند ارتفاع سعر السهم.
- ب - العمليات الآجلة: هي العمليات التي يتفق فيها الطرفان على تأجيل التسليم ودفع الثمن إلى يوم معين يسمى موعد التصفية، وتتميز العمليات الآجلة بأنها تسمح للبائع أن يبيع سلعا لا يملكها يوم العقد، وكذلك المشتري يستطيع أن يشتري سلعا لا يملك ثمنها.

والغرض من العمليات الآجلة الحصول على الربح من فرق السعر بين يوم عقد الصفقة وبين يوم التصفية، بحيث يمكن لكل طرف في الصفقة أن يتحلل من التزامه في الدفع والتسليم عن طريق دفع الفرق بين السعر المتفق عليه والسعر حين حلول الأجل. فظهر مما سبق أن العمليات الآجلة مبنية على المخاطرة في تقلب الأسعار، والربح فيها لا يتحقق إلا لطرف واحد إما البائع أو المشتري، وهي أشبه ما تكون بالقمار والميسر، فالمتعامل بالبيوع الآجلة ليس غرضه تملك أسهم لشركة من الشركات، بل المضاربة على ارتفاع الأسعار وانخفاضها، وهو القمار والمراهنة على تفاوت الأسعار، كما أن البيوع الآجلة يشملها إجماع الفقهاء على حرمة بيع الدين بالدين.

الفرع السابع: طريقة الدفع في شراء الأسهم

تختلف طرق دفع الثمن في أسواق الأسهم حسب الأنواع الآتية:

- أ- الدفع بالكامل: وذلك بدفع كامل المبلغ المطلوب في الورقة المالية، وهذا التعامل قليل في أسواق المال والغالب عليها التأجيل.
- ب- الدفع الجزئي: ويسمى أيضا الشراء بالهامش، فيشتري العميل أسهما لا يملك إلا جزءا من قيمتها، فيدفعه للسمسار ويقترض منه الباقي بفائدة، وهذا النوع محرم؛ لأنه من صميم الربا.
- ج- البيع على المكشوف: وهو أن يقترض مستثمر أسهما من سمسار، ثم يبيعها حالا في السوق ويبقى ثمنها رهنا عند السمسار، فإذا انخفضت قيمة السهم فإنه يشتريها من السوق، ويعيدها للسمسار، ويكون قد كسب الفرق بين سعر الشراء وسعر البيع، وأما إذا لم تنخفض أسعار هذه الأسهم فسوف يخسر بمقدار الارتفاع.

المطلب الثاني: السندات

الفرع الأول: حقيقة السندات

- عرّف الاقتصاديون السندات بأنها: « صك قابل للتداول يمثل قرضًا تصدره الشركات أو الحكومة وفروعها، ويعتبر حامل سند الشركة دائنًا للشركة، له حق دائني في مواجهتها، ويعطى حملة السندات فائدة ثابتة سنويًا ولهم الحق في استيفاء قيمتها عند حلول أجلها ».
- فظهر من التعريف السابق أن للسندات جملة خصائص يمكن إجمالها فيما يأتي:
- 1- يمثل السند دينًا على الشركة، فإذا أفلست فإن أجل الدين يسقط ويشترك حامل السند مع باقي الدائنين للشركة.
 - 2- يستوفي حامله فائدة ثابتة سواء ربحت الشركة أم خسرت.
 - 3- لحامل السند حق الأولوية في استيفاء قيمة السند عند التصفية قبل السهم.
 - 4- لا يشترك حامل السند في الجمعيات العامة للمساهمين.
 - 5- يكون السند قابلاً للتداول كالسهم.

الفرع الثاني: طريقة إصدار السندات

الإصدار هو العملية التي تمكن الشركة من طرح سندات على الجمهور، ويتم ذلك بطريق الاكتتاب العام، ويكون عادة بواسطة البنوك، وتعلن الشركة كل المعلومات المتعلقة بالسندات، وأهمها الوفاء بالمبلغ الذي تعهد به ومقدار الفائدة القانونية. فلو فرضنا مثلاً أن شركة أصدرت سندات معينة، فإنها في نهاية العام قبل توزيع الأرباح على المساهمين تخرج الزيادة الربوية للمقرضين، وما يتبقى يوزع على المساهمين، فإذا لم تريح الشركة أخذ من أصولها، وإذا أفلست الشركة دخل أصحاب السندات مع الدائنين، والمساهمون لا يأخذون شيئاً إلا بعد الديون.

الفرع الرابع: التكييف الفقهي للسندات

يظهر من تعريف السند عند الاقتصاديين أنه إثبات خطي بدين ثابت لشخص في ذمة شخص آخر، وهو أمر مطلوب شرعاً لقوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنُكُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾ [البقرة: 282]، ولكن المحذور الشرعي يأتي من الفائدة التي يأخذها

أصحاب السندات، فهي زيادة في قيمة القرض مقابل الأجل، وهذا هو عين ربا الجاهلية المحرم بالكتاب والسنة والإجماع، حيث ترتب حاملها فوائد ثابتة، دون تحمله للخسارة، وهذا يناقض مبدأ "الغنم بالغرم".

والبدليل لاستمرار الشركات التي تصدرها أن تتحول هذه السندات إلى أسهم، وأن تباع أو تشتري بعقد حال، بحيث يشارك حاملوها في الربح والخسارة.

فالسندات التنموية وشهادات الاستثمار هي أدوات اقتراض تدفع الخزينة عوائدها للمستثمرين، وإن معنى قيام الخزينة بدفع الفوائد إنما يعني أن الدولة تقتطع هذه الأموال من دخل المواطنين بصورة ضرائب ليكون في ذلك أسوأ تحوير لإعادة توزيع الثروة في المجتمع حين يأخذ المستثمر الذي لا يعمل نصيباً من جهد العامل الذي لا يملك.

قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي رقم: 62 (11/6)

بشأن موضوع: السندات

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية من 17 إلى 23 شعبان 1410 هـ الموافق 14-20 آذار (مارس) 1990 م.

بعد اطلاعه على الأبحاث والتوصيات والنتائج المقدمة في ندوة (الأسواق المالية) المنعقدة في الرباط 20-24 ربيع الثاني 1410 هـ/ 20-24/10/1989 م بالتعاون بين هذا المجمع والمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب بالبنك الإسلامي للتنمية، وباستضافة وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالمملكة المغربية.

وبعد الاطلاع على أن السند شهادة يلتزم المصدر بموجبها أن يدفع لحاملها القيمة الاسمية عند الاستحقاق، مع دفع فائدة متفق عليها منسوبة إلى القيمة الاسمية للسند، أو ترتيب نفع مشروط سواء أكان جوائز توزع بالقرعة أم مبلغاً مقطوعاً أم خصماً.

إن السندات التي تمثل التزاماً بدفع مبلغها مع فائدة منسوبة إليه أو نفع مشروط محرمة شرعاً من حيث الإصدار أو الشراء أو التداول، لأنها قروض ربوية سواء أكانت الجهة المصدرة لها خاصة أو عامة ترتبط بالدولة ولا أثر لتسميتها بشهادات أو صكوكا استثمارية أو ادخارية أو تسمية الفائدة الربوية الملتزم بها ربحاً أو ريعاً أو عمولة أو عائداً.

تحرم أيضاً السندات ذات الكوبون الصفري باعتبارها قروضاً يجري بيعها بأقل من قيمتها الاسمية، ويستفيد أصحابها من الفرق باعتبارها خصماً لهذه السندات.

كما تحرم أيضاً السندات ذات الجوائز باعتبارها قروضاً اشترط فيها نفع أو زيادة بالنسبة لمجموع المقرضين، أو لبعضهم لا على التعيين، فضلاً عن شبهة القمار.

من البدائل للسندات المحرمة -إصداراً أو شراءً أو تداولاً- السندات أو الصكوك القائمة على أساس المضاربة لمشروع أو نشاط استثماري معين، بحيث لا يكون للمالكها فائدة أو نفع مقطوع، وإنما تكون لهم نسبة من ربح هذا المشروع بقدر ما يملكون من هذه السندات أو الصكوك ولا ينالون هذا الربح إلا إذا تحقق فعلاً. ويمكن الاستفادة في هذا من الصيغة التي تم اعتمادها بالقرار رقم (5) للدورة الرابعة لهذا المجتمع بشأن سندات المقارضة.

المبحث السابع: التضخم وتغير قيمة العملة

تعتبر النقود الورقية في العصر الحديث معياراً للقيم ووسيلة لتداول السلع والخدمات، ولكن بسبب التضخم الذي يطراً عليها نتج عن اعتمادها مشكلات اقتصادية، وتكبد أصحابها الخسائر الكبيرة نتيجة انخفاض قيمتها مما أثر سلباً على كثير من الالتزامات في مجال المداينات خاصة، فإذا حلّ أجل القرض أو الدين الذي في الذمة بسبب البيع بالأجل، نجد قيمة العملة تغيرت بحيث لا يكون المدفوع عدداً عند الأجل مكافئاً ومساوياً للمدفع عند بدء التعامل، مما قد يلحق غنبا كبيرا على أحد الأطراف دون تقصير من جانبه.

وبناء على ذلك فما هي الأحكام الشرعية المترتبة على هذا التغيير؟ وما هو المخرج الشرعي من أجل اجتناب مخاطر التضخم؟ الجواب عن ذلك باختصار من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول: التضخم وأسبابه وأثاره

التَّضَخُّمُ لغة مصدر من الفعل ضَخُمَ، والضَّخْمُ هو العظيم من كلِّ شيء.

وأما اصطلاحاً فالتَّضَخُّمُ عند علماء الاقتصاد هو: «ارتفاع الأسعار بسبب زيادة الإنفاق النقدي بنسبة أكبر من عرض السلع»، أو هو: «الارتفاع في المستوى العام للأسعار الذي ينتج عنه وجود فجوة بين حجم السلع الحاضرة، وحجم الدخل المتاحة للإنفاق». فالتضخم (Inflation) عبارة عن حالة اقتصادية في بلد مخصوص، يزداد فيها مقدار النقود السائلة على مقدار البضائع والخدمات التي يمكن شراؤها بالنقود، ومن النتائج اللازمة لهذه الحالة أن ترتفع أسعار البضائع والخدمات فيحدث الغلاء العام؛ لأن النقود السائلة في البلاد تمثل طلب المجتمع للبضائع والخدمات، والبضائع والخدمات الموجودة في البلاد تمثل عرضها للمجتمع، وحيثما ازداد الطلب على العرض، ازدادت الأسعار.

ويكاد يتفق الاقتصاديون على أن مشكلة التضخم نشأت في أحضان النقود الورقية، وأنه لم يحصل مثلها عند سيادة النقود المعدنية النفيسة من الذهب والفضة، حيث اهتدى الإنسان منذ القدم إلى استخدامها فلم ينافسها أي شيء آخر لما لكل منهما من خصائص مميزة من حيث قيمتها الذاتية والبقاء دون تلف والتجزئة إلى قطع وعدم التغير بالاستعمال أو التخزين.. إلخ.

وعندما بعث الرسول ﷺ كانت النقود التي يتعامل بها الناس هي الدنانير الذهبية والدرهم الفضية، فحرم الشارع الربا فيها؛ لأن «المقصود من الأثمان أن تكون معياراً للأموال يتوسل بها إلى معرفة مقادير الأموال ولا يقصد الانتفاع بعينها».

وقال ابن القيم: «فإن الدرهم والدنانير أثمان المبيعات، والثلث هو: المعيار الذي به يعرف تقويم الأموال، فيجب أن يكون محدوداً مضبوطاً لا يرتفع ولا ينخفض؛ إذ لو كان الثمن يرتفع وينخفض كالسلع لم يكن لنا ثمن نعتبر به المبيعات، بل الجميع سلع، وحاجة الناس إلى ثمن يعتبرون به المبيعات حاجة ضرورية عامة، وذلك لا يمكن إلا بسعر تعرف به القيمة، وذلك لا يكون إلا بثمن تقوّم به الأشياء ويستمر على حالة واحدة ولا يقوّم هو بغيره، إذ يصير سلعة يرتفع وينخفض، فتفسد معاملات الناس ويقع الخلف ويشتد الضرر».

وقد وقع ما حذر منه ابن القيم في العصور المتأخرة عندما تعامل الناس بالنقود الورقية، ومن أجل الوقوف على تلك الحقيقة لا بد أن نعلم بأن النقود الورقية في ظهورها قد مرّت بأطوار ثلاث:

الطور الأول: كان يكتب في العملة الورقية من الدولة المصدرة لها تعهد بأنها تدفع لحامل الورقة مقدار ما يذكر فيها من العملة الذهبية. الطور الثاني: أخذت بعض الدول تصدر عملة ورقية ليس لها غطاء ذهبي، وكان ذلك بسبب ضرورات الحرب، واعتبر ذلك أولاً كدين على الحكومات لشعوبها ولحملة الأوراق النقدية، ولكنها لم تلتزم بعد ذلك بأداء ما في الورقة من العملة الذهبية أو الفضية.

الطور الثالث: اعتبرت فيه الورقة النقدية عملة قائمة بذاتها، وتبعاً لسياسات اقتصادية معينة، بدأت تصدر الأوراق النقدية، وتغرق بها الأسواق، لذا فإن قيمة الورق النقدي بالنسبة إلى الذهب والفضة، وبالنسبة لسائر السلع، بدأت في التدهور والسقوط المستمر إلى الأسفل.

وقد صارت النقود الورقية اليوم غير مرتبطة بثمن خَلقي، وإنما هي تمثل قوة شراء مخصوصة باصطلاح من جهتها المصدرة، وتتفاوت قيمتها بغلاء الأشياء ورخصها، فكلما غلت البضائع في السوق انتقصت قوة شرائها، فكأنما انتقصت قيمتها، وكلما رخصت البضائع زادت قوة شرائها، فكأنما ارتفعت قيمتها، وبعبارة علم الاقتصاد المعاصر: إن قيمة النقود إنما تنبني اليوم على مقدار التضخم الموجود في البلاد، فكلما ازداد التضخم انتقصت قيمة النقود، وكلما نقص ارتفعت قيمتها.

وبناء على ما سبق ذكره أرجع الاقتصاديون حدوث التضخم في ظل هذا "النظام العالمي الجديد" إلى أسباب عدة أهمها:

1 - كمية النقود المتداولة بين الناس: إذ أن زيادة كمية النقود مع ثبات المعروض من السلع والخدمات تؤدي إلى نقصان قيمتها؛ لأنه يؤدي إلى غلاء الأسعار ونقصان القيمة الشرائية للنقود، ويظهر ذلك جلياً في البلدان النامية، حيث تجد حكوماتها نفسها في مأزق ولا تجد حلاً سريعاً إلا بأن تطبع ملايين وربما مليارات من النقود الورقية دون أي مقابل في السلع والخدمات، فقط لمجرد أن تخفف الدولة من بعض مواقفها الحرجة بجانب التزاماتها المدينة بها.

2 - التعامل بالربا: الذي هو عبارة عن زيادة في النقود بدون عمل مثمر، فالنقود في ظل النظام الربوي تلد نقوداً بغض النظر عن الإنتاج، وهذه الزيادة في حجم النقود هي بذاتها زيادة في تيار الإنفاق النقدي تفوق كثيراً الزيادة في عرض السلع والخدمات.

3 - منع الزكاة: فالزكاة لها تأثير فعال على منع الاكتناز الذي يحول دون نشاط تداول النقدين، كما أن للزكاة تأثيراً فعالاً على محاربة البطالة، مما يؤدي إلى مزيد من دوران المال ومزيد من الإنتاج.

4 - الاحتكار: يكاد يُجمع علماء الاقتصاد المعاصر على أن الاحتكار يساهم بقدر كبير في إفساد السريان الطبيعي لقانون العرض والطلب، فاحتكار السلعة يؤدي إلى قلة المعروض، ومع ازدياد الطلب عليها، يؤدي حتماً إلى ارتفاع الأسعار وانخفاض قيمة العملة.

5 - الحروب والحصار الاقتصادي: حيث يقل الإنتاج بسبب اشتغال الناس بالحرب فيضعف الاقتصاد، ويزيد الإنفاق النقدي من غير مقابل في الخدمات فترتفع الأسعار وتتناقص القوة الشرائية للنقود، وخير دليل على ذلك البلدان التي مرت بمثل هذه الأزمات، فالعراق - مثلاً - قبل حرب الخليج كان الشخص الذي يملك (30.000) دينار عراقي عام 1990م كان غنياً حيث كان يساوي أكثر من (90.000) دولار، وكان بإمكانه أن يشتري به منزلاً وسيارة، أما اليوم فهو يساوي عشرين دولاراً فقط!

فظهر من أسباب التضخم السابقة أن هناك علاقة عكسية بين التضخم وقيمة العملة، بحيث كلما زادت نسبة التضخم أدى ذلك إلى انخفاض قيمة العملة، وإذا كانت قيمة العملة هي: «قوتها الشرائية، والتي هي عبارة عن مقدار السلع والخدمات التي يمكن أن تتبادل بها وحدة النقد في السوق»، فإن لتغيير قيمتها الناتج عن التضخم تعلقات شائكة وآثاراً خطيرة على الفرد والمجتمع والدولة في مجالات مختلفة وجوانب شتى، فمن ذلك:

1 - إلحاق الضرر بحاملي الأوراق النقدية عينا، أو الذين لهم ديون أو ودائع نقدية، ولا يتضرر من كانت أمواله أصولاً من عقارات أو عروض، بل ترتفع قيمتها مقابل انخفاض قيمة العملة الورقية.

2 - القضاء على الطبقة الوسطى في المجتمع وزيادة الطبقة الفقيرة في الغالب، إذا أن نقص قيمة النقود يعني زيادة تكاليف المعيشة بنفس النسبة، وهذا يقع على عاتق أصحاب الدخل المحدود؛ لأن التجار في الغالب يعيدون تعويضه على طبقة المستهلكين.

3 - انتشار الفساد والجرائم الأخلاقية والسرقات والانحرافات الكثيرة بالإضافة إلى الجرائم الاقتصادية مثل المضاربة في الأسعار واحتكار السلع.

4 - يؤدي انخفاض أسعار النقود إلى انتشار الاضطرابات السياسية بسبب ازدياد حاجة الناس وفقيرهم، وهذا الأمر ملاحظ في بلدان العالم الثالث بوضوح.

المطلب الثاني: أثر تغيير قيمة العملة في سداد الديون

اتفق العلماء على أن القرض يرد بمثله طالما وجد المثل ولا تعتبر القيمة، ومن ذلك النقود المتمثلة قديماً بالدنانير الذهبية والدرهم الفضية، واليوم حلت النقود الورقية محل العملة الذهبية والفضية والفلوس، ومع الاقتناع بمبررات هذا الإحلال إلا أنها تسببت في مشاكل

كثيرة، نظرا لتغير قيمتها وعدم ثباتها نتيجة للتضخم وما نتج عن ذلك من تآكل قيمة القروض وأثمان المبيعات المؤجلة، وكثيراً ما يشتري التاجر بضاعة بنقد محدد مؤجل الوفاء إلى أمد متفق عليه، وعندما يحل الأجل ويحين وقت الأداء، يجد كل واحد من المتبايعين أن المبلغ المتفق عليه قد اختلف حاله من حيث القوة الشرائية، أو من حيث القيمة بالنسبة إلى الذهب أو العملات الأخرى عن الوضع الذي كان عليه وقت وجوبه في الذمة، وقد اختلف الفقهاء المعاصرون في اعتبار القيمة عند رد الديون بهذه النقود الورقية إذا رخصت على عدّة أقوال:

القول الأول: أن القرض يرد بالمثل والعدد لا بالقيمة، وهذا قول أكثر المعاصرين، واعتمده مجمع الفقه الإسلامي الدولي، قياساً على النقود الذهبية، فهي أثمان مثلها فتأخذ حكمها تماماً، فلا يجوز عند ذلك إجراء القرض بالدينار مثلاً وربطه بسعر آخر فيقرضه (1000) دينار قيمتها (10) دولارت على أن يردها (1200) دينار إذا نقصت قيمة الدينار، ومجمل أدلتهم في ذلك:

1 - ما رواه عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال: « كنت أبيع الإبل بالبيع، فأقبض الورق من الدنانير، والدنانير من الورق فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم وهو في بيت حفصة، فقلت: «يا رسول الله، رُوِيْدُكَ أَسْأَلُكَ: إِنِّي كُنْتُ أبيعُ الإِبِلَ بِالْبَيْعِ فَأَقْبِضُ هَذِهِ مِنْ هَذِهِ وَهَذِهِ مِنْ هَذِهِ، فَقَالَ: « لَا بَأْسَ أَنْ تَأْخُذَهَا بِسَعْرِ يَوْمِهَا مَا لَمْ تَفْتَرِقَا وَبَيْنَكُمَا شَيْءٌ »⁽¹⁾. ووجه الدلالة من الحديث أن الدين يؤدي عند تعذر المثلية إلى ما يقوم مقامها وهو سعر الصرف يوم الأداء لا يوم ثبوت الدين، فدل ذلك على أن المعتبر في الدين المثلية لا قيمته.

2 - أن العقود المشروعة لا تشمل على جهالة تُفْضِي إلى الخلاف والنزاع، وردّ النقود الورقية بقيمتها تجعل المقرض لا يدري ماذا سيأخذ والمقترض بماذا سيطلب؟ ولا يدري الاثنان المقياس الذي يلجئان إليه عند الخلاف في القول بالزيادة أو النقصان أو الثبات، وتحديد قدر الزيادة أو النقصان إن وقعت.

3 - أن القول بربط القرض بمستوى الأسعار يؤدي في حال ارتفاع الأسعار إلى أن يدفع المقرض إلى المقرض أكثر مما أخذ منه وهذا عين الربا.

4 - أن تكليف المدين - بعد الهبوط العظيم المروع في قيمة العملة - أن يدفع دينه من النقود بحسب قيمتها السابقة مرهق له إرهاباً لا يحتمل، وهذا ظلم مناف للعدل.

القول الثاني: أنه يجب رد القيمة وذهب إلى هذا الرأي كثير من المعاصرين، ويمكن تخريج هذا القول قياساً على قول أبي يوسف من الحنفية في تغير قيمة الفلوس بالغلاء والرخص، بأنه يجب رد القيمة فيها يوم القبض، ومجمل أدلتهم في ذلك:

1 - أن الأوراق النقدية ليس لها قيمة في ذاتها، وإنما قيمتها في قوتها الشرائية، والمتمثلة في تحقيق رغبات مالكيها، والعبرة في العقود والالتزامات بالحقائق والمعاني لا بالألفاظ والمباني.

2 - أن في اعتبار القيمة رفع للضرر عن كل من المقرض والمقترض، فإذا أقرضه مالا فنقصت قيمته وأوجبنا عليه قبول المثل عددا تضرر الدائن؛ لأن السال الذي تقرر له ليس هو المستحق، إذ أصبح بعد نقصان القيمة معيباً بعيب النوع المشابه لعيب العين المعينة، ولو أقرضه مالا فزادت قيمته، وأوجبنا عليه أداء المثل عددا تضرر المدين؛ لإلزامه بأداء زيادة عما أخذ.

3 - القياس على دين النفقة إذا قدره القاضي وفرضه على من تجب عليه بالنظر إلى أسعار الأشياء التي يحتاجها مستحق النفقة وقت التقرير، ثم ارتفعت أسعار هذه الحاجيات في السوق، ففي هذه الحالة يحكم بتغير الدين تبعاً لتغير الوضع المالي للنقد؛ لأن القاعدة التي بنى عليها تقدير النفقة إنما هي تحقيق الكفاية للمنتفق عليه، وهذا ومبلغ الدين المقرر بعد طروء التضخم أصبح غير كاف للوفاء بالغرض المناط به، فلهذا يتغير الدين تبعاً لتغير مناطه، ويزاد مقداره وفقاً لنسبة التضخم الحادث.

4 - أن المقصد من تحريم الربا هو رفع الظلم بأكل المقرض مال المقرض بغير حق لقول الله تعالى: ﴿ وَإِنْ تُبْتَرُوا فَلَکُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِکُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ ﴾ [البقرة: 279]، ولم يكن الهدف من تحريم الربا إطعام مال المقرض للمقترض، فإن ذلك ظلم آخر

تنزه عنه الشريعة الإسلامية كما تنزهت عن الظلم الأول، والنتيجة ستكون: إما امتناع المسلمين عن الإقراض بالكلية، وإما الرضا بالخسائر المحققة، وإما التجاسر على أخذ الفوائد مع الاعتقاد أنها محرمة، وإما الالتفاف على الأحكام الشرعية والتحايل عليها.

القول الثالث: يرد القرض بمثله في الأحوال الطبيعية، أو إذا كان تغير قيمة النقود يسيراً، وأما إن كان التغير كثيراً فاحشاً رد القرض بقيمته، ويمكن تخريج هذا القول قياساً على قول الرهوني من السالكية في الفلوس، حيث فرّق بين الغلاء والرخص الفاحش، وبين الغلاء والرخص اليسير، ووجه هذا القول أن التغير اليسير مغتفر قياساً على الغبن اليسير والضرر اليسير المغتفرين شرعاً في عقود المعاوضات المالية من أجل رفع الحرج عن الناس نظراً لعسر نفيهما في المعاملات بالكلية، ولغرض تحقيق أصل شرعي مهم وهو استقرار التعامل بين الناس، بخلاف الغبن الفاحش والغرر الفاحش فإنهما ممنوعان في أبواب البيوع والمعاملات.

القول الرابع: يرد الدين بقيمته في حالة إذا كان المدين مماًطلاً، ومجمل أدلة هذا القول:

1 - أن المماطل ظالم لقول النبي ﷺ: « **مَطَّلُ الْغَنِيِّ ظَلَمٌ** »⁽¹⁾، ورفع الظلم يكون برد الحقوق إلى أصحابها، وذلك بتغريم المدين المماطل نظير ما ألحقه بالدائن من ضرر انخفاض قيمة العملة، لقول النبي ﷺ: « **لَيْ يَ الْوَاجِدِ يُجَلُّ عِرْضُهُ وَعُقُوبَتُهُ** »⁽²⁾، ومن العقوبة أن يغرم ما نقص من قيمة القرض بعد انتهاء الوقت المحدد للقرض بسبب مآطلته، فيعوض الدائن عن الأضرار التي لحقت به حيث انخفضت قيمة العملة.

2 - القياس على الغاصب الذي يضمن إذا غصب نقوداً ثم نقصت قيمتها فكذلك المماطل؛ لأن المماطل يعتبر غاصباً بتمنعه ومآطلته بالسداد.

3 - القياس على ناظر الوقف إذا أخر صرفه عن وقته المشروط صرفه فيه مع إمكانه فتغيرت المعاملة بنقص فإنه يضمن النقص في ماله لتعديه بذلك وظلمه، وإذا كان هذا في الناظر مع كونه أميناً فمن باب أولى المدين.

وبعد النظر في أدلة هذه الأقوال وما اعتمد عليه كل فريق في تعليل مذهبه، أرى أن كلا منها قد اعتبر مقصد العدل كأصل في اجتهاده، ولكنهم اختلفوا في تطبيقه وتخريج المسائل عليه، وهو من الاختلاف في تحقيق المناط، حيث أن مقصد العدل مبدأ عام مسلم عند الجميع غير أن تطبيقه على أعيان المسائل الجزئية قد يكون سهلاً في بعضها وصعباً في مسائل أخرى، وهو في مسألتنا هذه من الصعوبة بمكان، ويضيق المقام عن تتبع أدلتها ومناقشتها واختيار أرجح الأقوال فيها، والله أعلم.

المطلب الثالث: الحل المقترح في مسألة تخير قيمة العملة

اهتدى بعض الفقهاء المعاصرين إلى مخرج شرعي ومقترح عملي يمكن من خلاله تجنب الآثار السلبية الناتجة عن تغير قيمة العملة، والخروج عن الخلاف في هذه المسألة الشائكة، وأساس هذا الاقتراح هو ربط الدين عند التعامل على أساس سعر العملة بالنسبة للذهب؛ لأنه يمتاز بالثبات النسبي في قيمته، فلو أراد إنسان (دائن) أن يقرض شخصاً ما مبلغاً من المال؛ فإنه يقوم بشراء كمية من الذهب تكافئ ذلك المبلغ ثم يسلمها للمستقرض (المدين)، وكذلك يفعل المستقرض (المدين) يوم الوفاء فيشتري كمية الذهب بنفسها ويسلمها للمقرض (الدائن).

1 - متفق عليه: البخاري في "صحيحه": كتاب في الاستقراض وأداء الديون...، باب مطل الغني ظلم، رقم: 2400. ومسلم في "صحيحه": كتاب البيوع، رقم: 4007.
2 - أخرجه: أحمد في "المستند" (4/222)، وأبو داود في "سننه": كتاب الأقضية، باب في الحبس في الدين وغيره، برقم: 3628. والنسائي في "سننه": كتاب البيوع، باب مطل الغني، برقم: 4689. وابن ماجه في "سننه": كتاب الصدقات، باب في الحبس في الدين وملازمته، برقم: 2427. والحاكم في "المستدرک" (4/114): وقال: « هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه ».

« والعودة إلى نظام الذهب النقدي لا يعني ترك نظام الورق النقدي، وإنما يمكن استعماله في المبادلات الحاضرة، وأما المبادلات المؤجلة فتكون على أساس نظام الذهب النقدي ».

وفي معنى الذهب العملات المعروفة بقوتها الشرائية واستقرارها النسبي كالدولار الأمريكي، ولكن بشرط أن تثبت في ذمة المقترض (المدين) دولارات مقبوضة في مجلس العقد، ولا يجوز له أن يدفع له مبلغا بالدينار الجزائري قرضا ثم يوثق هذا الدين بالدولار الأمريكي؛ لأنه صرف بطريقة الاستبدال عن المال الثابت في الذمة عن غير قبض في أحد البديلين، فدافع الدنانير قد استبدل عنها - بعد أن ثبتت في ذمة المقترض (المدين) - دولارات، ثم لم يقبضها وشرط صحة الاستبدال أن يفترق المتصارفان وليس بينهما شيء لحديث: « لا بأس أن تأخذها بسعر يومها ما لم تفترقا وبينكما شيء » .

ولهذا يفضل لمن يخشى هبوط قيمة عملة الدين بعد إقراضها، أن يصرفها في السوق بعملة أكثر استقراراً ثم يقترضها كذلك، فيكون هذا التصرف منه أسلم وأحكم، والله تعالى أعلم.

المبحث الثامن: الاستحالة والاستهلاك ودورها في التطهير والحل

موضوع استحالة الأعيان النجسة واستهلاكها والحكم بطهارتها من القضايا المعاصرة التي كثر حولها الجدل في الأوساط الفقهية؛ بسبب عموم البلوى بها، حيث أصبحت كثير من المواد جزءاً في تكوين بعض الأطعمة المستوردة كمادة "الجيلاتين" المستخلصة من شحم الخنزير، وكذلك بعض الأدوية التي تدخل في صناعتها مادة "الكحول"، وإذا كان الأمر هكذا فما هو حكم استعمال هذه المواد التي في أصلها نجسة؟

وحقيقة الأمر أن هذا الموضوع ليس إلا فرعاً عن خلاف قديم بين الفقهاء في حكم الأعيان النجسة إذا استحالت إلى عين أخرى أو استهلكت، أيحكم بطهارتها أم تبقى على نجاستها، والحكم في المسائل المعاصرة المتعلقة بهذا الموضوع هي من باب الاجتهاد في تحقيق المناط، وفي ما يأتي بيان معنى الاستحالة والاستهلاك وأقوال الفقهاء فيها وما يتعلق بها من أدلة على جهة الاختصار، ثم نذكر قرار "مجمع الفقه الاسلامي الدولي" في هذا الموضوع.

المطلب الأول: تعريف الاستحالة والإستهلاك

الاستحالة لغة مصدر الفعل: استحال، وهو تحول الشيء وتغيره من حال إلى حال آخر، فيقال: استحالت القوس، بمعنى: انقلبت عن حالها واعوججت، وقيل هي: تغير الشيء عن طبعه ووصفه.

والاستحالة في اصطلاح الفقهاء لا تختلف عن معناها اللغوي، حيث عرفت في "الموسوعة الفقهية الكويتية" بأنها: «تحول الشيء وتغييره عن وصفه»، ولا يكون ذلك إلا بأن يتحول الشيء عن جميع صفاته وخروجه عن اسمه الذي كان به إلى صفات واسم يختص به. وبناء على ما سبق يمكن تعريف استحالة النجاسات بأنها: تبدل أوصاف النجاسة ومعانيها، حتى تخرج عن كونها نجسة بانعدام أوصاف النجاسة فيها، فلو أن العصير الطاهر انقلب خمراً فإنه ينجس، فإذا انقلب مرة أخرى فصار خلا حكماً بطهارته، وكذلك صيرورة دم الغزال مسكاً، فدل ذلك على أن استحالة العين تستتبع زوال الوصف المرتب عليها.

« ولا ينبغي أن يعبر عن ذلك بأن النجاسة طهرت بالاستحالة؛ فإن نفس النجس لم يَطْهَرْ لكن استحال، وهذا الطاهر ليس هو ذلك النجس وإن كان مستحيلاً منه والمادة واحدة، كما أن الماء ليس هو الزرع والهواء والحب، وتراب المقبرة ليس هو الميت، والإنسان ليس هو المني، والله تعالى يخلق أجسام العالم بعضها من بعض ويحيل بعضها إلى بعض وهي تُبدَلُ مع الحقائق ليس هذا هذا». وأما الاستحالة في الوسط العلمي فهي: «كل تفاعل كيميائي يحول المادة إلى مركب آخر، كتحويل الزيوت والشحوم على اختلاف مصادرها إلى صابون».

أو هي: «تحول المادة إلى مادة أخرى مختلفة، لها صفات فيزيائية وكيميائية، وذلك نتيجة التغيرات الكيميائية في البناء الجزيئي للمادة».

وللاستحالة صور عديدة، يمكن إجمالها فيما يأتي:

الأول: تحول الطعام الطيب إلى غائط خبيث عن طريق التغذية، وقد يكون عكس هذا الحال، كالجلالة التي تعلق النجاسة، والنبات يسمد بالنجاسة، فتتحول النجاسة إلى شيء طاهر.

الثاني: التحول عن طريق المعالجة، كتحويل مياه المجاري إلى ماء طهور عن طريق التقطير، وتحول النجاسة إلى رماد أو غبار أو دخان كالبخار المتصاعد من الغائط.

الثالث: أن يتغير بنفسه، وذلك كإقلاب الخمر إلى خل، وإقلاب الدم إلى مسك، وإقلاب العذرة إلى تراب بمرور الزمن أو بفعل الشمس أو الريح.

الرابع: التولد، كأن تتولد الحشرات والدُّود من أعيان نجسة.

وأما مصطلح "الاستهلاك" فليس إلا بعض صور الاستحالة، حيث يقع عن طريق زوال مادة في مادة أخرى حتى تصبح المادة الأولى مستهلكة في الثانية، فلو أن نجاسة وقعت في مائع طاهر ولم يبق لها أي أثر من لون أو طعم أو ريح فقد زال اسمها لانعدام خواصها وأوصافها الظاهرة .

المطلب الثاني: حكم تطهير الأشياء بالاستحالة

إذا تغيرت عين نجسة فتحولت إلى عين أخرى، فهل يُنظر إلى أصلها فيُحكم لها بالنجاسة، أو ننظر إلى حالها الحادث، فنحكم لها بالطهارة؟

هذه مسألة قديمة، حيث اتفق الفقهاء على أن الاستحالة الذاتية في الخمر إذا انقلبت بنفسها خلا وفي الدم إذا انقلب بنفسه مسكا من غير فعل آدمي فإنه يُحكم بطهارتهما، ولكنهم اختلفوا في غيرهما على قولين مشهورين:

القول الأول: أن الاستحالة مطهّرة، وهو مذهب الحنفية، ومذهب المالكية، واختيار ابن حزم، ومجمل أدلتهم في ذلك:

1 - أن التحريم تَبَعٌ للاسم والمعنى الذي هو الخبث، وكلاهما منتف بالاستحالة، ومثاله لبن الأنعام، إنما هو مستحيل من دمائها كما قال الله تعالى: ﴿ وَإِنَّ لَكُمْ فِي الْأَنْعَامِ لَعِبْرَةً لَتُعَلِّمَنَّكُم مَّا فِي بُطُونِهِ مِنْ بَيْنِ فَرْثٍ وَدَمٍ لَبْنَا خَالِصًا سَائِبًا لِلشَّارِبِينَ ﴾ [النحل: 66] فلما انقلب الدم النجس في العروق لبنا في الضروع زال عنه حكم النجاسة والحرمه، وصار حلالا طيبا، وما قيل عن لبنها يقال عن لحومها وشحومها، فإنها منقلبة أيضا عن دمائها.

« فنجد الشارع رتب وصف النجاسة على تلك الحقيقة، وتتنفي الحقيقة بانتفاء بعض أجزاء مفهومها فكيف بالكل، فإن الملح غير العظم واللحم، فإذا صار ملحا ترتب حكم الملح، ونظيره في الشرع النطفة نجسة وتصير علقه وهي نجسة وتصير مضغعة فتطهر، والعصير طاهر فيصير خمرا فينجس ويصير خلا فيطهر، فعرفنا أن استحالة العين تستتبع زوال الوصف المرتب عليها» .

2 - أنه لا عبرة بالأصل، بل بوصف الشيء في نفسه، والفرق بين الأعيان الطاهرة والأعيان النجسة وجود صفات فيها، فإذا وجدت صفات النجاسة في عين ما حكم لها بالنجاسة، فإذا لم توجد هذه الصفات التي تجعلنا نحكم للشيء بالنجاسة لم نحكم لها بذلك، ويشهد لذلك:

أ - أن الكلاب كانت تبول وتقبل وتُدبر في المسجد في زمان رسول الله ﷺ فلم يكونوا يرشون شيئا من ذلك⁽¹⁾. ووجه الدلالة من الحديث أن ذهاب النجاسة عن طريق الشمس والريح جعلها تنقلب إلى عين طاهرة، وذلك بانعدام صفات النجاسة فيها، وهذا هو عين الاستحالة.

ب - أن النبي ﷺ نَبَشَ قبور المشركين من موضع مسجده، ولم ينقل التراب⁽²⁾، فدل ذلك على طهارة التراب الذي أصله أجسام الموتى الممتنجة .

3 - القياس على الخمر تصيرُ خلا بذاتها، فقد أجمع العلماء على أن الخمر إذا تخللت من ذاتها حَلَّتْ وجاز تناولها بالإجماع، فكذلك سائر النجاسات إذا انقلبت إلى عين طاهرة صار لها حكم الطاهرات، ووجه ذلك أن الخمر نجسة لوصف الخبث، فإذا زال الموجب (السبب) زال الموجب (الحكم)، وهذا أصل الشريعة في مصادرها ومواردها، بل وأصل الثواب والعقاب، وعلى هذا فالقياس الصحيح تعدية ذلك إلى سائر النجاسات إذا استحالت.

1 - أخرجه البخاري في "صحيحه": كتاب الوضوء، باب الماء الذي يغسل به شعر الإنسان، برقم: 174 .

2 - متفق عليه: البخاري في "صحيحه": كتاب الصلاة، باب هل تنبش قبور مشركي الجاهلية، ويتخذ مكانها مساجد، برقم: 428. ومسلم في "صحيحه": كتاب الصلاة،

باب بناء مسجد النبي ﷺ والصلاة قبله في مراض الغنم، برقم: 1109 .

ونوقش: بأن هذا خاص بالخمير؛ لأن نجاستها كانت عن طريق الاستحالة، فتكون طهارتها عن طريق الاستحالة، وأما غيرها من النجاسات فإنها نجسة العين ابتداء بدون استحالة.

ورُدّ: بأن هذا غير مسلم، فإن جميع النجاسات إنّما نجست بالاستحالة: كالدّم فإنه مستحيل عن الغذاء الطاهر وكذلك البول والعدرة، ومع ذلك تمنعون طهارتها بالاستحالة، فما هو الفرق؟

4 - قياس العكس، حيث إنّ الطعام الطيب يستحيل إلى بول وغائط فيحكم بنجاسته، وكذلك الشيء النجس إذا استحال إلى طيب أعطي له حكمه بالطهارة، فكيف أثرت الاستحالة في انقلاب الطيب خبيثاً، ولم تؤثر في انقلاب الخبيث طيباً؟ ومن خالف ذلك لزمه أن يحرم اللبن؛ لأنه دم استحال لبناً، وأن يحرم التمر والزرع المسقي بالعدرة والبول.

القول الثاني: لا تأثير للاستحالة، وهو مذهب الشافعية والحنابلة، ومجمل أدلتهم في ذلك:

1 - عن ابن عباس قال: «نهى رسول الله ﷺ عن لبن شاة الجلالة»⁽¹⁾، ووجه الدلالة من الحديث أنه لو كانت الاستحالة مطهرة لما نهى عن الجلالة، وذلك لأن النجاسة تستحيل فيها، فدل على أن استحالتها غير مؤثرة في منع التحريم. ونوقش بأن: الجلالة هي الدابة التي ظهر فيها أثر النجاسة من ريح وتنت، وهذا دليل على تغير الطاهر بالنجاسة، فإذا ظهر أثر النجاسة في لبنها، وبيضاها، وعرقها، حكم بنجاستها وأما إذا زال ذلك عادت طاهرة؛ لأن الحكم إذا ثبت بعلّة زال بزوالها، ولا دليل في الحديث على أن الاستحالة غير مؤثرة، فلو أن الدابة أكلت النجاسة ولم يظهر فيها نتنها فإننا نحكم لها بالطهارة؛ لأن النجاسة استحالت واستهلكت في العين الطاهرة، كما حكمنا للماء إذا وقعت فيه نجاسة ولم تغيره بأنه طهور، ويدل لذلك أن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما كان يحبس الدجاجة الجلالة ثلاثاً⁽²⁾، فلما زال أثر التنت عن لحمها أصبحت طاهرة حالاً.

2 - عن أنس بن مالك رضي الله عنه أن النبي ﷺ رأى أعرابياً يبول في المسجد، فقال: «دعوه ولا تزرموه»، حتى إذا فرغ دعا بهاء فصبه عليه⁽³⁾. ووجه الدلالة من الحديث أنه لو كانت الاستحالة تطهر البول بالشمس أو الريح أو الجفاف لتركه النبي ﷺ، ولما أمر بصب الماء عليه. ونوقش بأن فعل النبي ﷺ دليل على وجوب المبادرة إلى إزالة النجاسة، لا على أن زوال النجاسة بالجفاف غير ممكن؛ ووجه ذلك أن المساجد لها خصوصية بحيث أنها عامرة في أغلب الأوقات من أجل أداء العبادة ولهذا يجب أن تكون أطهر ما يكون في جميع الأوقات، والماء أسرع وسيلة في تطهير النجاسة وإزالتها، بخلاف الاستحالة التي تحتاج إلى وقت طويل لتتحول فيه النجاسة إلى عين طاهرة؛ فمن أجل ذلك بادر النبي ﷺ إلى صب الماء عليها، ولا يلزم من هذا عدم زوال النجاسة بالجفاف.

3 - أن النبي ﷺ سئل عن الخمر تُتخذُ خلاًّ فنهي عن ذلك⁽⁴⁾، وسأله أبو طلحة رضي الله عنه عن أيتام ورثوا خمرًا فقال: «أهرقها» قال: «أفلا نجعلها خلاًّ»، قال: «لا»⁽⁵⁾.

ووجه الدلالة من الحديثين أن النبي ﷺ نهى عن تحليل الخمر وأمر بإراقتها، ولو كان هناك سبيل لتطهيرها بالاستحالة لأمر بذلك ولما نهى عنه وخاصة أنها خمر لأيتام يحرم التفريط في أموالهم.

ونوقش: بأن العرب - زمن التنزيل - كانت نفوسهم ألقت الخمر، وكلّ مألوفٍ تميلُ إليه النفسُ؛ فحشي النبي ﷺ من دواخل الشيطان فنهاهم عن اقترانهم بها؛ كيلا يتخذوا التحليل وسيلةً إليها، وأما بعد طول عهد التحريم فلا يُخشى هذه الدواخل، فيكون تحريم تحليل الخمر في الحديث من باب "سد الذرائع" وليس لأنها لو تحللت بفعل إنسان لا تصبح طاهرة، فما كان في تحليلها من إصلاح مال اليتيم يقابله ما فيها من صراوة وذريعة إلى فساد العقل، فتقابل الأمان، فغلب المنع.

1 - أخرجه: أحمد في "المسند" (226/1).

2 - أخرجه: ابن أبي شيبة في "المصنف" (148/5).

3 - أخرجه: مسلم في "صحيحه": كتاب الطهارة، باب صب الماء على البول في المسجد، برقم: 585.

4 - أخرجه: مسلم في "صحيحه": كتاب الأشربة، باب النهي عن اتخاذ الخمر خلاًّ، برقم: 5184.

5 - أخرجه: أحمد في "مسنده" (119/3)، وأبو داود في "سننه": كتاب الأشربة، باب ما جاء في الخمر تحلّل، برقم: 3677.

« وقد عَلِمَ مِنْ ضرورة الشَّرْعِ أَنَّ الأحكامَ المختلفةَ إنّما هي للذّوات المختلفة، وأنّ الخمرَ غيرُ ذاتِ الخَلِّ، والخَلُّ بالإجماع حلالٌ، فإذا انتقلت ذاتُ الخمرِ إلى ذاتِ الخَلِّ وَجَبَ أن يكون حلالاً كيفما انتقل.»

وبعد ما أوردناه من أدلة ومناقشات أعتقد أن القول بتأثير الاستحالة في تطهير الأعيان النجسة بحيث لا يبقى أثر للأوصاف النجسة والمستقدرة هو الأقرب للصواب؛ لأن «مسائل الطهارة والحل في هذه الأشياء من باب العادات وليست من باب العبادات الشعائرية، فعلى ضوء ذلك فإن الأوصاف الشرعية من الحل والحرمه ونحوهما، مرتبطة تماماً بالحقائق والمضامين والعلل والأسباب وجوداً وعدمًا، طرداً وعكساً»، وأنه «لا عبرة بالأصل بل بوصف الشيء في نفسه، ومن الممتنع بقاء حكم الخبث وقد زال اسمه ووصفه، والحكم تابع للاسم والوصف، دائر معه وجوداً وعدمًا».

وعليه فجميع المواد المتحولة التي لا يبقى من آثارها الضارة أو المحرمة شيء فإنها تعتبر طاهرة ومباحة، ومن ذلك ما ينتشر في أيامنا من أنواع الصابون ومستحضرات التجميل والمساحيق من أعيان أصلها نجس أو ضار، وكذلك تكرير مياه المجاري واستصلاحها للأغراض المختلفة بشرط انتفاء أثر الأوصاف الضارة المستخبثة، ولهذا نجد كثيراً من المركبات الكيميائية تختلف صفاتها اختلافاً كثيراً عن صفات العناصر المكونة لها، فملح الطعام الذي نستعمله في حياتنا اليومية مركب من عنصرين هما: "الكالور" و"الصوديوم"، وهما عنصران سائمان على انفرادهما، ولكن اتحادهما وفق تركيب معين ينشأ عنه جزيء "كلوريد الصوديوم" (NaCl) الذي هو ملح الطعام، وهو من الطيبات المباحة، فعند ذلك يقال بأن الهادة المحرمة أو النجسة إذا تغير تركيبها الكيميائي وخواصها الفيزيائية، فقد انقلبت إلى عين أخرى ذات صفات جديدة وتعطى اسماً آخر وتجري عليه أحكام أخرى.

قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي رقم: 198 (4/21)

بشأن موضوع: الاستحالة والاستهلاك والمواد الإضافية في الغذاء والدواء

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة التعاون الإسلامي المنعقد في دورته الحادية والعشرين بمدينة الرياض (المملكة العربية السعودية) من: 15 إلى 19 محرم 1435 هـ، الموافق 18-22 تشرين الثاني (نوفمبر) 2013 م، بعد اطلاعه على توصيات الندوة الفقهية الطبية التي عقدتها المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت بالتعاون مع مجمع الفقه الإسلامي الدولي، وبمشاركة مؤسسة الحسن الثاني للأبحاث العلمية والطبية عن رمضان، والمنظمة الإسلامية للتربية والعلوم والثقافة (إيسيسكو)، والمكتب الإقليمي لمنظمة الصحة العالمية حول: رؤية إسلامية لبعض المشاكل الصحية، وذلك في الفترة من 8-11 صفر 1418 الموافق 14-17 يونيو 1997، في مدينة الدار البيضاء بالمملكة المغربية، وبعد استماعه للمناقشات والمداومات التي دارت حول الموضوع وبخاصة الاستحالة والاستهلاك والمواد الإضافية في الغذاء والدواء، قرر ما يأتي:

أولاً: يجب على كل مسلم الالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية، خصوصاً في مجال الغذاء والدواء، وذلك لتحقيق طيب مطعمه ومشربه وعلاجه، وإن رحمة الله بعباده وتيسير سبيل الاتباع لشريعته مراعاة حال الضرورة والحاجة التي تضمنتها مبادئ شرعية مقررّة منها: أن الضرورات تُبيح المحظورات، وأن الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة، وأن الأصل في المنافع الإباحة ما لم يقم دليل معتبر على الحرمة، كما أن الأصل في الأشياء الطهارة ما لم يقم دليل معتبر على النجاسة. ولا يعتبر تحريم أكل الشيء أو شربه حكماً بنجاسته شرعاً.

ثانياً: إن المواد المحرمة أو النجسة بذاتها أو بإضافتها في الغذاء والدواء تنقلب إلى مواد مباحة شرعاً بإحدى طريقتين:

(أ) الاستحالة: الاستحالة في الاصطلاح الفقهي "تغير حقيقة المادة النجسة أو المحرم تناولها وانقلاب عينها إلى مادة أخرى مختلفة عنها في الاسم والخصائص والصفات"، ويُعبّر عنها في المصطلح العلمي الشائع بأنها كل تفاعل كيميائي كامل مثل: تحويل الزيوت والشحوم على اختلاف مصادرها إلى صابون، وتحلل المادة إلى مكوناتها المختلفة كتفكيك الزيوت والدهون إلى أحماض دسمة وجليسرين، وكما يحصل التفاعل الكيميائي بالقصد إليه بالوسائل العلمية الفنية يحصل أيضاً -بصورة غير منظورة- في الصور التي أوردتها الفقهاء على سبيل المثال:

كالتخلل والدباغة والإحراق، أما إذا كان التفاعل الكيميائي جزئياً فلا يُعتبر ذلك استحالة ، وإن كانت المادة نجسة فتبقى على حالها ولا يجوز استخدامها.

وبناء على ذلك:

(1) المركبات الإضافية ذات الأصل الحيواني المحرم أو النجس التي تتحقق فيها الاستحالة، حسب المصطلح السابق الإشارة إليه، تُعتبر طاهرة وتناولها حلال في الغذاء والدواء.

(2) المركبات الكيميائية المستخرجة من أصول نجسة أو محرمة كالدم المسفوح أو مياه المجاري والتي لم تتحقق فيها الاستحالة بالمصطلح السابق، لا يجوز استخدامها في الغذاء والدواء مثل: الأغذية التي يضاف إليها الدم المسفوح كالتفانق المحشوة بالدم، والعصائد المدماة (البودينغ الأسود)، والهامبرجر المدمى، وأغذية الأطفال المحتوية على الدم، وعجائن الدم، والحساء بالدم ونحوها تعتبر طعاماً نجساً محرم الأكل لاحتوائها على الدم المسفوح الذي لم تتحقق فيه الاستحالة.

أما بلازما الدم -التي تعتبر بديلاً رخيصاً لزلال البيض- وقد تستخدم في الفطائر والحساء والتفانق والهامبرجر وصنوف المعجنات كالكعك والبسكويت والعصائد (البودينغ) والخبز ومشتقات الألبان وأدوية الأطفال وأغذيتهم، والتي قد تضاف إلى الدقيق فإنها حلال مختلفة عن الدم في الاسم والخصائص والصفات فليس لها حكم الدم.

أما الاستهلاك فرأى المجمع تأجيله لمزيد من البحث.

ويوصي المجمع بما يلي:

(1) ضرورة الاستفادة من جلود وعظام الحيوانات المذكاة لاستخراج مادة الجيلاتين التي تستخدم في الغذاء والدواء، وذلك حفاظاً على الثروة الوطنية وتجنباً لشبهات استعمال مواد من مصادر غير مقبولة شرعاً.

(2) دعوة المسؤولين في البلاد الإسلامية لكي يراعوا في الصناعة الدوائية والغذائية الشروط والمواصفات المقبولة شرعاً من حيث المواد الخام وطرق التحضير.

(3) إلزام المسؤولين في البلاد الإسلامية الشركات المنتجة والمستوردة للمواد الغذائية المحفوظة ببيان التركيب التفصيلي لجميع مقومات كل عبوة بشكل واضح وباللغة الوطنية.

(4) الطلب من المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت لمتابعة الجديد في مجال الغذاء والدواء، وعقد ندوة -بالتعاون مع المجمع- لدراسة تلك المستجدات وبيان حكمها الشرعي.

الله أعلم .

المبحث التاسع: البصمة الوراثية من منظور فقهي

البصمة الوراثية من الوسائل التي شاع استعمالها في العصر الحديث في مسائل إثبات النسب وتمييز المجرمين باعتبارها دليلاً قطعياً لا يتطرق إليه الخطأ، وقد اختلف الفقهاء المعاصرون في حجيتها وتنازعوا في المجالات التي التي يستفاد منها، وفيما يأتي من مطالب بيان ذلك على جهة الإيجاز والاختصار.

المطلب الأول: البصمة الوراثية وخصائصها

البصمة الوراثية مركب وصفي من كلمتين: "البصمة" و"الوراثية".

فأما "البصمة" فمشتقة من البُصْم وهو: فوت ما بين طرف الخنصر إلى طرف البنصر، ورجل ذو بصم، أي: غليظ البصم، وبصم بصماً: إذا ختم بطرف إصبعه، والبصمة: أثر الختم بالإصبع.

والبصمة عند الإطلاق ينصرف معناها إلى ما تركه بصمات الأصابع من أثر عند ملامستها الأشياء، وتكون أكثر وضوحاً في الأسطح الناعمة، وهي اليوم تفيد كثيراً في معرفة الجناة عند أخذ البصمات من مسرح الجريمة حيث يستحيل أن يوجد بصمة تشبه الأخرى. وأما "الوراثية" فهي نسبة إلى علم الوراثة وهو: « العلم الذي يبحث في انتقال صفات الكائن الحي من جيل إلى آخر وتفسير الظواهر المتعلقة بطريقة هذا الانتقال ».

وبناء على ما سبق فحقيقة "البصمة الوراثية" هو: ما يتوارثه الأبناء عن آبائهم من صفات تحدد هويتهم بدقة وتمييزهم عن غيرهم، ويمكن تعريفها بأنها: « الجينات الوراثية التفصيلية التي تدل على هوية كل إنسان بعينه، والتي تتحكم في صفات الشخص الجينية التي يختص بها كل فرد دون سواه ».

ونظراً لتطور الأبحاث في مجال الطب فقد أمكن الوقوف على الصفات الوراثية الخاصة بكل إنسان بعينه من خلال تحليل الحمض النووي (DNA) الموجود في كل خلية في جسم الإنسان، وهي أكثر دقة وأكثر توفراً من بصمات الأصابع حيث يمكن استخراجها من: الدم أو المنى أو الشعر أو اللعاب أو البول، والكمية المطلوبة بقدر حجم الدبوس تكفي لمعرفة البصمة الوراثية.

فظهر أن البصمة الوراثية تحمل جملة من الخصائص، أهمها:

- 1 - أن لكل شخص بصمة وراثية لا تتفق ولا تتشابه مع البصمة الوراثية لأي شخص آخر، ويستحيل وجود هذا التوافق أو التشابه إلا في حالة التوأم المتماثلة الواحدة.
- 2 - أن نتيجة البصمة الوراثية أقرب ما تكون إلى القطع، واحتمال الخطأ فيها ضئيل جداً بل يكاد يكون منعدماً، ويوجد خلاف في مقدار نسبة صحتها في تحديد هوية صاحبها بين 98% و 100%.
- 3 - تتمتع البصمة الوراثية وجزء الحمض النووي بمقدرته على الاستنساخ، وبذلك يعمل على نقل صفات النوع من جيل إلى جيل.
- 4 - البصمة الوراثية في جميع خلايا الجسم للشخص الواحد متطابقة.

المطلب الثاني: مجالات الاستفادة من البصمة الوراثية

يمكن تطبيق تقنية تحليل الحمض النووي (DNA) والاستفادة منها في المجالات الآتية:

- 1 - إثبات النسب أو نفيه وما يتعلق بذلك مثل تمييز المواليد المختلطين في المستشفيات أو في حال الاشتباه في أطفال الأنابيب أو عند الاختلاف أو التنازع في طفل مفقود بسبب الكوارث والحوادث أو طفل لقيط أو حال الاشتراك في وطء شبهة وحصول الحمل أو عند وجود احتمال حمل المرأة من رجلين من خلال بيضتين مختلفتين في وقت متقارب كما لو تم اغتصاب المرأة بأكثر من رجل في وقت واحد، أو عند ادعاء شخص عنده بيعة (شهود) بنسب طفل عند آخر قد نسب إليه من قبل بلا بيعة.

2 - تحديد الشخصية أو نفيها مثل عودة الأسرى والمفقودين بعد غيبة طويلة والتحقق من شخصيات المتهربين من عقوبات الجرائم وتحديد شخصية الأفراد في حالة الجثث المشوهة من الحروب والحوادث والتحقق من دعوى الانتساب بقبيلة معينة بسبب الهجرة وطلب الكلاً أو تحديد القرابة للعائلة .

3 - إثبات أو نفي الجرائم وذلك بالاستدلال بما خلفه الجاني في مسرح الجريمة من أي خلية تدل على هويته كما هو الحال في دعاوى الاغتصاب والزنى والقتل والسرقة وخطف الأولاد ، بحيث يكفي أخذ عينة من المني أو العثور على شعرة أو وجود أثر اللعاب عقب شرب السيجارة أو أثر الدم أو بقايا من بشرة الجاني أو أي خلية تدل على هويته، ونسبة النجاح في الوصول إلى القرار الصحيح مطمئنة لأنه في حال الشك يتم زيادة عدد الأحماض الأمينية ومن ثم زيادة عدد الصفات الوراثية .

المطلب الثالث: ضوابط إجراء تحليل البصمة الوراثية

اشترط الفقهاء الباحثون والأطباء المختصون في البصمة الوراثية جملة من الشروط من أجل نفي الريب واحتمال الخطأ في نتائج تحليل الحمض النووي (DNA):

- 1 - أن لا يتم التحليل إلا بإذن من الجهة المختصة .
- 2 - يفضل أن تكون مختبرات تحليل الحمض النووي خاضعة لإشراف الدولة، ويشترط على كل حال أن تتوافر فيها الشروط والضوابط العلمية المعتمدة محلياً وعالمياً في هذا المجال .
- 3 - يشترط أن يكون القائمون على العمل في المختبرات ممن يوثق بهم علماً وخلقاً، وألا يكون أي منهم ذا صلة قرابة أو صداقة أو عداوة أو منفعة بأحد المتداعيين .
- 4 - أن يجري التحليل في مختبرين على الأقل معترف بهما ، على أن تؤخذ الاحتياطات اللازمة لضمان عدم معرفة أحد المختبرات التي تقوم بإجراء الاختبار بنتيجة المختبر الآخر .
- 5 - توثيق كل خطوة من خطوات تحليل البصمة الوراثية بدءاً من نقل العينات إلى ظهور النتائج النهائية حرصاً على سلامة تلك العينات وضماناً لصحة نتائجها .

المطلب الرابع: حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب

لا خلاف بين الفقهاء أن النسب الشرعي لا يثبت في حال تصادم النسب مع الواقع الحسي كما لو ادّعت المرأة نسب طفل لزوجها الصغير الذي لا يولد لمثله، وكذا لو أتت به قبل مضي ستة أشهر من الزواج، وقد أثبت الفقهاء النسب إجمالاً بالطرق الآتية:

1 - الفراش: فيلحق الولد بأبيه نسباً بسبب فراش الزوجية؛ لأن التحقق من حالة (الجماع) بين الزوجين شبه متعذر لكونها مبنية على السّتر فيُكتفى بمَظِنَّة الدُّخول لقول النبي ﷺ: « **الْوَالِدُ لِلْفِرَاشِ، وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ** »⁽¹⁾.

قال ابن العربي: « وهو حديث عظيم وأصل في الشريعة قوي، فائدته بيان النسب الذي جعله الله حكمة للخلق للتعرف ثم للتعاضد، وأصله البعضية، ولكنها لما كانت خفية نصب الله عليها للخلق علماً ظاهراً وهو الفراش؛ على سنته في حكمته ولطفه بخلقته في وضع الأشياء الظاهرة علماً على المعاني الخفية التي تَفَرَّدَ بالاطلاع عليها دوننا ».

2 - الاستلحاق: بأن يقر المستلحق بأن هذا الولد ولده، ويشترط للاستلحاق أن يكون المقر به مجهول النسب غير متنازع فيه، مع إمكان تحققه في الواقع، فلو أقر من عمره عشرون بينونة من عمره خمسة عشر لم يقبل إقراره لاستحالة ذلك عادة وعقلاً.

1 - متفق عليه: البخاري في "صحيحه": كتاب الفرائض، باب الولد للفراش حرة كانت أو أمة، برقم: 6749. ومسلم في "صحيحه": كتاب الرضاع، باب الولد للفراش،

3 - الشهادة: وقد أجمع الفقهاء على أن النسب يثبت لمدعيه بناء على شهادة العدول بصحة ما ادعاه ويكفي في ذلك الاستفاضة بمعنى الشهادة بالسماع بأن يشتهر الأمر بين الناس حتى يصير معروفاً بينهم ويقول جمع كبير من الناس سمعنا أن فلانا ابن فلان.

4 - القِيَافَة: وهي مصدر قاف بمعنى تتبع أثره ليعرفه، والقائف: من يتبع الآثار ويعرفها ويعرفه بآبائه وأخيه بفراسطه ونظرة إلى أعضاء المولود، ودليل الأخذ بها حديث عائشة - رضي الله عنها - قالت: دخل علي رسول الله ﷺ ذات يوم مسروراً تبرُّق أسارير وجهه، فقال: «ألم تري أن مجزراً المُدلجي نظر أنفاً إلى زيد بن حارثة وأسامة بن زيد وعليها قطيفة قد غطيا رؤوسها وبدت أقدامها، فقال: إن هذه الأقدام بعضها من بعض»⁽¹⁾، فدل سروره ﷺ على أن القيافة حق، ولو كانت باطلاً لأنكرها وأبطل العمل بها.

والناظر في الطرق التي أثبت بها الفقهاء النسب نجد لها وسائل ليست على مرتبة واحدة في القوة، كما أنها يعترها الخطأ بنسب متفاوتة، ومع ذلك لم يكن ذلك موجِباً لبطلانها؛ لأن مراعاة الشارع لمصلحة حفظ الأنساب وما يترتب عن ضياعها من مفسد أولى بالاعتبار من الخطأ المحتمل في إثباتها.

قال ابن القيم: «وأصول الشرع وقواعده والقياس الصحيح تفتضي اعتبار الشبه في لحوق النسب، والشارع مُتَشَوِّفٌ إلى اتِّصال الأنسابِ وعدم انقطاعها، ولهذا اكتفى في ثبوتها بأدنى الأسباب».

وقال العز بن عبد السلام: «وإنما عمل بالظنون في موارد الشرع ومصادره؛ لأن كذب الظنون نادر وصدقها غالب؛ فلو ترك العمل بها خوفاً من وقوع نادر كذبها لتعطلت مصالح كثيرة غالبية خوفاً من وقوع مفسد قليلة نادرة، وذلك على خلاف حكمة الإله الذي شرع الشرائع لأجلها».

وإذا كان الأمر كذلك فاعتبار البصمة الوراثية التي لا يعترها الخطأ أولى من اعتبار بقية الوسائل لما فيها من احتمال الخطأ، بل يجزم بأنها أقوى البيّنات على إثبات النسب، ولهذا نجد أغلب الفقهاء المعاصرين ذهب إلى اعتبار "البصمة الوراثية" طريقاً من طرق إثبات النسب من حيث الجملة واختلفوا في بعض القضايا الفرعية، وقد جاء في قرار المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي: «يجوز الاعتداد على البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب في الحالات الآتية:

أ - حالات التنازع على مجهول النسب بمختلف صور التنازع التي ذكرها الفقهاء، سواء أكان التنازع على مجهول النسب بسبب انتفاء الأدلة أو تساويها أم كان بسبب الاشتراك في وطء الشبهة ونحوه.

ب - حالات الاشتباه في المواليد في المستشفيات ومراكز رعاية الأطفال ونحوها، وكذا الاشتباه في أطفال الأنابيب.

ج - حالات ضياع الأطفال واختلاطهم، بسبب الحوادث أو الكوارث أو الحروب وتعذر معرفة أهلهم، أو وجود جثث لم يمكن التعرف على هويتها أو بقصد التحقق من هويات أسرى الحرب والمفقودين».

ويمكن أن يستدل على كون "البصمة الوراثية" بيّنة مستقلةً تبنى عليها أحكام النسب نفيًا وإثباتًا بأن «البيّنة اسم لكل ما يبين الحق ويظهره ومن خصها بالشاهدين أو الأربعة أو الشاهد والمرأتين لم يوف مسأها حقه، ولم تأت البيّنة قط في القرآن مراداً بها الشاهدان، وإنما أتت مراداً بها الحجّة والدليل والبرهان مفردة ومجموعة، وكذلك قول النبي ﷺ: «البيّنة على المدّعي»⁽²⁾، المراد به: أن عليه ما يصحح دعواه ليحكم له، والشاهدان من البيّنة، ولا ريب أن غيرها من أنواع البيّنة قد يكون أقوى منها، كدلالة الحال على صدق المدعي، فإنها أقوى من دلالة إخبار الشاهد، والبيّنة والدلالة والحجّة والبرهان والآية والتبصرة والعلامة والأمانة متقاربة في المعنى...»، والحق إذا تبين بأي وجه كان الأخذ به هو المتعين، ولا شك أن بعض القرائن أقوى بكثير من الشهادة، فالشهادة يمكن أن يتطرق إليها الوهم والكذب وكذا الإقرار يمكن أن يكون باطلاً ويقع لغرض من الأغراض ومع هذا تعتبر الشهادة والإقرار بيّنة شرعية يؤخذ بها لكونها مبنيتان على غلبة الظن.

1 - متفق عليه: البخاري في "صحيحه": كتاب الفرائض، باب القائف، برقم: 6770. ومسلم في "صحيحه": كتاب الرضاع، باب القائف، برقم: 3608.

2 - أخرجه: الترمذي في "جامعه": كتاب الأحكام، باب ما جاء في أنّ البيّنة على المدّعي واليمين على المدّعي عليه، برقم: 1341.

وإذا علمنا أن نتائج البصمة الوراثية قطعية في إثبات نسبة الأولاد إلى الوالدين أو نفيمهم عنهم، وفي إسناد العينة (من الدم أو المنى أو اللعاب) التي توجد في مسرح الحادث إلى صاحبها بشهادة مختصين تعين الأخذ بها واعتبارها بينة مستقلة يثبت بها الحكم نفيًا أو إثباتًا ولو نظرنا إلى واقع ثبوت النسب بالشهادة وكونها تبنى على غلبة الظن ويكفي فيها الاستفاضة والشهرة مع وجود الاحتمال بالخطأ مع واقع البصمة التي لا تكاد نتائجها تخطئ في ذاتها، والخطأ الوارد فيها يرجع إلى الجهد البشري أو عوامل التلوث ونحو ذلك نستطيع أن نجزم بأن البصمة الوراثية حجة شرعية يوجب العمل بمضمونها إذا توفرت شروطها ومن تأمل مقاصد الشريعة والعدل والحكمة التي قامت عليها الأحكام ظهر جلياً رجحان هذا الأمر.

قال ابن القيم: « فإذا ظهرت أمارات العدل، وأسفر وجهه بأي طريق كان فثَمَّ شرعُ الله ودينه، والله أعلم وأحكم وأعدل أن يخص طرق العدل وأماراته وأعلامه بشيء، ثم ينفي ما هو أظهر وأقوى دلالةً وأبينَ أمارَةً فلا يجعله منها ولا يحكم عند وجودها وقيامها بموجبها، بل يبين سبحانه بما شرعه من الطرق أن مقصوده إقامة العدل بين عباده وقيام الناس بالقسط، فأى طريق استخرج بها العدل والقسط فهي من الدين ليست مخالفة له ».

المطلب الخامس: حجية البصمة الوراثية في نفي النسب

قد يحدث أن ينفي الزوج نسبة ما في رَحِم زوجته إليه، وهذا تعريض بقذفها ورميها بالزنا، فشرع في مثل هذه الحال اللعان لقول الله تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شَهَادَةٌ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَدُوا بحَيْثُ أَنزَعُ شَهَادَتِي بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ﴾ وَالْخَمْسَةَ أَنْ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ وَالْخَمْسَةَ أَنْ غَضَبَ اللَّهُ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ ﴾ [النور: 6-9]، وصفة اللعان أنه شهادات تجري بين الزوجين مؤكدة بالأيمان مقرونة باللعن من جانب الزوج وبالغضب من جانب الزوجة، والحكمة في تشريع اللعان أنه يَدْرَأُ الحَدَّ عن الزوج إذا قذف زوجته بلا شهود، وهو أيضا حماية وصيانة لعرض الزوجة ودفع للحد عنها.

وإذا ثبت أن البصمة دليل قطعي في إثبات النسب فهل يصح اعتمادها في نفي النسب وتكون عوضا عن اللعان؟ اختلف الفقهاء المعاصرون في ذلك على قولين مشهورين:

القول الأول: أن نفي النسب لا يكون إلا باللعان، ولا يجوز اعتماد البصمة الوراثية في ذلك، وهذا القول عليه عامة الفقهاء المعاصرين وبه صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي، حيث جاء في نصه: « لا يجوز شرعاً الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب، ولا يجوز تقديمها على اللعان»، ومجمل أدلتهم في ذلك:

1 - أن آية اللعان ذكرت أن الزوج إذا لم يملك الشهادة إلا نفسه فيلجأ إلى اللعان، وإحداث البصمة بعد الآية تزيد على كتاب الله، فيكون من الابتداع في الدين الذي يشملهم وقول النبي ﷺ: « مَنْ أَحْدَثَ فِي أَمْرِنَا هَذَا مَا لَيْسَ مِنْهُ فَهُوَ رَدٌّ »⁽¹⁾.

2 - أن اعتماد البصمة الوراثية في نفي النسب يؤدي إلى إلغاء اللعان، وينقض قول الله تعالى: ﴿ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا ﴾ [البقرة: 229]، وحد القذف واللعان من حدود وحقوق المولى عز وجل.

3 - عن عائشة - رضي الله عنها - قالت: « كان عتبة عهد إلى أخيه سعد أن ابن وليدة زمعة مني فأقبضه إليك، فلما كان عام الفتح أخذه سعد، فقال: « ابن أخي عهد إليّ فيه»، فقام عبد بن زمعة، فقال: « أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه » فتساوقا إلى النبي ﷺ - فقال سعد: « يا رسول الله، ابن أخي قد كان عهد إليّ فيه»، فقال عبد بن زمعة: « أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه»، فقال النبي ﷺ: « هو لك يا عبد بن زمعة، الولد للفراش وللعاهر الحَجَر»، ثم قال لسودة بنت زمعة: « احتجبي منه»؛ لما رأى من شَبَهه بعُتْبَةَ، فما رآها حتى لَقِيَ الله⁽²⁾.

1 - متفق عليه: البخاري في "صحيحه": كتاب الصلح، باب إذا اصطلحو على صلح جور فالصلح مردود، برقم: 2697. ومسلم في "صحيحه": كتاب الأحكام، باب من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد، برقم: 4513.

2 - أخرجه: البخاري في "صحيحه": كتاب الفرائض، باب الولد للفراش حرة كانت أو أمة، برقم: 6749.

ووجه الدلالة من الحديث أن النبي ﷺ أهدر الشَّبَةَ البَيِّنَ وهو الذي يعتمد على الصفات الوراثية وأبقى الحكم الأصلي وهو « الوَلَدُ لِلْفِرَاشِ » فلا يُنفى النسب إلا باللعان فحسب.

4 - حديث ابن عباس في قصة الملاعنة، حيث جاء فيه قول النبي ﷺ: « أَبْصِرُواهَا، فَإِنْ جَاءَتْ بِهِ أَكْحَلُ الْعَيْنَيْنِ، سَابِغِ الْأَيْتَيْنِ، حَدَلِجِ السَّاقَيْنِ، فَهُوَ لِشَرِّكَ ابْنِ سَحْمَاءَ »، فجاءت به كذلك فقال النبي ﷺ: « كَوَلَا مَا مَضَى مِنْ كِتَابِ اللَّهِ لَكَانَ لِي وَلَهَا شَأْنٌ »⁽¹⁾. ووجه الدلالة من الحديث أنه « إذا نفى الزوج ولداً من زوجته ولد على فراشه فلا يلتفت إلى قول القافة ولا تحليل البصمة الوراثية لأن ذلك يعارض حكماً شرعياً مقررأ وهو إجراء اللعان بين الزوجين، ولذلك ألغى رسول الله ﷺ (دليل الشبه) بين الزاني والولد الملاعن عليه ... ودليل (الشبه) الذي أهدره رسول الله ﷺ هنا يعتمد على الصفات الوراثية فهو أشبه بالبصمة الوراثية ومع ذلك لم يقو على معارضة الأصل الذي نزل به القرآن في إجراء اللعان».

5 - إنَّ الطريق الشرعي الوحيد لنفي النسب هو اللعان ولو أن الزوجة أقرت بصدق زوجها فيما رماها به من الفاحشة فإن النسب يلحق الزوج لقوله ﷺ: « الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ »، ولا ينتفي عنه إلا باللعان، واعتماد البصمة الوراثية يؤدي إلى تأخير اللعان وتجميد النص الشرعي وإلغاء حكمه بناء على نظريات طبية مظنونة؟!.

القول الثاني: يمكن الاستغناء عن اللعان والاكْتِفَاءُ بنتيجة البصمة الوراثية إذا تيقن الزوج أن الحمل ليس منه، وهو رأي كل من محمد المختار السلامي، وسعد الدين الهلالي، ومجمل أدلتهم في ذلك:

1 - أن اللعان مشروع في حالة انعدام البينة وهي الشهادة في هذه الحالة، لقول الله تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ يَزْمُونَ زَوْجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ... ﴾ [النور: 6-9]، فقيدت الآية إجراء اللعان، إذا لم يكن ثمة شاهد إلا الزوج، ومفهومه أنه لو كان هناك بينة من شهود فإنه لا يجري اللعان، بل يثبت ما رمى به الزوج زوجته، فإنه لو كانت هناك بينة أخرى غير الشهادة فلا وجه لإجراء اللعان كما هو الحال لو أقرت الزوجة زوجها فيما رماها به من الزنا فإذا منعنا وقوع اللعان لوجود سبب مانع له فما قيمته مع وجود بينة قطعية (البصمة الوراثية) تخالف الزوج فيما ادعاه.

2 - قول الله تعالى في قصة تبرئة يوسف - عليه السلام - : ﴿ وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدٌّ مِّنْ قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الْكَاذِبِينَ ﴾ وَإِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدٌّ مِّنْ دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ الصَّادِقِينَ ﴿ فَلَمَّا رَأَى قَمِيصَهُ قُدًّا مِّنْ دُبُرٍ قَالَ إِنَّهُ مِّنْ كَيْدِكُنَّ إِنَّ كَيْدَكُنَّ عَظِيمٌ ﴾ [يوسف: 26-28]. ووجه الدلالة من الآية أن شَقَّ القميص من جهة معينة اعتبر نوعاً من الشهادة، بدلالة الحال، فدل على أن البينة كل ما يظهر الحق ويشهد له وأنها غير محصورة في شهادة العدول، والبصمة الوراثية من أقوى القرائن التي توصل لها العلم بالحديث فتقوم مقام الشهادة.

3 - إذا علمنا أن الشهادة أقوى من قول الزوج في اللعان لأن الشهادة مبنية على غلبة الظن أما قول الزوج في اللعان فهو متساوي الطرفين في الصدق أو الكذب أي بنسبة (50 %) لأنه إما أن يكون صادقاً أو تكون الزوجة صادقة، فهل من الفقه أن ندع بينة قطعية تصل لـ 99.9 % تؤكد كذب الزوج ونأخذ ما هو محتمل للصدق بنسبة 0.1 % وننسب ذلك للشريعة؟!.

قال ابن تيمية: « فلا تتناقض الأدلة الصحيحة العقلية والشرعية، ولا تتناقض دلالة القياس إذا كانت صحيحة ودلالة الخطاب إذا كانت صحيحة، فإن القياس الصحيح حقيقته التسوية بين المتماثلين وهذا هو العدل الذي أنزل الله به الكتب وأرسل به الرسل، والرسول لا يأمر بخلاف العدل».

4 - إن نتائج البصمة يقينية قطعية لكونها مبنية على الحس، وإذا أجرينا تحليل البصمة الوراثية وثبت أن الطفل من الزوج وأراد أن ينفى، فكيف نقطع النسب ونكذب الحس والواقع ونخالف العقل، ولا يمكن البتة أن يتعارض الشرع الحكيم مع العقل السليم في مثل هذه المسائل

1 - أخرجه: البخاري في "صحيحه": كتاب تفسير القرآن، برقم: 4747.

المعقولة المعنى وهي ليست تعبدية، فإنكار الزوج وطلب اللعان بعد ظهور النتيجة نوع من المكابرة والشرع ينتزه أن يثبت حكماً بني على المكابرة.

5 - أن الشارع يتشوف إلى إثبات النسب رعاية لحق الصغير ومخالفة البصمة لقول الزوج في النفي يتنافى مع أصل من أصول الشريعة في حفظ الأنساب ، وإنفاذ اللعان مع مخالفة البصمة لقول الزوج مع خراب الدم عند بعض الناس في هذا الزمان وتعدد حالات باعث الكيد للزوجة يوجب عدم نفي نسب الطفل إحقاقاً للحق وبعثاً لاستقرار الأوضاع الصحيحة في المجتمع.

الترجيح :

الذي يظهر أن القول الأخير القاضي باعتماد البصمة الوراثية في نفي النسب هو الأولى بالصواب؛ لأن الأخذ بها يحقق مقصود الشرع في حفظ الأنساب من الضياع ويصد ضعفاء الضمائر من التجاسر على الحلف بالله كاذبين، فإذا أثبتت البصمة الوراثية نسب طفل وأراد الأب نفي نسبه إليه لأجل أوهام وشكوك أو من أجل التهرب من النفقة أو لأي غرض آخر فإن العدل يقتضي أن نلحق الطفل بأبيه، تحقيقاً لقوله تعالى: ﴿ ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ ﴾ [الأحزاب:5]، ولا يمكن الأب من اللعان لثلا يكون سببا في ضياع الطفل، وحينئذ ينبغي للقضاة أن يميلوا الزوجين قبل إجراء اللعان إلى فحوص البصمة الوراثية؛ لأن إيقاع اللعان مشروط بعدم وجود الشهود باعتبارها بَيِّنَةً فإذا كان لأحد الزوجين بيينة أقوى من شهادة الشهود فلا وجه لإجراء اللعان، والله أعلم .

المبحث العاشر: زراعة الأعضاء

مسألة زرع الأعضاء الأدمية من النوازل الطبية المعاصرة التي عمّت به البلوى، حيث كان من منجزات الطب الحديث ما أحرز من تقدم ملحوظ في هذا المجال، سواء في زرع القلب أو القرنية أو الكلية أو استئصال الأمعاء المصابة واستبدالها بأخرى سليمة... وكل ذلك يتم غالبا باستخدام عضو منتزع من إنسان آخر، فما هو الحكم الشرعي في هذه النازلة؟ الجواب عن ذلك اختصارا في المطالب الآتية:

المطلب الأول: مفهوم زرع الأعضاء

« يقصد به نقل عضو سليم أو مجموعة من الأنسجة من متبرع (Donner) إلى مستقبل (Recipient)؛ ليقوم مقام العضو أو النسيج التالف ».

ومن الفقهاء من اختار كلمة "غرس" بدل "زرع"؛ لأن الزرع يتعلق بالبذور من خلال طرحها في الأرض حتى تصير إلى نبات له هيئة تخالف البذور، وأما الغرس فهو إثبات الشيء المغروس على هيئته التي هو عليها في مكان الغرس، فيقال: غرس الشجر؛ أي: أثبتته في الأرض، وهو أشبه شيء بنقل الأعضاء، ولهذا جاء في الحديث: « مَا مِنْ مُسْلِمٍ يَغْرِسُ غَرْسًا، أَوْ يَزْرَعُ زَرْعًا، فَيَأْكُلُ مِنْهُ طَيْرٌ أَوْ إِنْسَانٌ أَوْ بَهِيمَةٌ، إِلَّا كَانَ لَهُ بِهِ صَدَقَةٌ »، ففرّق بين الغرس والزرع دليل على اختلاف حقيقتها.

المطلب الثاني: القواعد الشرعية الحاكمة لعملية زرع الأعضاء

إن الناظر في هذه النازلة الفقهية يحتاج إلى اعتبار جملة من القواعد الشرعية والأصول الكلية وما يتفرع عنها من أحكام، ويمكن إيجازها فيما يأتي:

أ - مبدأ الكرامة الإنسانية: لقول الله تعالى: ﴿ وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْوَجْدِ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا ﴾ [الإسراء: 70] وقال سبحانه: ﴿ لَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ فِي أَحْسَنِ تَقْوِيمٍ ﴾ [التين: 04]، وتحقيقا لكرامة الإنسان في احترام شخصه منعت الشريعة الإسلامية انتهاك حرمة حيا أو ميتا فقال النبي ﷺ: « كُلُّ الْمُسْلِمِ عَلَى الْمُسْلِمِ حَرَامٌ: دَمُهُ، وَمَالُهُ، وَعَرْضُهُ »⁽¹⁾، وقال ﷺ: « كَسْرُ عَظْمِ الْمَيِّتِ كَكْسْرِ حَيًّا »⁽²⁾، ونهى النبي ﷺ عن المثلة⁽³⁾، ويتفرع على هذا المبدأ حرمة المتاجرة بأعضاء الإنسان، والبعد به عن كل ما يؤدي إلى التشويه والمثلة.

ب - مقصد حفظ النفس: المحافظة على حياة الإنسان والتنديد بكل ما يضره ويؤذيه أصل كلي ضروري، وقد رتب الشريعة الإسلامية العقوبات الرادعة على كل عدوان عليه بقتله أو إتلاف عضو من أعضائه مما هو معروف في أحكام القصاص والديات. ويتفرع على هذا المبدأ جواز الانتفاع بعضو الإنسان الآخر إذا كان ذلك يحفظ حياة المنتفع دون أن يضر بالمنتفع منه، وإن ذلك لا يجوز في حالة الإضرار بالمنتفع منه أو تسيب هلاكه؛ لأن حق الحياة في الناس في نظر الشريعة واحد، والضرر لا يزال بمثله، ودرء المفساد مقدم على جلب المصالح.

ج - الحث على التداوي: حثت الشريعة الإسلامية على التداوي ودعوتها إليه، وبيانا أن الكل داء دواء، وما على الإنسان إلا أن يبحث وينقب ليكتشف المرض والعلاج. والأحاديث النبوية في ذلك معروفة، فمن ذلك قول النبي ﷺ: « إِنَّ اللَّهَ أَنْزَلَ الدَّاءَ وَالِدَوَاءَ، وَجَعَلَ

1 - أخرجه: مسلم في "صحيحه": كتاب الآداب، باب كل المسلم على المسلم حرام، برقم: 3633.

2 - أخرجه: أحمد في "مسنده" (105/6). وأبو داود في "سننه": كتاب الجنائز، باب في الحفار يجد العظم هل يتكف ذلك المكان، برقم: 3209. وابن ماجه في "سننه": كتاب

الجنائز، باب في النهي عن كسر عظام الميت، برقم: 1616.

3 - أخرجه: البخاري في "صحيحه": كتاب المغازي، باب قصة عكل وعربنة، برقم: 4192.

لِكُلِّ دَاءٍ دَوَاءٌ، فَتَدَاوَوْا وَلَا تَدَاوَوْا بِحَرَامٍ»⁽¹⁾، وقوله ﷺ: « مَا أَنْزَلَ اللَّهُ دَاءً إِلَّا أَنْزَلَ لَهُ شِفَاءً »⁽²⁾، فهذه الأحاديث وغيرها تفتح باب العلاج على مصراعيه، وتمهد السبيل أمام الباحثين لاستكشاف الأدوية، ولكنها في نفس الوقت أيضا نهت عن التداوي بالحرام .

د - قاعدة رعاية المصلحة: المقصد العام للشريعة الإسلامية في رعاية مصالح المجتمع الإنسان أفرادا وجماعات، وتحقيق سعادة الإنسان في الدنيا والآخرة، ورعاية هذه المصالح يقوم على نظر متكامل في مراتبها، حيث يقدم منها ما كان ضروريا على المصالح الحاجية أو التحسينية، بل إنه في إطار الضروريات يقيم نسقا دقيقا للمفاضلة بين المصالح عندما تتعارض.. فالضرورات تبيح المحظورات، والضرورة تقدر بقدرها والحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة إلى غير ذلك مما يعرف بالرجوع إلى مظانه.

هـ - مبدأ الرضا: وذلك باحترام إرادة الإنسان في نفسه وذاته وفي إطار أسرته وأقربائه، فرضا الإنسان أو أولياء أمره على التبرع ببعض من أعضائه أمر لا بد منه، سواء أكان ذلك في حياته أم بعد مماته، ومما يتعلق بذلك حرمة تبرع الولي بأعضاء من هو تحت ولايته؛ لأن تصرف الولي على من تحت ولايته في إنها يكون في الأمور النافعة أو الدائرة بين النفع والضرر، أما ما هو ضار به فلا يجوز، وعلى هذا يجوز التبرع بالدم إذا ثبت أنه لا يضره، أما التبرع بإحدى كليتيه ابنه فلا يجوز.

و - أصل سد الذرائع: وهو « مَنَعُ الوسائل المؤدِّية إلى المفساد »، ومنعها على المكلف حتى لا يتوصل بسببها إلى المحرم، فهي وإن كانت جائزة في نفسها، لكنها تحرم لما تُفضي إليه، ولو تجرّدت عن ذلك الإفضاء، لبقيت على جوازها ولما مُنع المكلف منها.

ويتفرع على هذا الأصل أن القول بجواز نقل الأعضاء بين إنسان حي إلى إنسان آخر يؤدي إلى فتح باب شر عظيم، حيث يفتح باب التجارة في الأعضاء الآدمية، فمن لديه المقدرة الهادية اشترى ممن ليس لديهم هذه المقدرة، ويصبح الآدمي كُلا أو بعضاً سلعة من السلع تباع وتُشترى، تغلو وترخص في ميدان العرض والطلب، ويصبح للغني ما يريد، وللفقير الهلاك والضياع، وتتحول هذه المعاني التي ينشرونها وروداً في ميدان نقل الأعضاء مضار جسيمة الآدمية جمعاء، ويتحول سوقها إلى سوق خزي وعار على الإنسانية.

ي - قاعدة الضرورة:

قال الله تعالى: ﴿ فَمَنْ أَضْطَرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ ﴾ [البقرة: 173]، فالمضطر فقط هو الذي أبيض له تناول من المحرم؛ دفعاً للهلاك عن نفسه، أما ذو الحاجة، وهو من وقع في جهد ومشقة فقط، كالجائع الذي لو لم يجد ما يأكله لم يهلك، فإنه لا يباح له تناول المحرم أو الانتفاع به؛ سداً لحاجته ودفعاً للمشقة عنه، وإن كان يباح له الفطر في الصوم وفي السفر لقوله تعالى: ﴿ فَمَنْ كَانَتْ مِنْكُمْ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ ﴾ [البقرة: 184] .

فالضرورة غير الحاجة، والفارق بينهما أنه إن لم يتناول الممنوع هلك كلا أو بعضا في حالة الضرورة، وأصابه جهد ومشقة في حالة الحاجة، ونظرا لأن المشرع الحكيم يهدف إلى استمرار حياة النفس البشرية وإبعادها عن الهلاك أباح لها ما يحقق ذلك، ولو أدى هذا إلى تناول ما حرمه عليها في حال الاختيار، فالانتقال من الحرمة إلى الإباحة يشترط فيها أعلى الرتب، وأعلى الرتب في ترتيب المصالح هي الضرورة، ثم الحاجة فالتحسين، والضرورة هي وحدها التي تبيح تناول المحرم.

المطلب الثالث: أحكام زراعة الأعضاء

بناء على ما سبق ذكره من قواعد شرعية وأصول كلية يظهر بادئ الأمر أنها متعارضة حيث يوحى بعضها بحرمة زراعة الأعضاء ويوحى بعضها الآخر بجوازها، ولكن الأمر على خلاف ذلك كله، بل هي قواعد متفقة غير مفترقة وأصول مؤتلفة غير مختلفة، والحكم في موضوع زراعة الأعضاء ليس حكما عاما واحدا في جميع الحالات، بل لكل حالة متعلقاتها وأحكامها الخاصة بها، وتفصيل ذلك فيما يأتي:

1 - أخرجه: أبو داود في "سننه": كتاب الطب، باب في الأدوية المكروهة، برقم: 3876.

2 - أخرجه: البخاري في "صحيحه": كتاب الآداب، باب ما أنزل الله داء إلا أنزل له الشفاء، برقم: 5678.

الحالة الأولى: النقل الذاتي

ويقصد بالنقل الذاتي انتفاع الإنسان بجزء من نفسه لنفسه في حالة الضرورة، كأن يكون به عيب ظاهر فيحتاج إلى إصلاح هذا العيب الظاهر - كما يحدث عقب الحروق والحوادث التي قد تبتتر عضواً أو تحدث به منظر غير مألوف - كالأذن أو الأنف - أو قد يولد الإنسان بهذه الكيفية ويمكن عن طريق الجراحة إصلاح هذا العيب، أو احتاج مريض القلب إلى نقل بعض الشرايين من مكان آخر من جسمه ترقيعاً لها تلف في القلب.

فهذا النوع من الجراحات التصحيحية يمكن القول بجوازه قياساً على جواز أخذ شيء من بدنه ليأكله إذا كان مضطراً، أو قياساً على جواز قطع العضو لإنقاذ النفس ودفع الضرر عنها عند غلبة الظن بذلك، ولا يعتبر ذلك تغييراً للخلقة بل هو إعادة لها إلى حالتها الطبيعية المألوفة، وإبعاد لها قد يصاحب بقاءها من منظر متغير، أو شكل غريب ملفت للنظر وهيئتها المعتادة، وكل ذلك غرض وهدف لا ياباه الشرع الحكيم.

ويشترط في هذه العملية أن لا يكون خطر القطع أعلى من خطر البقاء على ما هو عليه، فحينئذ لا تجوز هذه الجراحة؛ لأنها مغامرة وإهلاك للنفس غالباً، إذ ربما قطع هذا الجزء أدى إلى قتله فيكون قاتلاً نفسه وذلك لا يجوز شرعاً، فلا بد من أن تكون نسبة النجاح أعلى، وكفة السلامة أرجح في حال إجراء هذه الجراحة.

الحالة الثانية: النقل من حي إلى حي

الاعتبار في هذه الحالة هو النظر إلى تأثير نقل العضو على حياة المنقول منه وصحته، فلو قرر طبيبان عدلان أن زرع ذلك العضو أو الجزء في جسده ينقذه من الهلاك ويمتعه بحياة سليمة، وأن اقتطاعه من جسم الأول لا يسبب هلاكه، بل يظل متمتعاً بحياة مستقرة سليمة فله أن يتنازل عن أي من أجزاء جسده أو دمه لإنسان آخر ذي حياة محترمة مشرف على الهلاك.

ومن العمليات المشهورة في هذا الميدان هو عملية نقل الكلية، حيث تكتفي حاجة الشخص المنقول منه بوحدة من الكليتين؛ لأن الله خلقها على هيئة يؤدي كل واحدة منهما دوراً كاملاً دون نقصان، بل إن ربع طاقة كلية واحدة يغطي حاجة الشخص نفسه - كما يقول خبراء الطب -، ففي هذه الحالة يجوز التبرع بوحدة منهما لإنقاذ شخص آخر؛ لأن حياة الشخص المنقول منه لا تتأثر بهذا التبرع، وحياة الشخص المنقول إليه تتوقف على ذلك، فأصبحت ضرورة تدعو لإجازة ذلك، وشملها قول الله تعالى: ﴿ وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا ﴾ [المائدة: 32]، وإحياء النفس بإنقاذها من هلكة يندرج تحته كل أنواع العلاج بما فيها زراعة الأعضاء .

وأما إن تضرر المنقول منه بما يؤدي إلى تفويت أصل الانتفاع أو جله كقطع يد أو رجل فلا شك في تحريمه؛ لأن حق الله تعالى متعلق ببدن الإنسان قال الله تعالى: ﴿ وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالْإِنْسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ ﴾ [الذاريات: 56] فمن يفتقد عضواً عاملاً في بدنه يرتفع عنه بمقدار عجزه عدد من تكاليف الشريعة ﴿ لَيْسَ عَلَى الْأَعْمَى حَرَجٌ وَلَا عَلَى الْأَعْرَجِ حَرَجٌ وَلَا عَلَى الْمَرِيضِ حَرَجٌ ﴾ [النور: 61]، فكيف يفعل الإنسان هذا بنفسه وإرادته ويفوت تكاليف مما خلق ليوفرها لغيره، فالضرر لا يزال بمثله.

وأما إذا أدى نقل العضو إلى الموت، كنزع القلب والرئة... فهذا قتل للنفس وانتحار، والله تعالى يقول: ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ﴾ [النساء: 29] وهو من أشد المحرمات في الشرع والفطرة، والإنسان لا يملك الإيثار في نطاق حقوق الله عز وجل، وأصل الحياة حق الله سبحانه وتعالى، فليس للإنسان الذي يتمتع بها أن يهبطها أو يؤثر بها أحداً غيره، وليس ثمة من مصلحة ترجح بها حياة الأول على الثاني أو العكس، وهذه المسألة نظير حرمة إقدام (المكره) على قتل شخص ما لا يتعلق حق ما بحياته إذا أيقن (المكره) أنه سيقتل إن لم ينفذ ذلك؛ وعلّة ذلك أن جوهر الحياة واحد في شخص كل منها، ولا تمتاز بأي مرجح حتى تكون في جسم أحدهما دون الآخر؛ لأن كلاً منهما معصوم الدم.

الحالة الثالثة: النقل من ميت إلى حي

إذا أذن الميت المأخوذ منه بانتزاع عضو منه لمصلحة شخص معين أو غيره، فعند ذلك لا تخلو هذه المصلحة من مراتب المصالح الثلاث، فهي إما ضرورية أو حاجية أو تحسينية:

1- فإذا كانت مصلحة تحسينية كترقيع شفة ونحوها، فلا ينبغي الخلاف في حرمة نقل العضو من الميت ولو أذن في ذلك؛ لأن حرمة ميتا كحرمة حيا، ولا يجوز انتهاك حرمة المحرمة لتوفير مصلحة تحسينية تجميلية، وفي هذا تعريض لجثة الميت للامتهان، وتسويغ العبث بها.

2- وإما إذا كانت مصلحة حاجية لا تتوقف حياته عليها كالحاجة إلى قرنية ونحوها، فإن حرمة الميت واجبة كحرمة الحي، وهتكها وقوع في محرم، فلا ينبغي خرق الحرمة والوقوع في الحرام لمصلحة مكملة للانتفاع.

3 - وأما إذا كانت المصلحة ضرورية تتوقف حياة المنقول إليه على ذلك العضو، كالقلب والكلى، والرئتين ونحوها من أصول الانتفاع الضرورية، فالقول بالجواز هو المتعين؛ لأن مصلحة الحي برعاية إنقاذ حياته أعظم من مصلحة الميت بانتهاك حرمة بدنه وقد فارقه الروح وأذن به، ولهذا نظائر في الفروع المتقدمة عند عدد من أهل العلم من تناول في حال الاضطرار من: لبن المرأة الميتة، ولحم الأدمي، وشق بطن المرأة الميتة الحامل إذا كان حملها يضطرب وقد علمت ما فيه، ونبش القبر لمصلحة حي، وبقر بطن ميت ابتلع مال حي وقد علمت ما فيه أيضاً... إلخ.

وشرط إذنه قبل وفاته أو إذن ورثته بعد وفاته؛ لأن رعاية كرامته حق مقرر له في الشرع فلا ينتهك إلا بإذنه، فهو حق موروث كالحال في المطالبة من الوارث في حد قاذفه، ولذا فإن الإذن هو إثارة منه أو من مالكة الوارث - لرعاية حرمة الحي على رعاية حرمة ميت بعد موته في حدود ما أذن به، وأما من لا وارث له إذا مات ببلد الإسلام، فالسلطان ولي من لا ولي له فهو يقوم مقام الوارث له.

فإن قيل بأن التبرع في مثل هذه الحالة يتنافى مع كرامة الإنسان بحسب ما قرره القهاء المتقدمون، حيث جاء في قال في "شرح فتح القدير" في الفقه الحنفي: « وحرمة الانتفاع بأجزاء الأدمي؛ لكرامته »، وأطلق الخطيب الشربيني الشافعي في "مغني المحتاج" القول بحرمة ذلك فقال: « والأدمي يُحرم الانتفاع به وبسائر أجزائه؛ لكرامته ». .

فالجواب عن ذلك أن هذا الاجتهاد خاصٌ بالحالات التي لا يتعين فيها الأدمي دون غيره، أما عندما يتعين الأدمي ولا يقوم مقامه جزء آخر من غيره، وكان في ذلك إنقاذ حياته أو تمتيع بعضو أصيل في جسمه، فلا يُشكُّ في أن ضرورة إنقاذ حياة الإنسان أو إعادتها إلى النهج القديم، أرجح في سلم المصالح المعتبرة من مراعاة كرامة الإنسان بعد موته.

كما أنّ إنقاذ نفس حية بشيء من نفس ميتة حفاظ على النفس وإحياء لها، هو هدف مشروع ومصلحة مقررة شرعاً ومعتد بها فضلاً عن أن رعاية مصلحة الحي في امتداد حياته، أولى من رعاية مصلحة الميت في عدم المساس بجسمه، إذ جسمه إلى تحلل وإلى فناء.

قرار المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي

بشأن موضوع زراعة الأعضاء

الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده، سيدنا محمد صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم، أما بعد: فإن مجلس المجمع الفقهي الإسلامي في دورته الثامنة المنعقدة بمبنى رابطة العالم الإسلامي في مكة المكرمة في الفترة من يوم السبت 28 ربيع الآخر 1405 هـ إلى يوم الإثنين 7 جمادى الأولى 1405 هـ الموافق 19 - 28 يناير 1985 م قد نظر في موضوع أخذ بعض أعضاء الإنسان وزرعها في إنسان آخر مضطرب إلى ذلك العضو لتعويضه عن مثيله المعطل فيه، مما توصل إليه الطب الحديث، وأنجزت فيه إنجازات عظيمة الأهمية بالوسائل الحديثة، وذلك بناءً على الطلب المقدم إلى المجمع الفقهي من مكتب رابطة العالم الإسلامي في الولايات المتحدة الأمريكية.

واستعرض المجمع الدراسة التي قدمها فضيلة الأستاذ الشيخ عبد الله بن عبد الرحمن البسام في هذا الموضوع وما جاء فيها من اختلاف الفقهاء المعاصرين في جواز نقل الأعضاء وزرعها، واستدلال كل فريق منهم على رأيه بالأدلة الشرعية التي رآها.

وبعد المناقشة المستفيضة بين أعضاء المجلس المجمع ، رأى المجلس استدلالاً القائلين بالجواز هي الراجحة ، ولذلك انتهى المجلس إلى القرار التالي :

أولاً : إن أخذ عضو من جسم إنسان حي ، وزرعه في جسم إنسان آخر مضطر إليه لإنقاذ حياته ، أو لاستعادة وظيفة من وظائف أعضائه الأساسية هو عمل جائز لا يتنافى مع الكرامة الإنسانية للمأخوذ منه ، كما أن فيه مصلحة كبيرة وإعانة خيرة للمزروع فيه وهو عمل مشروع وحميد إذا توافرت فيه الشروط التالية :

أ- أن لا يضر أخذ العضو من المتبرع به ضرراً يُخِلُّ بحياته العادية؛ لأن القاعدة الشرعية أن الضرر لا يزال بضرر مثله ولا بأشد منه ، ولأن التبرع حينئذ يكون من قبيل الإلقاء بالنفس إلى التهلكة ، وهو أمر غير جائز شرعاً .

ب- أن يكون إعطاء العضو طوعاً من المتبرع دون إكراه .

ج- أن يكون زرع العضو هو الوسيلة الطبية الوحيدة الممكنة لمعالجة المريض المضطر .

د- أن يكون نجاح كل من عمليتي النزع والزرع محققاً في العادة أو غالباً .

ثانياً : تعتبر جائزة شرعاً بطريق الأولوية الحالات التالية :

1. أخذ العضو من إنسان ميت لإنقاذ إنسان آخر مضطر إليه ، بشرط أن يكون المأخوذ منه مُكَلِّفاً وقد أذن بذلك حال حياته .
2. أن يؤخذ العضو من حيوان مأكول ومذكى مطلقاً، أو غيره عند الضرورة لزرعه في إنسان مضطر إليه .
3. أخذ جزء من جسم الإنسان لزرعه أو الترقيع به في جسمه نفسه، كأخذ قطعة من جلده أو عظمه لترقيع ناحية أخرى من جسمه بها عند الحاجة إلى ذلك .
4. وضع قطعة صناعية من معادن أو مواد أخرى في جسم الإنسان لعلاج حالة مرضية فيه كمفاصل القلب وغيرها، فكل هذه الحالات الأربع يرى المجلس جوازها شرعاً بالشروط السابقة .

المبحث الحادي عشر: تحديد بداية الحياة ونهايتها

بسبب التطور السريع والتقدم الملحوظ في ميدان العلوم الطبية في العصور المتأخرة كثر الجدل حول قضية تحديد بداية الحياة الإنسانية ونهايتها وما يترتب عنها من أحكام فقهية تشريعية، حيث صار بإمكاننا الوقوف على كثير من دقائق الحياة وأسرار الموت، وذلك من خلال استعمال الأجهزة الحديثة في أقسام العناية المركزة ومنها أجهزة التنفس الصناعي، وكذلك أجهزة قياس عمل المخ ومعرفة وظائف أجزائه المختلفة، فأصبح تحديد توقيت نهاية الحياة الإنسانية ممكنا على درجة كبيرة من الدقة، ومكّن من فتح آفاق علمية كبيرة في علم نقل وزراعة الأعضاء البشرية، وهو الأمل في الحياة من جديد عندما يصل علاج بعض الأمراض إلى طريق مسدود وتبدو في الأفق علامات نهاية حياة المريض، وإذا كان الأمر كذلك فما هو الموقف الشرعي الصحيح من هذه الاكتشافات من جهة قبولها واعتبارها؟ توضيح ذلك بإيجاز في المطالب الآتية:

المطلب الأول: بداية الحياة الإنسانية

الفرع الأول: أطوار خلق الجنين

لا بد لمن يبحث عن حقوق الإنسان أن ينطلق في دراستها منذ كونه جنينا في بطن أمه؛ لأن هذه الحقوق متعلقة بحياته، وهذه الحياة تبدأ من هذه المراحل، والحديث عن هذه المراحل هو حديث عن إعجاز القرآن وبلاغته في وصفها بأدق تعبير وأفصح بيان في قول الله تعالى: ﴿وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ سُلَالَةٍ مِنْ طِينٍ ﴿١﴾ ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً ﴿٢﴾ فِي قَرَارٍ مَكِينٍ ﴿٣﴾ ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظْمًا فَكَسَوْنَا الْعِظْمَ لَحْمًا ثُمَّ أَنشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ ﴿٤﴾﴾ [المؤمنون: 12-14]، ثم جاءت السنة فزادته هذه المراحل بيانا في حديث عبد الله بن مسعود عن النبي ﷺ أنه قال: «إِنَّ أَحَدَكُمْ يُجْمَعُ فِي بَطْنِ أُمِّهِ أَرْبَعِينَ يَوْمًا، ثُمَّ يَكُونُ عَلَقَةً مِثْلَ ذَلِكَ، ثُمَّ يَكُونُ مُضْغَةً مِثْلَ ذَلِكَ، ثُمَّ يَبْعَثُ اللَّهُ إِلَيْهِ مَلَكًا بِأَرْبَعِ كَلِمَاتٍ، فَيَكْتُبُ عَمَلَهُ وَأَجَلَهُ وَرِزْقَهُ وَشَقِيًّا أَوْ سَعِيدًا، ثُمَّ يُنْفَخُ فِيهِ الرُّوحُ، ...»⁽¹⁾.

ويظهر من الآية والحديث السابقين أنّ تطور خلق الجنين يمر بخمس مراحل:

المرحلة الأولى: مرحلة النطفة، حيث تلتحم نواة البيضة من الأنتى بنواة الحيوان المنوي من الرجل، فيتحدان ويحصل التلقيح والتلاقح، وحينئذ تبدأ البيضة الملقحة بالانقسام والتكاثر، حتى تصبح على شكل كروي، فيما يسمى بالكرة الجرثومية.

المرحلة الثانية: مرحلة العلق، حيث تقترب الكرة الجرثومية من الرحم، ويكون صورة الجنين على شكل الدم الجامد الغليظ، وتلتصق في الجزء العلوي من الرحم وفي جداره الخلفي، وسميت علقاً لأنها تعلق بالرحم وتمسكت به، وهذا ما أشار إليه القرآن بقوله تعالى: ﴿خَلَقَ الْإِنْسَانَ مِنْ عَلَقٍ ﴿٢﴾﴾ [العلق: 2].

المرحلة الثالثة: مرحلة المضغة، حيث يشبه الجنين في مظهره لقمة ممضوغة، والمضغة قطعة من اللحم قدر ما يمضغ، وهي اسم للحالة التي ينتهي إليها الجنين بعد العلق، وفي هذه المرحلة يتزايد نمو الجنين بسرعة، ويبدأ ظهور الكتل البدنية التي تتكون منها العظام والعضلات.

المرحلة الرابعة: مرحلة تكوين العظام واللحم، وتظهر في هذه المرحلة "الكتلة الهيكلية" الممتدة من مؤخرة الرأس وتنمو من الجانبين أمام القناة العصبية، ثم تعقبها في الظهور "الكتلة الظهرية" مشكلة أدمة الجلد وما تحته من الأنسجة وعضلات الهيكل.

1 - متفق عليه: البخاري في "صحيحه": كتاب أحاديث الأنبياء، باب خلق آدم صلوات الله عليه وذريته، برقم: 3332. ومسلم في "صحيحه": كتاب القدر، باب خلق الإنسان وكتابة رزقه وأجله وعمله، برقم: 6816.

المرحلة الخامسة: مرحلة نفخ الروح، وهي المرادة في قوله تعالى: ﴿ ثُمَّ أَنْشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ ﴾؛ لأنه بنفخ الروح انتقل إلى معنى الإنسانية، كما تحول أبوه آدم بنفخ الروح في الطينة التي خلق منها إنسانا وخلقاً آخر غير الطين الذي خلق منه. وفي هذه المرحلة تبدأ في الجنين حركات إرادية من مصّ إصبعه، والإمساك بالحبل السري، والتقلب في الرحم، والنوم والصحو منه، وسماع الأصوات، وهذه كلها دلائل الروح، وإنما يتم ذلك بعد مرور مئة وعشرين يوماً من التلقيح، وهو ما أثبتته الكشوفات العلمية الحديثة.

وهذه المراحل السابقة انبنى عليها الخلاف في أحكام شرعية كثيرة، منها: حكم إجهاض الحمل في هذه الأطوار، وحكم الجناية عليه، وما يجب له من حقوق، وغيرها من المسائل التي مظانها كتب الفقه عموماً قديمها وحديثها، والذي يهمننا في هذا المقام هو حكم الانتفاع بالجنين في زراعة الأعضاء والتجارب العلمية.

الفرع الثاني: حكم الانتفاع بالجنين في زراعة الأعضاء

إن هذه النازلة المعاصرة متعلقة أساساً بالأجنة المجهضة، ولا شك أن الإجهاض محرم في الجملة إلا في الحالات التي نص عليها الفقهاء، فهل تستطيع الأم أن تتبرع بهذا الجنين الميت للأبحاث الطبية أو الانتفاع به في زراعة الأعضاء؟

جواباً على ذلك يقال بأن الاستفادة من الأجنة المجهضة يختلف الحكم فيها باعتبار نوع الإجهاض، وباختلاف المرحلة التي جرى فيها الإجهاض من حياة الجنين في رحم أمه، وتفريعاً على ذلك يمكن أن نجعل الإجهاض حالتين:

الحالة الأولى: الإجهاض الإرادي، وهو خروج خروج الجنين من الرحم؛ لعدم قدرته على النمو والاستمرار لأسباب طبيعية بحتة أو بسبب خطأ، وفي هذه الحالة لا تخلو صورة الجنين المُجَهَّض من ثلاث صور:

الصورة الأولى: أن يكون غير مخلّق، وعند ذلك لا يتصور الاستفادة منه في مجال زراعة الأعضاء، وإنما تتصور الاستفادة منه تكون في العلاج الطبي وفي إجراء التجارب العلمية.

الصورة الثانية: أن يكون مكتمل النمو ويخرج حياً، وهي صورة لا يجوز فيها المساس بالجنين أو الاعتداء عليه وتهديد حياته بأي شكل من الأشكال، وكل من فعل ذلك يعتبر فعله جنائية وهو محرم قطعاً.

الصورة الثالثة: أن يكون مكتمل النمو ولكنه لم يخرج حياً أو كان غير مكتمل النمو، فإذا قطع الأطباء باستحالة حياته فيجوز الاستفادة منه لأغراض العلاج الطبي الموثوق للأحياء وضمن الشروط المقررة لجواز الاستفادة من أعضاء جسم، وأما الاستفادة من هذه الأجنة لأغراض إجراء التجارب العلمية فإن ذلك يجوز في حدود الضرورة تحقيقاً للمصالح الشرعية المعتمدة، ودون مُثَلَّة أو اعتداء على كرامتها الإنسانية .

الحالة الثانية: الإجهاض الإرادي، وهو الإجهاض الذي يكون بفعل فاعل تام الإرادة، فيكون عمداً وعدواناً، فلا شك أن فاعله آثم وارتكب جنائية يستحق عليها العقاب، وأما الجنين المُجَهَّض فالاستفادة منه بحسب قصد الجاني:

فإن كان الإجهاض قد تم عمداً بقصد الاستفادة من الجنين، فإن الإجهاض نفسه محرم، والاستفادة من الجنين محرمة؛ سداً للذريعة ودرءاً للفساد وتقويتاً لقصد الجاني، وحمايةً لحياة الجنين.

وإن كان الإجهاض قد تمّ عمداً بقصد الاعتداء عليه أو على أمه فحسب دون قصد الاستفادة، فلا بد من النظر إلى المرحلة التي وصلها نمو الجنين، وأحكامها لا تخرج عن الصور الثلاث المذكورة في الحالة الأولى .

وفي الأخير لا بد أن يُعلم بأن استخدام الأنسجة في زرع الأعضاء يتم على الأنسجة الحية أو التي فارقت الحياة بلحظات فقط؛ لأن وفاة الجنين لا تعني بالضرورة وفاة الأنسجة، وإذا حُرِّم أخذ الأنسجة من الجنين لغرض زرعها أو لإجراء الأبحاث عليها إلا بعد وفاته، فإنه لا يمكن للأطباء والعلماء من إجراء أبحاثهم إلا في فترة زمنية محدودة هي الفارق الزمني بين وفاة الجنين وموت الأنسجة.

المطلب الثاني: نهاية الحياة الإنسانية الفرع الأول: الموت وأماراته عند الفقهاء

الموت لغة أصله ذهاب القوة من الشيء، ومنه سُمِّي ذهابُ الحياة موتاً؛ لأن الحياة مصدر القوة.

وأما في اصطلاح الفقهاء فالموت هو: « مفارقة الروح الجسد »، « والروح المدبّرة للبدن التي تفارقه بالموت هي الروح المنفوخة فيه، وهي النفس التي تفارقه بالموت ».

ومعنى مفارقة الروح الجسد: « انقطاع تصرفها عن الجسد بخروج الجسد عن طاعتها؛ فإن الأعضاء آلات الروح تستعملها حتى أنّها لتبش باليد وتسمع بالأذن وتبصر بالعين... والموت عبارة عن استعصاء الأعضاء كلها، وكل الأعضاء آلات والروح مستعملة لها ».

ومن أظهر العلامات الدالة على مفارقة الروح الجسد هو شحوص البصر، حيث ثبت في السنة عن أم سلمة - رضي الله عنها - أن رسول الله ﷺ قال: « إِنَّ الرُّوحَ إِذَا قُبِضَ تَبِعَهُ البَصَرُ »⁽¹⁾، وفي حديث آخر: « إِذَا حَضَرْتُمْ مَوْتَكُمْ، فَأَعْمِضُوا البَصَرَ، فَإِنَّ البَصَرَ يَتَّبِعُ الرُّوحَ، وَقُولُوا خَيْرًا؛ فَإِنَّهُ يُؤْمِنُ عَلَى مَا قَالَ أَهْلُ المَيِّتِ »⁽²⁾.

وقد ذكر الفقهاء جملة من الأمارات الظاهرة التي يشترك في معرفتها عموم الناس ويستدل بها على موت الإنسان، فمن تلك الأمارات « أن يسترخي قدماه فلا ينتصبا، أو يميل أنفه، أو ينخسف صدغاه، أو تَمَتَّدَ جِلْدُهُ وَجْهَهُ، أو ينخلع كفاه من ذراعيه، أو تَنَقَّلَصَ خِصْبَتَاهُ إلى فوق مع تَدَلِّي الجلد، فإن شك بأن لا يكون به عِلَّةٌ واحتمل أن يكون به سَكْتَةٌ، أو ظهرت أماراتُ فَرَجٍ أو غيره، أحر إلى اليقين بتغيير الرّائحة أو غيره ».

الفرع الثاني: الموت وأماراته عند الأطباء

اهتدى الأطباء في العصر الحديث إلى أن العبرة في الموت ليست أساساً بتوقف القلب والتنفس.. ولكنها تتوقف أولاً وآخرًا على موت الدماغ الذي يستبين بتوقف النشاط الكهربائي للدماغ تمامًا، وهو ما يمكن قياسه بجهاز خاص، فإذا غاضت كهرباء المخ تمامًا، فهو دماغ ميت، ويكون باقي الجسم قد دخل في نطاق الموت إلى مرحلة اللاعودة، ومهما احتفظ الإنعاش الصناعي بالتنفس ودورة الدم فمحال أن يعود المريض إلى الحياة أبدًا.

وإن أول من نبه إلى موضوع موت الدماغ هو: المدرسة الفرنسية عام 1959م فيما أسمته "مرحلة ما بعد الإغماء" ثم أعقبتها المدرسة الأمريكية عام 1968م، وأخذت الأبحاث بعد تتسع وتنتشر مبينين عدة أبحاث وهي: تكوين الدماغ، ومفهوم موته، وعلاماته، وعقدت لهذا مؤتمرات وندوات ومنظمات.

وفسر الأطباء نهاية الحياة الإنسانية بأن توقف قلب الإنسان عن النبض يعقبه فوراً توقف التنفس وفقدان الوعي ثم تموت الأعضاء بدءاً بالمخ في الدقائق الأولى.. إلخ، ولكن هناك حالات أخرى يموت فيها المخ أولاً، ولا يلزم من ذلك أن هناك أنواعاً مختلفة من الموت ولكن هناك أسباب مختلفة له، فمريض الكبد أو مريض القلب أو مريض الرئة أو مريض الكلى قد ينتهي به الأمر إلى الموت؛ لأن عضواً هاماً حيويًا قد تلف في جسمه ويؤدي ذلك إلى اختلال الوظائف الحيوية بهذا الجسم، مما يؤدي في أغلب الأحيان إلى هبوط في الدورة الدموية وتوقف القلب عن العمل، وبالتالي موت المخ، ولكن هذا لا يمنع أبداً أن تلف المخ المباشر يؤدي أيضاً إلى وفاة الإنسان حتى لو كانت بقية الأعضاء الأخرى بما في ذلك القلب سليمة وذلك مثل ما يحدث في بعض إصابات الرأس الشديدة في حوادث الطرق أو السقوط من أماكن مرتفعة وكذلك في بعض الأمراض مثل نزيف المخ أو أورام المخ، وفي هذه الأحوال يموت المخ بالكامل أو أساساً جذع المخ،

1 - أخرجه: مسلم في "صحيحه": كتاب الجنائز، باب في إغماض الميت والدعاء له إذا حضر، برقم: 2086.

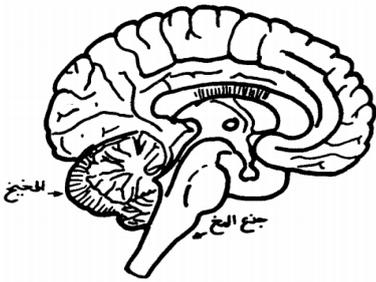
2 - أخرجه: أحمد في "مسنده" (4/125).

وطبيعي أن تبدأ سلسلة الموت في هذه الحالة بفقد الوعي وتوقف التنفس، وانقطاع الأكسجين عن الدم، وإن الدورة الدموية التي ما تزال تعمل ينقص فيها الأكسجين ويتراكم ثاني أكسيد الكربون وبالتدريج تموت بقية الأعضاء الأخرى ولكن هذا لا يعني أن تزويد الجسم بالأكسجين بواسطة أجهزة التنفس الصناعي أن المخ الذي مات قد يعود ثانية؛ لأن خلايا المخ التي تتلف لا يمكن تعويضها، ولكن باستعمال التنفس الصناعي يمكن المحافظة على أعضاء الجسم الأخرى حية لفترة من الزمن تمتد من عدة ساعات إلى أسبوعين أو نحو ذلك، ويمكن أن نصف هذه الفترة التي يمكن الاحتفاظ فيها ببعض أعضاء الميت حية بفترة الحياة العضوية (نسبة إلى الأعضاء المتبقية).

وتلخيصاً لما سبق فإن موت الإنسان يكون عند وفاة دماغه سواء نتج ذلك عن توقف القلب أولاً لأكثر من دقائق معدودة تقطع الجلوكوز والأكسوجين بدرجة تسبب تلف الدماغ بإصابة موجهة إليه مباشرة، ولا يهم موقف الأعضاء الأخرى فهي تبدأ في التحلل والتعفن مباشرة أو يمكن الاحتفاظ بحيويتها لفترة محددة باستعمال أجهزة الإنعاش الصناعية، والحقيقة التي نريد أن نؤكد لها أن توقف القلب عن العمل لا يعني بالضرورة الوفاة (فترة الاحتضار) كما أن استمرار القلب في العمل بعد موت الدماغ لا يعني الحياة.

وما يذكره الأطباء عن موت الدماغ عموماً، إنما ينصرف حقيقة إلى جذعه، حيث ذكروا أن الدماغ الإنساني يتكون من الأجزاء الآتية:

1- المخ (Cerebrum): وفيه مراكز التفكير والذاكرة والإحساس والحركة والإرادة، فإذا مات المخ فيمكن أن يعيش الإنسان ولكن حياة غير إنسانية طبيعية بل حياة نباتية (Vegetative life).



تقاطع طولى بالمخ

2- المخيخ: ووظيفته الأساسية توازن الجسم وإزالة المخيخ بكامله لا تسبب الوفاة، فإذا مات المخيخ فإن الإنسان يمكن أن يعيش الحياة النباتية.

3- جذع الدماغ (Brain Stem): وفيه المراكز الأساسية للحياة، مثل: مراكز التنفس والتحكم في القلب والدورة الدموية، فإذا مات جذع الدماغ فقد أصبح صاحبه ميتاً حتى ولو كان قلبه ينبض ويتنفس بطريقة اصطناعية.

ولكي يشخص الطبيب موت "جذع الدماغ" لا بد من مواصفات نجملها فيما يأتي:

1 - الإغماء الكامل: وعدم الاستجابة لأي مؤثرات لتنبية المصاب مهما كانت وسائل التنبية قوية ومؤلمة، ولو ظهرت من المصاب حركة ولو بسيطة أو صوت ولو حشرجة دل ذلك على حياة المصاب ولا يمكن بالتالي إعلان موت الدماغ.

2 - عدم التنفس بعد إبعاد المنفسة: فإذا لم يتنفس المصاب بعد تنبيه مركز التنفس في جذع الدماغ يعتبر ذلك دلالة على موت جذع الدماغ، واختلف في المدة المعتبرة التي لا يتنفس فيها، فهل هي ثلاث دقائق (شروط مجموعة هارفارد) أو أربع دقائق (مجموعة مينوسوتا) أو 10 دقائق (المدرسة البريطانية)؟

3 - عدم وجود الأفعال المنعكسة من جذع الدماغ: وهي تتمثل في الآتي:

(أ) عدم حركة بؤبؤ العين للضوء الشديد.

(ب) لا يرمش المصاب رغم وضع قطعة من القطن على قرنية العين.

(ج) لا تتحرك مقلة العين رغم إدخال ماء بارد في الأذن.

(د) لا يقطب المصاب جبينه رغم الضغط على الجبين بالإبهام.

(هـ) عدم التحكم أو الكحة عند لمس الحنك وباطن الحلق بالإبهام.

ولا يعتبر رسم الدماغ أساسياً في تشخيص موت الدماغ، وإذا توفر كان دليلاً إضافياً مفيداً من الناحية القانونية وخاصة في الولايات المتحدة.

ولا تكفي هذه الشروط لإعلان موت الدماغ بل ولا بد من إزالة الأسباب المؤقتة لتوقف وظيفة جذع الدماغ قبل إعلان موت الدماغ، وهذه الأسباب المؤقتة أو الأسباب الوظيفية التي تؤدي إلى توقف وظائف جذع الدماغ تتمثل في الآتي: العقاقير - برودة الجسم - التسمم

نتيجة الغازات السامة - زيادة البولينا في الدم - نقص السكر أو زيادته في الدم - نقص الهرمونات أو زيادتها في الدم - حالات الغرق وتوقف القلب الفجائي - الحالات التي أجري لها عمليات كبيرة في الدماغ - اخساج (انتانات) ميكروبية (فيروسية وبكتيرية) تصيب جذع الدماغ .

الفرع الثالث: الموقف الشرعي من الموت الجماعي

عند ثبوت تشخيص موت جذع الدماغ وعدم وجود أي من الأسباب المؤقتة لتوقف وظائف الجذع يكتب الأطباء المختصون شهادة بوفاة ذلك الشخص، وأما بالنسبة لأجهزة الإنعاش فإنها توقف إلا إذا كان المصاب أو ذووه قد وافقوا على التبرع بأعضائه وفي هذه الحالة تستمر أجهزة الإنعاش حتى تستمر الدورة الدموية، وبالتالي تكون الأعضاء التي ستنتزع في أفضل حالاتها.

وإذا حكم الأطباء بموت دماغ الإنسان، وأنه أمر ثابت لا رجعة فيه ولكن بقي قلبه ينبض وورثته تتنفس بأجهزة الإنعاش المختلفة، فهل يحكم عند ذلك بوفاته وفاة تترتب عليها آثارها الشرعية؟ اختلف الفقهاء المعاصرون في ذلك على قولين مشهورين:

القول الأول: أنه لا يحكم بموت الإنسان إلا بعد توقف التنفس والقلب توقفا تاما بعد رفع هذه الأجهزة، وهي فتوى مجمع الفقه الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي، ومجمل أدلة هذا القول:

1 - قول الله تعالى حكاية عن أصحاب الكهف: ﴿ فَضَرَبْنَا عَلَىٰ آذَانِهِمْ فِي الْكَهْفِ سِنِينَ عَدَدًا ۖ ثُمَّ بَعَثْنَاهُمْ لِنَعْلَمَ أَيُّ الْحِزْبَيْنِ أَحْصَىٰ لِمَا لَبِثُوا أَمَدًا ۗ ﴾ [الكهف: 11-12]. ووجه الدلالة في قوله تعالى: ﴿ فَضَرَبْنَا عَلَىٰ آذَانِهِمْ ﴾ ولم يقل فأمتناهم؛ لأنه فقدان للإحساس فقط والحياة مستمرة، والحكم باعتبار موت الدماغ موتا مبنيا على فقد المريض للإحساس، فدل ذلك على أن مجرد فقد الإحساس والشعور لا يعتبر دليلا كافيا للحكم بكون الإنسان ميتا .

2- الاعتبار بقاعدة "اليقين لا يزول بالشك" وهي قاعدة فقهية متفق عليها، ويتخرج عليها أن اليقين في هذه الحالة المختلف فيها هو حياة المريض باعتبار الأصل؛ لأن قلبه ينبض، والشك في موته؛ لأن دماغه ميت، فلزم عند ذلك استصحاب اليقين الموجب للحكم بحياته حتى نجد يقينا مثله يوجب علينا الحكم بموته، وحالة موت الدماغ تعتبر من جنس الحالات المشكوك فيها، نظرا لبقاء القلب نابضا، والجسم يقبل التغذية ولم يتغير لونه، فهذا أمر موجب للشك، وحينئذ ينبغي الانتظار إلى توقف القلب عن النبض بالكلية.

3 - أن الأطباء الذين يعتبرون موت الدماغ علامة على الوفاة يسلمون بوجود أخطاء في التشخيص وأن الحكم بالوفاة استنادا على هذا الدليل يحتاج إلى فريق طبي وفحص دقيق، وهذا لا يتوفر في كثير من المستشفيات، ففتح الباب للقول باعتبار هذه العلامة موجبة للحكم بالوفاة سيؤدي إلى خطر عظيم، فينبغي قفله صيانة للأرواح؛ لأن "حفظ النفس" من مقاصد الشريعة الإسلامية الضرورية التي تجب المحافظة عليها، ولا شك أن الحكم باعتبار المريض في هذه الحالة حيا فيه محافظة على النفس وذلك يتفق مع هذا المقصد العظيم والعكس بالعكس.

القول الثاني: يعتبر موت دماغ الشخص دون قلبه موتا حقيقيا، وتُجرى عليه أحكام الموت: من التوريث، واعتداد زوجته، وتنفيذ وصاياه، ولا يشترط توقف القلب عن النبض حتى يحكم بموت الإنسان، وهذا ما قرره "مجمع الفقه الإسلامي الدولي"، ومجمل أدلة هذا القول:

1 - أن المولود إذا لم يصرخ لا يعتبر حيا ولو تنفس أو بال أو تحرك، فما لم يكن الفعل إراديا استجابة لتنظيم الدماغ لا يعتبر أمارة حياة، وهذا واقع فيمن مات دماغه فيأخذ حكم المولود الذي لم يصرخ.

2 - أن الفقهاء حكموا بموت الشخص في مسائل الجنائيات التفاتا إلى نفاذ المقاتل، ولم يوجبوا القصاص على من جنى عليه في تلك الحالة مع وجود الحركة الاضطرارية، فدل هذا على عدم اعتبارهم لها، وإن الحكم بالموت ليس مقيدا بانتفائها.

3 - أن الأطباء هم أهل الاختصاص والخبرة في هذا الفن، وهم مؤتمنون في هذا المجال؛ فينبغي علينا تصديقهم وقبول قولهم فيما يختص بوظيفتهم.

فالموت هو مفارقة الإنسان للحياة بعد التحقق من الموت الكامل لجذع الدماغ، ويكفي للتأكد من الموت التحقق من موت جميع خلايا مخه ومن التوقف التلقائي للوظائف الأساسية للحياة في الجسم، ومن ثم أخذ الدماغ في التحلل، فإذا توقف جذع المخ فقد الجهاز العصبي خواصه الوظيفية الأساسية فإنه يعد ميتا من الناحية الطبية.

وأحسب أن القول الأخير هو الراجح في هذه المسألة؛ لأن بعد حكم الأطباء على جذع المخ بالتوقف فإن استمرار ضربات القلب بأجهزة الإنعاش هو أمر آلي وليس حقيقيا ولا يغير من حقيقة الوفاة شيئا، واتخاذ الطبيب قرار إيقاف الأجهزة ليس هو تسليم مريض إلى الموت، ولكنه يوقف إجراءات لا طائل من ورائها في شخص قد مات بالفعل .

كما أن نقل الأعضاء من إنسان ميت لا بد أن يتم في أغلب الحالات والقلب لا يزال يضخ الدم، والدورة الدموية لا تزال تعمل؛ لأن توقف القلب والدورة الدموية عن هذه الأعضاء كالكبد والرئتين ونحوها يؤدي إلى موتها وبالتالي عدم صلاحيتها للعمل؛ فلزم من ذلك أن تنقل هذه الأعضاء وهي حية من خلال استمرار أجهزة الإنعاش بعد إعلان الوفاة من أجل الحصول على أعضاء في حالة جيدة، وإذا قلنا بأن الشخص يعتبر حيا في هذه الفترة كان أخذها في حكم قتله كأخذها في حال حياته الطبيعية !

قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم: 58 (6/7)

بشأن موضوع: استخدام الأجنة مصدرًا لزراعة الأعضاء

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية من 17- 23 شعبان 1410 هـ الموافق 14- 20 آذار "مارس" 1990م، بعد اطلاعه على الأبحاث والتوصيات المتعلقة بهذا الموضوع الذي كان أحد موضوعات الندوة الفقهية الطبية السادسة المنعقدة الكويت من 23- 26 ربيع الأول 1410 هـ الموافق 23- 26 أكتوبر 1990م، بالتعاون بين هذا المجمع وبين المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، قرر ما يلي:

أولاً: لا يجوز استخدام الأجنة مصدرًا للأعضاء المطلوب زرعها في إنسان آخر إلا حالات بضوابط لا بد من توافرها:
أ. لا يجوز إحداث إجهاض من أجل استخدام الجنين لزرع أعضائه إنسان آخر؛ بل يقتصر الإجهاض على الإجهاض الطبيعي غير المتعمد والإجهاض للعدو الشرعي، ولا يلجأ لإجراء العملية الجراحية لاستخراج الجنين إلا إذا تعينت لإنقاذ حياة الأم.
ب. إذا كان الجنين قابلاً لاستمرار الحياة جب أن يتجه العلاج الطبي إلى استبقاء حياته والمحافظة عليها، لا إلى استناره لزراعة الأعضاء، وإذا كان غير قابل لاستمرار الحياة فلا يجوز الاستفادة منه إلا بعد موته بالشروط الواردة في القرار رقم 26 / 1 / 4 لهذا المجمع.
ثانياً: لا يجوز أن تخضع عمليات زرع الأعضاء للأغراض التجارية على الإطلاق.
ثالثاً: لا بد أن يسند الإشراف على عمليات زراعة الأعضاء إلى هيئة متخصصة موثوقة.

قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم: 17 (5/3)

بشأن موضوع: أجهزة الإنعاش

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الثالث بعمان عاصمة المملكة الأردنية الهاشمية من 8 إلى 13 صفر هـ / 11 إلى 16 أكتوبر 1986م.

بعد التداول في سائر النواحي التي أثيرت حول موضوع "أجهزة الإنعاش" واستماعه إلى شرح مستفيض من الأطباء المختصين، قرر ما يلي:

يعتبر شرعاً أنّ الشخص قد مات وتترتب جميع الأحكام المقررة شرعاً للوفاة عند ذلك إذا تبين في إحدى العلامتين التاليتين:
1- إذا توقف قلبه وتنفسه توقفاً تاماً وحكم الأطباء بأنّ هذا التوقف لا رجعة فيه.
2- إذا تعطلت جميع وظائف دماغه تعطلاً نهائياً، وحكم الأطباء الاختصاصيون الخبراء بأنّ هذا التعطل لا رجعة فيه، وأخذ دماغه في التحلل، وفي هذه الحالة يسوغ رفع أجهزة الإنعاش المركبة على الشخص وإن كان بعض الأعضاء كالقلب مثلاً لا يزال يعمل آلياً بفعل الأجهزة المركبة.

والله أعلم