

## أثر فساد الذمم في تغيير صورة العقد المالي، وتطبيقاته في النوازل المالية المعاصرة

### Effect Of Moral Corruption On The Change In The Form Of The Financial Contract, And Its Applications In Recent Financial Developments

محمد العربي شايشي<sup>1</sup>

<sup>1</sup> كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر 1 (الجزائر)، m.chaichi@univ-alger.dz

تاريخ النشر: مارس/2025

تاريخ القبول: 2025/03/30

تاريخ الإرسال: 2025/01/20

#### الملخص:

قد راعت الشريعة الإسلامية تغيير صور الأحكام الشرعية بسبب تغيير أحوال الناس، ويعتبر فساد الذمم سبب وجيه موجب لتعديل شكل العقد المالي بما يتوافق مع مضمونه وأهدافه، وهو منهج معتبر يحقق مصالح الناس، ويدفع الضرر عنهم، ويفتح باباً مهماً للمستثمرين والمؤسسات المالية والخدمات المصرفية لتطوير خدماتها واستمراريتها ومسايرتها لتقلبات السلوكيات الاجتماعية، ويساعدها على ابتكار أدوات مالية ناجحة ومُسايرة لظروف العصر؛ مما يدفع بعجلة التنمية الاقتصادية إلى الأمام.

**الكلمات المفتاحية:** فساد الذمم، العقد المالي، النوازل المالية

#### Abstract:

Islamic law has taken into account the change in the forms of legal rulings due to the change in people's conditions. Moral corruption is considered a valid reason for amending the form of the financial contract in accordance with its content and objectives. It is a considered approach that achieves people's interests, prevents harm from them, and opens an important door for investors, financial institutions, and banking services to develop their services, maintain continuity, and keep pace with fluctuations in social behavior, and helps them innovate successful financial tools that keep pace with contemporary conditions. Which pushes economic development forward.

**Key words:** Moral Corruption. Financial Contract. Recent Financial Developments

## مقدمة:

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله وعلى آله وصحبه وسلم، وبعد: إن المقصد العام للتشريع الإسلامي هو جلب المصالح ودرء المفسدات، والتشريعات على قسمين، بعضها أسس للمصلحة كالشعائر التعبدية؛ فهي في مجملها غير معقولة المعنى، فتكون ثابتة لا تتبدل بأي حال، وبعضها تأسس على مصلحة، وتُدرَك عللها وأسرارها ومعانيها، كالمعاملات المالية، فهي تتكيف وتتماشى مع المصلحة المدركة المعقولة التي تأسست عليها، وتدور حيث دارت.

وأجزاء العقود المالية على نسق واحد، وطرد أشكالها وصورها المعهودة في جميع الأزمنة والأمكنة، رغم تغير الظروف واضطراب الأحوال، وتجدد المصالح؛ يحولها إلى سوط للجور والظلم وضياع الحقوق وهدر المصالح. ومن ذلك حالات تغير أخلاق الناس، وانحطاط سلوكهم، وفساد ذممهم.

ومادام أن الشريعة الإسلامية خالدة وصالحة لكل زمان ومكان، وتتميز بالمرونة، والواقعية، والتيسير، والتخفيف، فقد وضعت حلولاً لذلك، وما جاء الفقهاء بالاستحسان إلا للتخفيف من حدة تعوّل القياس. وقد لوحظ أن بعض الفقهاء قديماً انتهج منهج تعديل صورة العقد المالي ليتوافق الشكل مع مضمونه، ويتحقق مقاصد الشارع الحكيم، ويتحقق مقصود المتعاقدين.

وقد جاء بحثي هذا لجمع شتات ما ذكره العلماء، واستقراء الخطط والإجراءات، ووضع الأصول والمستندات المؤسّسة لهذا المنهج، ومن ثمّ صياغة تفعيد متكامل، يُستفاد منه في صياغة العقود المالية المعاصرة. وسأجيب فيه عن الإشكالية التالية:

## هل فساد الذمم سبب معتبر شرعاً في تعديل صورة العقد المالي؟

والجواب عن هذه الإشكالية، يتضمن الجواب عن أسئلة جزئية، وهي كالتالي:

- هل يمكن تعديل صورة العقد المالي؟، وهل فساد الذمم سبب مقبول شرعاً لتعديل صورة العقد المالي؟
- ما الغاية من تعديل صورة العقد المالي، وماهي الحجج الشرعية التي يُستند إليها في ذلك؟
- ما تطبيقات ذلك على النوازل المالية المعاصرة، وهل يمكن الاستفادة من هذا في تشكيل عقود التمويل في المصارف الإسلامية؟

**المنهجية:** اعتمدت في بحثي هذا على المنهج الاستقرائي التحليلي المقارن.

سأستقرأ ما كتبه الفقهاء في الموضوع بالرجوع إلى كتب الفقه والنوازل والفتاوى، ثم أحل المادة وأبين وجه ارتباطها بموضوعنا، ثم أجري المقارنات اللازمة محاولاً استخلاص منهج يُستعان به في النوازل المالية المعاصرة، ومن ثمّ تستفيد منه المصارف الإسلامية في تشكيل وصناعة عقودها المالية.

**المبحث الأول: فساد الذمم في الواقع:****المطلب الأول: حقيقة فساد الذمم****أولاً: تعريف فساد الذمم**

**1- تعريف الفساد: لغة:** ضد الصلاح، ويطلق على خروج الشيء عن الاعتدال<sup>1</sup>.

**اصطلاحاً:** قال الطبري: الفساد هو الكفر والعمل بالمعصية<sup>2</sup>. وقال أبو حيان: الفساد التغيير عن حالة الاعتدال والاستقامة<sup>3</sup>.

**2- تعريف الذمم: الذمم، ج ذمة، وهي في اللغة: العهد والأمان والضمان<sup>4</sup>.**

**واصطلاحاً:** "معنى يصير بسببه الآدمي على الخصوص أهلاً لوجوب الحقوق له وعليه"<sup>5</sup>.

**3- تعريف (فساد الذمم)**

لم أقف على تعريفات اصطلاحية لمصطلح (فساد الذمة) في المصادر التي رجعت إليها، ولكن يمكن صياغة تعريف لها، بأن يقال: فساد الذمة هو عارض أو حال استثنائية ترد على أحوال الناس وأخلاقهم بسبب ضعف الوازع الديني، أو سوء الأخلاق، أو نسيان رقابة الله سبحانه وتعالى، يجعل القاضي أو المفتي يغلب حال التهمة على البراءة، ويقدم الضمان على الأمانة. والضابط في ذلك شخصي ذاتي تراعى فيه حال السائل أو المتقاضي.

**ثانياً: مصطلحات ذات صلة ب (فساد الذمم)**

لما كانت العقود مبنية على الالتزام والتفويض اهتمّ الفقهاء قديماً وحديثاً بمسألة البيئة المساعدة على الالتزام بالمتعاقد عليه، وأنه ينبغي توفر أخلاق حسنة وخصال حميدة في العاقد، وتعرضوا لظاهرة فساد أخلاق العاقد، وتنوعت عباراتهم في التعبير عن هذا، ومن أمثلة ذلك:

**1- فساد الذمم، ضعف الذمم، كثرة الفساد..** وجاءت عند الشيخ الزرقا في قوله: "ثم لما فسدت ذمم الناس، وكثر الطمع، وقلّ الورع، وأصبح المدينون يعمدون إلى تهريب أموالهم من وجه الدائنين عن طريق وقفها أو هبتها لمن يثقون به من قريب أو صديق، أفتى المتأخرون من فقهاء المذهب الحنبلي والحنفي بعدم نفاذ هذه التصرفات من المدين إلا فيما يزيد عن وفاء الدين من أمواله<sup>6</sup>. وكذلك عند الشيخ الدعاس في قوله: "...إلا أن الكثير من الفقهاء المتأخرين لاحظوا ندرة العدالة الكاملة؛ لكثرة الفساد، وضعف الذمم، والوازع الديني..<sup>7</sup>".

**2- فساد الزمان، فساد أهل الزمان ..** وجاءت عند الإمام ابن عابدين في قوله: "كثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان؛ لتغير عرف أهله أو لحدوث ضرورة، أو لفساد أهل الزمان...<sup>8</sup>".

**3- ضعف الوازع الديني، رقة الديانة، تفشي الجهالة ..** وجاءت عند الشيخ الطاهر بن عاشور في قوله: "لفقهاء تعيين المواضع التي تسلب فيها أمانة تنفيذ أحكام الشريعة من المؤتمنين عليها عند تحقق ضعف الوازع، أو رقة الديانة، أو تفشي الجهالة"<sup>9</sup>. وفي قوله في موطن آخر: "فمتى ضعف الوازع

الديني في زمن أو قوم أو في أحوال يظن أن الدافع إلى مخالفة الشرع في مثلها أقوى على أكثر النفوس من الوازع الديني، هناك يصار إلى الوازع السلطاني، فينطأ التنفيذ بالوازع السلطاني".<sup>10</sup>

**4- قلة الأمانة، كثرة الخيانة ..** وجاءت في كلام الأستاذ أبي سعيد بن لب في جوابه عن سؤال، حيث يقول: "...وعليه يتخرج عمل الناس اليوم في أجرة الدلال لأنها مجهولة، لكن ألجأ الناس إلى ذلك قلة الأمانة، وكثرة الخيانة...، لكن ربما لا يوجد في هذا الوقت من يستأجر بالأجرة المخالفة للعادة فيضطر إلى ما تقدم"<sup>11</sup>.

### المطلب الثاني: مظاهر فساد الذمم في الواقع

#### أولاً: صور فساد الذمم في الواقع عموماً

تعددت صور وأشكال فساد الذمم في واقعنا الذي نعيشه، ولعلّ من بينها:

- 1- رقة تدين الناس:** وأمر قد أضحى باديًا للعيان لا يستطيع أحد إنكاره، وقد أشار إلى وقوعه نبينا صلى الله عليه وسلم في قوله: «يأتي على الناس زمان يكون القابض فيه على دينه كالقابض على الجمر»<sup>12</sup>، وأخبر برفع الأمانة حتى يقال: «إن في بني فلان رجلاً أميناً»<sup>13</sup>.
- 2- اختلال منظومة القيم:** تتجلى أهمية القيم في أنها "قوانين من أجل الحياة .. ومعايير وضوابط بها يتجسد ضمير أو وجدان المجتمع والأمة، وتوجه سلوك أفراد وجماعته ونظمه، وتعبر عن خصوصيته وهويته". ومما لا شك فيه أن الواقع العالمي اليوم صار يعاني من أزمت خطيرة، والمتأمل فيها يدرك أنها وليدة أزمة قيمية تتمثل في اختلال منظومة القيم، ويتجلى أثرها في التحريف المستمر للمفاهيم القيمية، والفراغ الأخلاقي المفزع، وطغيان النظرة المادية وغيرها، والأخطر من ذلك كله غياب الوعي بقيمة القيم، قال المفكر المهدي المنجرة: "أن يكون الإنسان واعياً بقيمة القيم فتلك قيمة في حد ذاتها"<sup>14</sup>.
- 3- ندرة العدالة:** وقد وضع أهل العلم شروطاً تتحقق بها العدالة في الإنسان وهي: اجتناب الكبائر واتقاء الصغائر، وعدم ارتكاب ما يخلّ بالمروءة. قال الناظم:

والعدل من يجتنب الكبائر \*\*\* ويتقي في الأغلب الصغائر

وما أبيع وهو في العيان \*\*\* يقدح في مروءة الإنسان

ومن تأمل في زماننا يجد بأن هذه الشروط يكاد يندر تحققها في شخص.

- 4- قلة الورع:** والورع صفة زائدة على التقوى، وهو أن يترك الإنسان ما لا بأس فيه خشية أن يقع مما فيه بأس، وقد أوصى النبي - صلى الله عليه وسلم - سيدنا الحسن - رضي الله عنه - بذلك قائلاً له: «دع ما يريبك إلى ما لا يريبك»<sup>15</sup>، فإذا انعدمت التقوى انعدام الورع من باب أولى.

#### ثانياً: صور فساد الذمم المؤثر في العقد المالي

من المعلوم أن نجاح العقود المالية يحتاج إلى توفر بيئتها التي تتوفر فيها الخصال الحميدة التي تُضفي عليها مصداقية ورغبةً فيها وإقداماً عليها ابتداءً وانتهاءً، وذلك مثل الأمانة، والوفاء، والصدق،

والعفة..، وإذا لحقها الخلل بوجه من الوجوه ترك الناس هذه العقود، وبقي المال مكتنزا حبيس الأيدي، وقلّ تداوله، وانعدم رواجه، وبالتالي تتعطل حركة الاقتصاد وتُصاب بالركود.

ويمكن حصر مظاهر فساد الذمم المؤثر في العقد المالي فيما يلي:

**1- الخيانة:** فحقيقة العقود الشرعية في الأصل مبنية على الثقة والأمانة، وإذا كثرت الخيانة وقلت الأمانة ضاعت حقوق الناس، وصار لا أحد يثق في غيره، فيعزف الناس عن التعاقد عموماً. ولهذا حُصّ التاجر الذي يتصف بالأمانة بالثناء العظيم من رسول الله صلى الله عليه وسلم في قوله: «التاجر الصدوق الأمين مع النبيين والصديقين والشهداء»<sup>16</sup>.

**2- الكذب:** فالكذب من مفسدات العقود، وسبب للخصومة والنزاع وزعزعة الثقة، ولهذا أكد الإسلام على الصدق والتصريح بالحقيقة عند التعاقد كما في قوله صلى الله عليه وسلم «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، فإن صدقا وبينا بورك لهما في بيعهما، وإن كذبا وكتما مُحقت بركة بيعهما»<sup>17</sup>، وقوله صلى الله عليه وسلم «إن التجار يُبعثون يوم القيامة فجاراً إلا من اتقى الله وَبَرَ وصدق»<sup>18</sup>.

**3- إخلاف الوعد:** وأهم مقصد للعقد هو تحقق مقصده من تحقق تبادل العوضين ابتداء وانتهاء، وفي الأجل المحدد، وعلى الصفة المتفق عليه؛ لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: 1]، وقوله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولاً﴾ [الإسراء: 34]، وعدّ النبي صلى الله عليه وسلم إخلاف الوعد من آيات النفاق كما في قوله صلى الله عليه وسلم: «آية المنافق ثلاث،.. وإذا وعد أخلف...»<sup>19</sup>.

**4- الغش:** فالخداع في العقود وإخفاء الحقيقة وعدم الصراحة كلها ظواهر تتنافى مع مقاصد العقود الشرعية، ولهذا حرم الإسلام الغش بكل أنواعه، كما في قوله صلى الله عليه وسلم «من غش فليس مني»<sup>20</sup>، وقوله صلى الله عليه وسلم «أرأيت إن منع الله الثمرة بِمَ تستحلُّ مال أخيك»<sup>21</sup>.

**5- قلة الورع:** فالورع وتحري أكل الحلال والعفة عما في أيدي الناس يُضفي ثقة بين الناس تجعلهم يُقدّمون على العقود بكل رغبة وبدون تردد، ولهذا أمر الإسلام باستيفاء الكيل ونهي عن التطفيف، كما في قوله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا الْكَيْلَ إِذَا كِلْتُمْ وَزَنُوتُوا بِالْأُسْطَاسِ الْمُسْتَقِيمِ﴾ [الإسراء: 35]، وقوله تعالى: ﴿وَيْلٌ لِلْمُطَفِّفِينَ الَّذِينَ إِذَا اكْتَالُوا عَلَى النَّاسِ يَسْتَوْفُونَ وَإِذَا كَالَهُمْ أَوْ وَزَنَهُمْ يُخْسِرُونَ﴾ [المطففين: 1-3]، وقوله صلى الله عليه وسلم: «دع ما يريبك إلى ما لا يريبك»<sup>22</sup>.

### المطلب الثالث: فساد الذمم من موجبات تغيير الفتوى

إذا كان العقد لا يحقق مقصوده الذي أراده الله منه، ولا تتحقق مقاصد المكلفين منه؛ بسبب عدم التزام المتعاقدين أو أحدهما بما اتفقا عليه، أو بسبب إخفاء شيء من صفات مكوناته ابتداءً، أو مآلاً أو...، فحينئذٍ يجب تعديل العقد - تضييقاً أو توسيعاً - بما يتوافق مع مقصود الشارع أصالةً، وبما يتوافق مع مقصود المتعاقدين في الأصل تبعاً، وإلا بقي مجرد صورة فارغة المحتوية عديمة الغايات، وفي هذا يقول الإمام العز: «كلُّ تصرّف تقاعد عن تحصيل مقصوده؛ فهو باطل»<sup>23</sup>.

وتعديل العقد - عندئذ - هو تحقيق لمبدأي العدل والمصلحة اللذان قام عليهما التشريع الإسلامي، وحينها يجب تحقيق المناط؛ وذلك بأن يُبحث في صورة العقد في بيئة ما وزمن ما وحالة ما هل تحقق المقصد الشرعي الذي وضع له أم لا؟ ذلك لأن صورة العقد وشكله ومكوناته ما هي إلا أمارات وضعتها الشرعية لتحقيق المقصود منه، فإذا أضحت هذه الأمارات لا تقوى على تحقيق المقصود وجب إقامة ما يُحقق ذلك. وقد قال الإمام ابن عابدين: "كثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان؛ لتغير عرف أهله أو لحدوث ضرورة، أو لفساد أهل الزمان، بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه أولاً للزم منه المشقة والضرر بالناس، ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف واليسر ودفع الظلم والفساد، لبقاء العالم على أتم نظام وأحسن أحكام"<sup>24</sup>. وقال الشيخ الزرقا: "من المقرر في فقه الشريعة أن لتغير الأوضاع والأحوال الزمنية تأثيراً في كثير من الأحكام الشرعية الاجتهادية، فإن هذه الأحكام تنظم أوجبه الشرع بهدف إقامة العدل وجلب المصالح ودرء المفاسد، فهي ذات ارتباط وثيق بالأوضاع والوسائل الزمنية وبالأخلاق العامة، فكم من حكم كان تدبيراً أو علاجاً لبيئة في زمن معين، فأصبح بعد جيل أو أجيال لا يوصل إلى المقصود منه، أو أصبح يفضي عكسه، بتغير الأوضاع والوسائل والأخلاق"<sup>25</sup>.

### المبحث الثاني: تغير صورة العقد المالي

#### المطلب الأول: الصور المعهودة للعقد المالي

##### أولاً: معالم الصورة المعهودة للعقد المالي

إن العقد المعهود صورته هو ما توفرت فيها ثلاثة معالم أساسية:

- 1- أركان شرعية: وهي التي تشكل الهيكل العام للعقد، من متعاقدين، وعوضين، وصيغة.
- 2- شروط شرعية: وهي الصفات التي تضبط حقيقة الأركان وتجعلها تتوافق مع الشرع.
- 3- وضع شرعي: ويقصد به الهيئة والصفة المخصوصة التي يتم بها التعاقد، ويتحقق بها مقصود العقد.

##### ثانياً: حقيقة الصورة المعهودة للعقد المالي

إن صور العقود وأشكالها عموماً على قسمين:

##### أولاً: قسم منصوص عليه، وردت صفته في الكتاب والسنة ابتداءً، وذلك مثل:

- 1- الكثير من العقود المالية التي استجدت في زمن النبوة؛ كعقد المساقاة؛ وهي "أن يدفع الرجل شجره إلى آخر ليقوم بسقيه وعمل سائر ما يحتاج إليه، بجزء معلوم له من ثمره"<sup>26</sup>؛ بليل ما جاء في حديث عبد الله بن عمر - رضي الله عنه - «أن النبي صلى الله عليه وسلم عامل خير بشرٍ ما يخرج منها من ثمرٍ أو زرعٍ»<sup>27</sup>.
- 2- العقود التي جرى التعامل بها في الجاهلية، ثم أقرتها الشريعة الإسلامية، وأدخلت عليها بعض التعديلات؛ وذلك مثل عقد المضاربة؛ فقد ضارب النبي صلى الله عليه وسلم في مال خديجة قبل البعثة. ومثل ذلك عقد السلم؛ فقد قدم النبي صلى الله عليه وسلم المدينة فوجدهم يتعاملون بالسلم، كما في حديث عبد الله ابن عباس - رضي الله عنه - : «قدم النبي صلى الله عليه وسلم المدينة، وهم يسلفون في التمر السنة والسنتين...»<sup>28</sup>.

وهذا القسم هو الصورة المعهودة للعقد المالي في الشريعة الإسلامية.

**ثانياً: قسم اجتهادي،** وضعه العلماء ابتداءً، أو تواطأ عليه الناس وأقرهم عليه العلماء، فهي وليدة زمانها، ومن أمثلة ذلك:

**1- العقد على دخول الحمام للاستحمام:** بأن يدخل الحمام للاستحمام فيه، مع جهالة كمية الماء الذي سيستعمل، وجهالة مدة المكث فيه، وقد أجازاه العلماء<sup>29</sup>.

**2- بيعة أهل المدينة:** ومعناها ما جاء في العتبية عن مالك عن سالم بن عبد الله قال: "كنا نبتاع اللحم من الجزارين بسعر معلوم. نأخذ كل يوم رطلين أو ثلاثة، ويشترط أن يدفع ذلك الثمن إلى العطاء. مالك: ولا أرى به بأساً إذا كان العطاء معروفاً. ابن رشد: ولاشتهارها سميت ببيعة المدينة"<sup>30</sup>.

فصورتها ابتداء دين بدين، وهو منهي عنه في الأصل، ومع ذلك أجازوها استحساناً لحاجة الناس إليها؛ وبذلك نزلوا حرفة البائع وتخصّصيّته وتهيئه لتصنيعها منزلة وجود السلعة، واكتفوا بالشروع في قبض أوله ولو حكماً كتأخيره لمدة يسيرة كخمس عشرة يوماً للضرورة<sup>31</sup>.

**3- عقد المعاوضة:** وهو إعطاء كل من العاقدين لصاحبه ما يقع التبادل عليه دون إيجاب ولا قبول. وينعقد بها البيع عند الجمهور، خلافاً للشافعية<sup>32</sup>.

**4- بيع الوفاء:** وهو "البيع بشرط أن البائع متى رد الثمن يرد المشتري إليه المبيع"<sup>33</sup>. وقد أجازاه الحنفية، ومناسبة تجويزهم له أنه "لما كثرت الديون على أهالي بخارى مست الحاجة إلى ذلك وصار مرعياً"<sup>34</sup>، والحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة أو خاصة.

وفي هذا القسم دخل التعديل على الصورة المعهودة للعقد المالي؛ رفعاً للحرَج، أو بسبب فساد أخلاق الناس، أو...

### المطلب الثاني: صور تغيير شكل العقد المالي

إن تغيير أشكال العقود قد يأخذ عدة صور، منها:

**أولاً: الإبقاء على صورة العقد المسمى مع تعديله:**

وتعديله يكون إما بتضييقه أو توسيعه:

**1- تضييق صورة العقد المسمى،** وهو نفسه توسيع من جهة المعنى، وذلك كإلغاء شرط مثلاً، مثل إسقاط بعض الحواضر لشرط معلومية الأجرة في بعض عقود المزارعة عند ما قلت الأمانة وظهرت الخيانة، وأجازوا التعاقد على جزء مُشاع كالخُمس لا على سبيل التعيين<sup>35</sup>.

**2- توسيع صورة العقد المسمى،** وهو نفسه تضييق من جهة المعنى، كزيادة شرط أو هيئة أو تضمين من لا يضمن في الأصل، مثل تضمين بعض الفقهاء لحارس الحمام<sup>36</sup>.

**ثانياً: إحداث عقد جديد؛** كتركيب عقدين في عقد واحد، فينتج لنا عقداً جديداً غير معهود، مثل عقد الإجارة المنتهية بالتملك وهو "تمليك منفعة بعض الأعيان كالدور والمعدات، مدة معينة من الزمن، بأجرة معلومة تزيد عادة علة أجرة المثل، على أن يملك المؤجر العين المؤجرة للمستأجر، بناء على وعد سابق

بتمليكها في نهاية المدة أو في أثنائها بعد سداد جميع مستحقات الأجرة أو أقساطها، وذلك بعقد جديد، أي يتم تمليكها بعقد مستقل<sup>37</sup>. ومثله العقد الذي بين الفندق والنزيل، فهو جمع عدة عقود في عقد واحد، عقد إيجار للغرفة، وعقد عمل بالنسبة للخدمة المقدمة له كتنظيف الغرفة يوميًا وتغيير فراشها..، وعقد بيع للطعام المقدم له، وعقد وديعة بالنسبة لأمثلة النزيل وأغراضه الثمينة..

### المطلب الثالث: حكم تغيير صورة العقد المالي

الأصل العام يقتضي أن ما يتعلق بالمعاملات على الإباحة، وللاجتهاد فيها منسّع؛ لقوله تعالى: ﴿هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعاً﴾ [البقرة: 29]، بعكس العبادات فالأصل فيها المنع حتى يرد دليل الجواز، ولا اجتهاد فيها؛ لعدم معقولية معانيها. وحكم تغيير صورة العقد يتعلق بحالتين:

#### أولاً: تعديل العقد

ومما يتعلق بتعديل العقد الشروط المقترنة به، خاصةً الجعلية منها، فما حكم الشروط المقترنة بالعقود؟ والجواب أن الآراء قد تعددت في هذه المسألة، وكثرت التفريعات، ولعل مذهب المالكية في هذه المسألة احتوى أغلب الآراء، وسلك مسلك الجمع بين الأحاديث، قال الإمام ابن رشد الجد: "عرف مالك - رحمه الله - الأحاديث كلها واستعملها في مواضعها، وتأولها على وجوهها"<sup>38</sup>. ولخص الإمام ابن رشد الحفيد مذهب المالكية قائلاً: "وأما مالك فالشروط عند تنقسم إلى ثلاثة أقسام: شروط تبطل هي والبيع معا، وشروط تجوز هي والبيع معا، وشروط تبطل ويثبت البيع، وقد يظن أنه عنده قسم رابع، وهو أن من الشروط ما إن تمسك المشتري بشرطه بطل البيع، وإن تركه جاز البيع، وإعطاء فروق بيّنة في مذهبه بين هذه الأصناف الأربعة عسير، وقد رام ذلك كثير من الفقهاء، وإنما هي راجعة إلى كثرة ما يتضمن الشروط من صنف الفساد، الذي يخل بصحة البيوع، وهما الربا، والغرر، إلى قلته وإلى التوسط بين ذلك، أو إلى ما يفيد نقصاً في الملك، فما كان دخول هذه الأشياء فيه كثيراً من قبل الشرط أبطله، وأبطل الشرط، وما كان قليلاً أجاز، وأجاز الشرط فيها، وما كان متوسطاً أبطل الشرط، وأجاز البيع"<sup>39</sup>.

فما كان من الشروط يتم الصورة المعهودة، أو لا يؤثر كثيراً على الصورة المعهودة ويقترّب منها شكلاً ومضموناً أجازوه، وما كان منها يتعارض مع الصورة المعهودة شكلاً ومضموناً منعه.

#### ثانياً: إحداث عقد جديد

وإحداث عقد جديد يكون - في الغالب - إما بالقياس عن المعدول به عن سنن القياس، أو بجمع عقدين في عقد واحد (عقد مركّب)، ولهذا من المهم بحث هاتين المسألتين:

**1- القياس على "المعدول به عن سنن القياس":** يعبر الفقهاء عن هذه المسألة بـ "ما خرج عن سنن القياس"، أو "المعدول به عن سنن القياس"، أو "ما خالف قياس الأصول"، أو "الخارج عن القياس"<sup>40</sup>.

ويقصد بالقياس هنا ما كان ثابتاً على خلاف القواعد والأصول العامة في الشريعة. فيكون معنى "المعدول به عن سنن القياس" ما كان خارجاً عن القواعد العامة والأصول الشرعية الثابتة.

وبحث هذه المسألة مبني على مذهب الجمهور الذين يثبتون وجود أحكام على خلاف القياس كالمساقاة والمزارعة...، خلافاً لما ذهب إليه الإمامان ابن تيمية وتلميذه ابن القيم من أنه لا يوجد في الشريعة شيء ثبت على خلاف القياس. وبعيداً عن كونها معدولاً بها عن سنن القياس أم لا، هل القياس عليها سائغ أم لا؟

وتحريز محلّ النزاع أنهم اتفقوا على عدم جواز القياس على ما كان غير معقول المعنى، كالذي ثبت اختصاصه ببعض الأفراد، من مثل اختصاص النبي - صلى الله عليه وسلم - بالزواج بأكثر من أربع نسوة، وقبول شهادة خزيمة، وعناق أبي بردة، وكذلك الأحكام التعبدية غير معقولة المعنى كأعداد الركعات وأنصبة الزكاة ومقادير الحدود والكفارات، كما اتفقوا على منع القياس على ما كان معقول المعنى إلا أنه منعدم النظير كضرب الدية على العاقلة ورخص السفر<sup>41</sup>، واختلفوا في المعقول المعنى المستثنى من قاعدة عامة، والذي له نظائر تشاركه في علته، ولم يثبت دليل يخصّه عن غيره، كعقد المساقاة والمزارعة... على عدة أقوال، أهمها قولان: المنع، وهو قول بعض الحنفية، وأكثر المالكية، وبعض الشافعية<sup>42</sup>، والجواز في الجملة، وهو قول أكثر الشافعية والحنابلة، وبعض الحنفية، وبعض المالكية<sup>43</sup>.

**2- عقدان في عقد واحد:** ومن صور تعديل صورة العقد المالي هو تركيب عقدين في عقد واحد لينتج عقداً غير معهود، وقد اختلف العلماء في ذلك التركيب على قولين:

القول الأول: يحرم اجتماع أكثر من عقد في صفقة واحدة وهو مذهب الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة<sup>44</sup>. إلا أن المالكية حصروا منع اجتماع العقود مع البيع في العقود المتنافرة التي تختلف أحكامها مع البيع، وهي سبعة: الجعالة، والصرف، والمساقاة، والشركة، والنكاح، والقراض، القرض، وجمعت في عبارة "جص مشنق"<sup>45</sup>. قال الإمام القرافي: "والسر في الفرق أن العقود أسباب لاشتغالها على تحصيل حكمتها في مسبباتها بطريق المناسبة، والشيء الواحد لا يناسب المتضادين، فكل عقدين بينهما تضاد لا يجمعهما عقد واحد"<sup>46</sup>.

القول الثاني: هو ذهب إليه أشهب من المالكية وابن تيمية من الحنابلة إلى جواز اجتماع أكثر من عقد في صفقة واحدة<sup>47</sup>.

#### المطلب الرابع: مبررات تغيير صور العقد المالي وتعديله

العقود المالية وُضعت - شكلاً ومضموناً - لتحقيق مقاصد وغايات، وقد يلزم - من أجل ذلك - تغيير أشكالها لتحقيق فاعلية مضمونها وبالتالي ضمان تحقيق تلك الغايات التي وجدت من أجلها. ولهذا التغيير للعقد المالي دواعي ومبررات، ومنها:

**1- تحقيق المصالح:** فالعقود المالية وغيرها جاءت لتحقيق مصالح الناس الضرورية والحاجية والتحسينية منها، وبفقد هذه المصالح في مجملها تعم الفوضى والهرج، وتكثر الخصومات والنزاعات، وتختل منظومة العدل. وإذا تعطلت مصالح الدنيا حتماً تتعطل مصالح الدين، كما قال الإمام الغزالي: "إن نظام الدين لا يحصل إلا بنظام الدنيا... فنظام الدين بالمعرفة والعبادة لا يتوصل إليهما إلا بصحة البدن وبقاء الحياة،

وسلامة قدر الحاجات من الكسوة والمسكن والأقوات والأمن... فلا ينتظم الدين إلا بتحقيق الأمن على هذه المهمات الضرورية...<sup>48</sup>، وكل هذا يوجب تعديل صور العقود بما تتحقق به المصالح في الدارين.

**2- دفع الضرر:** فالعقد إذا صار تطبيق صورته يُلحق ضرراً ويوقع في الحرج صار لا يحقق مقصود المتعاقد منه، ووجب حينئذ تعديل صورته على الوجه الذي يحقق المقصود، والنصوص المتظافرة المستفيضة دلت على دفع الضرر ورفع الحرج.

**3- حفظ الحقوق:** فالغاية من إجراء العقود المالية هو تحقيق الوصول إلى حاجات شرعية مرغوبة، وهذا لا يتحقق إلا بالبحث عن الصورة الشرعية المناسبة التي تتحقق بها هذه الحاجات وتُحفظ بها هذه الحقوق، لأنه في كثير من الأحيان تضيق الحقوق بسبب تعين صورة ما للعقد المالي من غير تعديل لها، وهذا يتنافى مع مقاصد الشريعة الإسلامية التي جاءت بحفظ ضروري المال.

**4- تحقيق مقصدي العمران والاستخلاف:** ولو لم يُراعى لحصل للناس نفور من العقود خوفاً من ضياع حقوقهم والمخاطرة بأموالهم، وبالتالي تتوقف التجارات والبيوع وعقود الشركات والمساقاة والمزارعة...، وهذا خلاف مقاصد الحياة.

ومقصد عمارة الأرض أشار إليه ربنا تبارك وتعالى في قوله: ﴿هو أنشأكم من الأرض واستعمركم فيها﴾ [هود: 61] أي طلب منكم عمارتها. وعمارته تكون باستخراج كنوز الأرض واستغلالها وإحيائها بالبناء وغرس الأشجار، وإقامة الأنشطة التجارية والصناعية والزراعية وسائر الحرف التي تعود بالنفع على البشرية، كما يدل عليه قوله تعالى: ﴿وَأَثَرُوا الْأَرْضَ وَعَمَرُوهَا أَكْثَرَ مِمَّا عَمَرُوهَا﴾ [الروم: 9]. يقول الشيخ علال الفاسي: "المقصد العام للشريعة الإسلامية هو عمارة الأرض وحفظ نظام التعايش فيها واستمرار صلاحها بصلاح المستخلفين فيها وقيامهم بما كلفوا به من عدل واستقامة ومن صلاح في العقل وفي العمل وإصلاح في الأرض واستنباط لخيراتها وتدبير لمنافع الجميع"<sup>49</sup>. ويقول الشيخ الطاهر بن عاشور: "إن من أكبر مقاصد الشريعة الانتفاع بالثروة العامة بين أفراد الأمة على وجوه جامعة بين رعي المنفعة العامة ورعي الوجدان الخاص"<sup>50</sup>.

وأما مقصد الاستخلاف فمن معانيه "تسخير كل مظاهر الكون الفسيح، والانتفاع بها، وتوجيهها لخدمته وخدمة بني جنسه رغبة في إقامة حضارة إنسانية في ظل منهج العبودية لله الذي تنتقي معه كل مظاهر الخلل والفوضى والاضطراب"<sup>51</sup>. وهذا مصداقاً لقوله تعالى: ﴿وبستخلفكم في الأرض فينظر كيف تعملون﴾ [الأعراف: 129]. يقول الشيخ عبد المجيد النجار: "ومضمون الخلافة في الأرض يشمل.. التعمير في الأرض علماً بقوانينها واستثماراً لخيراتها، وارتقاءً لمقدراتها في غير سرفٍ ولا عبثٍ ولا إخلال بنظامها الموزون"<sup>52</sup>.

### المبحث الثالث: مشروعية تغيير صورة العقد المالي بسبب فساد الذمم

منهج تغيير صورة العقد المالي أضحى منهجاً راسخاً لدى صانعي وصائغي العقود المالية في كل زمان ومكان، وهو يخضع للتغيرات التي تطرأ على سلوك المتعاملين صلاحاً أو فساداً، أو ظروفهم أو

ضرورتهم...، وقد تأسس هذا المنهج على عدة أصول وقواعد عامة، وتدعم بعدة شواهد تطبيقية من صنيع أئمة الاجتهاد، ومن ذلك ما يلي:

### المطلب الأول: الأصول المعنوية العامة

**1- التعليل:** أي أن أحكام الله وُضعت تحقيقاً لمصالح العباد في العاجل والآجل<sup>53</sup>، وفي هذا يقول الإمام ابن القيم: "ليس في الشريعة حكم واحد إلا وله معنى وحكمة يعقله من عقله ويخفي على من خفي عليه"<sup>54</sup>، وأشار الإمام الشاطبي وقبله الإمام ابن الحاجب إلى قيام إجماع الأمة على ذلك، حيث يقول الإمام الشاطبي: "والإجماع على أن الشارع يقصد بالتكليف المصالح على الجملة"<sup>55</sup>، وقال الإمام ابن الحاجب: "فإن الأحكام شرعت لمصالح العباد بدليل إجماع الأمة"<sup>56</sup>. وما دام أن الأحكام ربطت بالمصالح وجوداً وعدماً فإن هذا يستلزم منع طرد صور العقود على نسق واحد في كل الأحوال والأزمنة والأمكنة، وأنه إذا تخلفت المصالح التي وُضعت لتحقيقها استلزم تلقائياً تعديل صورة العقد بما يحقق هذه الغايات والأهداف.

**2- المصلحة:** وهي "المحافظة على مقصود الشارع. ومقصود الشرع من الخلق خمسة: أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة، ودفعها مصلحة"<sup>57</sup>. والعقود في الأصل - شكلاً ومضموناً - شرعت لإيجاد مصالح العباد التي أراد الشارع تحقيقها وترسيخها، فحينما تحققت تلك المصالح على أكمل ما يكون وجب استصحاب تلك العقود بتمامها، وحينما تخلفت وجب السعي لتحقيق المضمون ولو اختلف الشكل.

**3- العدل:** وهو "وضع الأمور في نصابها، وإعطاء كل شيء حقه من غير زيادة، ولا نقصان، والذي ينشأ عن معرفة حقائق الأشياء على ما هي عليه، ومعرفة حدودها، وغاياتها، ومنافعها"<sup>58</sup>. والعدل يقتضي عدم إجراء العقود على صورة واحدة شكلاً ومضموناً في كل زمان ومكان، بل لا بد من تكييف أشكال تلك العقود بما يتوافق مع ميزان المصالح والمفاسد. كما أن العدل يقتضي جواز إحداث عقود جديدة تحقق مصالح الناس في الأزمنة اللاحقة والأمكنة المختلفة مثل ما وُجد فيما مضى في بيئة الحجاز وما بجوارها في فترة تنزل الوحي وما بعدها بقليل عقود وضعتها الشريعة الإسلامية حققت مصالح الناس، وكل هذا تأكيداً لمبدأ ديمومة الشريعة الإسلامية وصلوحيتها لكل زمان ومكان.

**4- رفع الحرج:** وهو منع وقوع أو بقاء الضرر على العباد بمنع حصوله ابتداءً، أو بتخفيفه، أو تداركه بعد تحقق أسبابه<sup>59</sup>. وقد انعقد إجماع الأمة قاطبة على أن الحرج مرفوع عن الأمة، وفي هذا يقول الإمام الشاطبي - عند كلامه عن الحرج -: "الإجماع على عدم وقوعه وجوداً في التكليف، وهو يدل على عدم قصد الشارع إليه، ولو كان واقعا لحصل في الشريعة التناقض والاختلاف، وذلك منفي عنها؛ فإنه إذا كان وضع الشريعة على قصد الإعانات والمشقة، وقد ثبت أنها موضوعة على قصد الرفق والتيسير؛ كان الجمع بينهما تناقضاً واختلافاً، وهي منزهة عن ذلك"<sup>60</sup>. وإذا أوقع عقد ما في الحرج حالاً أو مآلاً وجب

حينئذٍ العدول عن صورة العقد الأولى إلى صورة أخرى تنسجم مع الروح العامة للشرعية ما دام أن الحرج مرفوع عن الأمة الإسلامية.

### المطلب الثاني: الأدلة النقلية

أولاً: من الكتاب: وقد جاءت آيات كثيرة تدل على اليسر ورفع الحرج، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿وما جعل عليكم في الدين من حرج﴾ [الحج:78]، وقوله تعالى: ﴿يريد الله بكم اليسر، ولا يريد بكم العسر﴾ [البقرة:185]، وقوله تعالى: ﴿هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعاً﴾ [البقرة:29].

ثانياً: من السنة: وقد جاء في ذلك أحاديث كثيرة، منها قوله - صلى الله عليه وسلم - : «لا ضرر ولا ضرار»<sup>61</sup>، وقوله - صلى الله عليه وسلم - : «إن الدين يسر ولن يشاد الدين أحد إلا غلبه، فسددوا وقاربوا، وأبشروا..»<sup>62</sup>.

ثالثاً: من اجتهاد السلف: قد قامت الكثير من اجتهادات السلف على تعديل العقود بما يتوافق مع مقصود الشارع، ويحقق مصالح الناس، عند تغيير الأحوال والظروف، وقد قال عمر بن عبد العزيز: "تحدث للناس أفضية بقدر ما أحدثوا من الفجور"، وذلك مثل تضمين سيدنا علي - رضي الله عنه - للصناع؛ قائلاً: "لا يصلح للناس إلا ذاك"<sup>63</sup>، مع أن الأصل أن يده يد أمانة، ولا ضمان على الأمين. وجاء في المدونة: "إنما يضمن الصناع ما دفع إليهم مما يستعملون على وجه الحاجة إلى أعمالهم، وليس ذلك على وجه الاختبار لهم والأمانة، ولو كان ذلك إلى أمانتهم، لهلك أموال الناس وضاعت قبلهم واجترعوا على أخذها، ولو تركوها لم يجدوا مستعيباً، ولم يجدوا غيرهم ولا أحداً يعمل تلك الأعمال غيرهم، فضمنوا ذلك لمصلحة الناس"<sup>64</sup>.

### المطلب الثالث: القواعد التشريعية العامة

#### أولاً: القواعد الأصولية

1- المصلحة المرسلّة: وهي المصلحة التي لم يقم دليل خاص من الشارع على اعتبارها أو إلغائها، ولكن دلت الأدلة والشواهد العامة على اعتبارها جملة.

فتعديل العقود المالية من المسكوت عنه، ولم يرد دليل خاص بشأنه، ولكن دلت القواعد والأدلة التشريعية العامة على ذلك، وجرى عمل السلف على ذلك.

2- الاستحسان: وهو العدول بالمسألة عن حكم نظائرها لدليل خاص يقتضي ذلك العدول<sup>65</sup>.

أي استثناء مسألة جزئية من دليل كلي أو قاعدة عامة، عند وجود المصلحة المقتضية لذلك.

فتعديل صورة عقد ما والخروج به عن صورة نظائره بسبب فساد الذمم أمرٌ سائغ شرعاً، وما تضمين سيدنا علي - رضي الله عنه - للصناع إلا من قبيل الاستحسان.

3- العرف: وهو "ما استقر في النفوس من جهة العقول، وتلقته الطبائع السليمة بالقبول"<sup>66</sup>.

قد يغير عرف طارئ صورة عقد مالي على هيئة لا توقع في علة المحذور من وقوع الخصام والنزاع، حتى لو كانت ظاهر صورته المعتلة توهم بالمنع، وهو أمر سائغ بالنظر إلى تعليل الأحكام الشرعية. وجريان العرف على شيء ما قاضٍ بانتفاء النزاع، ذلك لأن الأمر - حينئذٍ - يصير مألوفاً لدى الناس.

## 4- سد الذرائع وفتحها

- أ- **سد الذرائع**: عرفها الباجي بأنها "المسألة التي ظاهرها الإباحة، ويتوصل بها إلى فعل المحظور"<sup>67</sup>. فالعقد المالي إذا كان في صورته الظاهرة يوصل إلى المحظور وتضييع به الحقوق والمصالح، وجب استبداله أو تعديل صورته بما يتحقق به المقصود الشرعي.
- ب- **فتح الذرائع**: عرّف بأنه "إباحة الأمر الممنوع إذا ترتب على إباحته مصلحة"<sup>68</sup>. فلو فُرض امتناع تعديل صورة العقد المالي، وكان تعديله يحقق مصلحة شرعية راجحة لتعين ذلك؛ لأن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب.

- 5- **مراعاة الخلاف**: وهو إعمال دليل الخصم في لازم مدلوله الذي أعمل في نقيضه دليل آخر<sup>69</sup>. ويتجلى تحقق هذه القاعدة خصوصاً في حالة ما بعد الوقوع، وهي هنا ما إذا جرى عمل الناس على اختيار صورة مناسبة لعقد ما تحقق مقصود الشارع وترفع الحرج عنهم فلا إشكال في ذلك، ولا ينبغي منعها ورفعها؛ ذلك لأن منعها ورفعها يوقعهم في الحرج وضيق شديد.
- 6- **الحيل الشرعية**: عرفها الشيخ الطاهر بن عاشور بأنها: "إبراز عمل ممنوع شرعاً في صورة عمل جائز، أو إبراز عمل غير معتد به شرعاً في صورة عمل معتد به"<sup>70</sup>. فتعديل صورة العقد المالي مادام يراد منه الوصول إلى أمر مشروع فهو جائز، سواء قلنا بأن هذا التعديل مأذون فيه أو غير مأذون فيه.

## ثانياً: القواعد الفقهية:

- 1- **قاعدة: المشقة تجلب التيسير**: ومعناها أن الأحكام التي يوقع تطبيقها في الحرج والمشقة، فالشريعة تخففها بما يتناسب مع قدرة المكلف. وعليه فالإبقاء على الصورة المعهودة للعقد المالي عند فساد أخلاق الناس قد يوقع في حرج ومشقة فادحة مما يستوجب تعديله تحقيقاً للتخفيف والتيسير.
- 2- **قاعدة: لا ضرر ولا ضرار**: ومعناها يجب دفع الضرر قبل وقوعه، وتجب إزالته ورفع بعد وقوعه. وبالتالي فالإبقاء على الصورة المعهودة للعقد المالي عند فساد الزمان يوقع في كثير من الأحيان في ضررٍ محققٍ، مما يقتضي دفعه قبل وقوعه بتعديل صورة العقد.

## ثالثاً: النظريات الفقهية:

- نظرية ما جرى به العمل**: ويقصد به "الأخذ بقول ضعيف أو شاذ في مقابل الراجح أو المشهور، لمصلحة أو ضرورة أو عرف، أو غير ذلك من الأسس"<sup>71</sup>.
- وهذه النظرية عمل بها فقهاء المالكية، وبناء عليها اتفق بعض أهل الحواضر الكبرى على اعتبار وإقرار ما جرى به عمل أهلها، وقد اشتهر ما يسمى بعمل أهل بجاية، وعمل أهل تلمسان، وعمل أهل فاس، وعمل أهل قرطبة، وعمل أهل القيروان ...

وجرى عمل الناس على تعديل الكثير من العقود على هيئة يُرتفع بها الحرج، وأقرهم العلماء على ذلك، وذلك مثل عقد الخماسة، القائم على إعطاء العامل جزء محدّد مشاع في عقد المزارعة بدل الأجرة المعلومة، وقد قال الناظم: وأجرة الخمّاس أمر مشكل وللضرورة بها تساهل

#### المطلب الرابع: شواهد تطبيقية من عمل الفقهاء

**1- جهالة الأجرة في عقد الخماسة:** عند ما قلّت الأمانة وظهرت الخيانة في مجتمع مدينة فاس، أجاز الفقهاء - حينها - التعاقد في بعض عقود المزارعة على جزء مُشاع كالخُمس بدلاً عن الأجرة المعلومة، وهو ما يسمى بـ "عقد الخماسة"<sup>72</sup>.

**2- جهالة الأجرة في خدمة الجباح:** يقول الإمام الونشريسي - رحمه الله -: "سئل الأستاذ أبو سعيد بن لب، فقيل له: ما ترى فيمن له جباح<sup>73</sup> فأعطاها لمن يخدمها بجزء من غلتها، هل يجوز ذلك أم لا؟ فأجاب: أما الحكم في إعطاء الجباح بحظ العامل فالمنع على أصل المذهب؛ لأنه عمل في إجارة بأجرة مجهولة الأصل والقدر، كما يمتنع ذلك في الأفران والأرحى، وإنما يجوز ذلك عند من يستريح القياس على القراض والمساقاة، حكى هذا الأصل عن ابن سيرين وجماعة، وعليه يتخرج عمل الناس اليوم في أجرة الدلال لأنها مجهولة، لكن ألجأ الناس إلى ذلك قلة الأمانة وكثرة الخيانة...، لكن ربما لا يوجد في هذا الوقت من يستأجر بالأجرة المخالفة للعادة فيضطر إلى ما تقدم"<sup>74</sup>.

**3- تضمين السمسار:** قال اليزناسني في السمسار: "أن ما قاله ابن عبد البر من ضمانه هو الذي ينبغي أن يعمل به في هذه الأزمنة التي قلّ فيها الصدق عند من يظنّ به فضلا عن غيره"<sup>75</sup>.

**4- إسقاط شرط العدالة في الإشهاد في العقود المالية وغيرها:** أي قبول شهادة الأمتل فالأمتل، والأقل فجورا فالأقل، قال الشيخ الزرقا: "لما ندرت العدالة وعزت في هذه الأزمان، قال الفقهاء: بقبول شهادة الأمتل فالأمتل، والأقل فجورا فالأقل. وقالوا نظير ذلك في القضاة وغيرهم، إذا لم يوجد إلا غير العدول، أقمنا أصلهم وأقلهم فجورا؛ لئلا تضيع المصالح وتتعلل الحقوق والأحكام، فقد حسن ما كان قبيحاً، واتسع ما كان ضيقاً، واختلفت الأحكام باختلاف الأزمان، فإن خيار زماننا هم أرادل أهل العصر الأول"<sup>76</sup>.

#### المبحث الرابع: تطبيقات معاصرة

يمكن تطبيق مبدأ جواز تغيير صورة العقد عند فساد الذمم عند إنشاء وصناعة عقود مستحدثة، وقد بُنيت على هذه القاعدة الكثير من العقود المعاصرة، ومن ذلك:

##### المطلب الأول: غرامة التأخير

لما قلّت الأمانة وتفشّى في الناس التهاون في سداد الديون لجأت المصارف الإسلامية إلى وضع شرطٍ يندرج في العقد؛ لضبط المتعامل وإلزامه بالسداد في الوقت من غير تأخير.

وهذا الشرط يسمى (غرامة التأخير) والغرض منه حماية أموال المصرف من الضياع المؤدي إلى إفلاسه، والحرص على تحقيق خدماته على أكمل صورة من غير إخلال بالتزاماته المالية مع متعامليه من المودعين وغيرهم. ومضمون هذا الشرط هو إلزام الزبون الذي تأخر عن وقت سداد الدين بغرامة مالية

تأديبية جزاء عدم التزامه، وهذا الشرط إذا كان بغرض انتفاع المصرف بتعويض من الزبون تملكاً فهو لا يعدو أن يكون إلا شرطاً ربوياً أخل بصورة العقد شكلاً ومضموناً.

ومن أجل تفادي الوقوع في الربا تعمل المصارف الإسلامية على أخذ تلك الغرامة ووضعها في صندوق مستقل، تُصرف أمواله لصالح العمل الخيري؛ إبعاداً لشبهة الربا، وهو ما اعتمدته هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (أيوبي) في معاييرها. وهذه الصورة لها أصل في موروثة الفقهي القديم، وهو ما قاله الإمام ابن نافع، ومحمد بن دينار المالكيين من جواز اشتراط إلزام المماطل بالتصدق.

### المطلب الثاني: عقد استئجار العامل للعمل في المركبات بجزء مشاع من مداخلها (الثالثة)

وهذا العقد يُعرف في المجتمع الجزائري ب(الثالثة)، وهو عقد إجارة بين مالك مركبة وعامل، قائم على العمل في هذه المركبة لنقل الركاب، سواء داخل أنحاء المدينة أو خارجها، على أن لا يكون راتبه أجره معلومة، إنما عبارة عن جزء مشاع من مداخل هذا العمل ويتمثل في الثلث، والثلثان المتبقيان يقسمان مناصفة بين صاحب المركبة واحتياجات المركبة من وقود وقطع غيار...

وهذه المعاملة تكيف على أنها عقد إجارة مجهول الأجرة، وجهالة الأجرة من مفسدات عقد الإجارة، كما قال خليل في مختصره "وفسدت الإجارة.. بإعمل على دابتي فما حصل فلك نصفه"<sup>77</sup>، والتعاقد على الثلث لا يتأتى هنا؛ لأنه خلاف الأصل، ويكون في العقود التي نص على أنه يجوز فيها الجزء المشاع كالمضاربة والمساواة.

ولكن ما دعا الناس إلى أن يتعاملوا بهذا هو قلة أمانة العمال وكثرة الخيانة، وقد قال عمر بن عبد العزيز: "تحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور"، فالأجرة المعلومة المضمونة تدفع بالعامل إلى التهاون وعدم إتيان العمل، وقد لا يقوم بأي جهد. ولكن التعاقد على الجزء المشاع الذي يجعل أجرته مرتبطة بنشاطه والقيام بمهمته تزيد بزيادته، وتتنقص بنقصه، وهذا فيه نفع للجميع ورفع للحرص عليهم، نفع للعامل حيث يمكنه مضاعفة مداخله، وزيادة فرص العمل؛ لأن أصحاب المركبات يقبلون على توظيفها ولا ينفرون من ذلك، ونفع لصاحب المركبة حيث يضمن مداخله وتكون مضاعفة أكثر، ونفع للمجتمع حيث تتوفر وسائل النقل، وتحقق التنمية، ويُقضى على الركود الاقتصادي.

وجواز هذه المعاملة مبني على تحقيق المصلحة الشرعية، ورفع الحرج، والعدل، وكلها أصول ومعاني قام عليها التشريع الإسلامي.

### المطلب الثالث: عقد التوريد والتموين

عقد التوريد هو أن "يتعاقد مؤرد مع جهة ما على أن يُورّد السلعة بسعر معلوم خلال مدة معينة مجهول الكمية في أصل العقد"<sup>78</sup>. وقد تعددت صوره وأشكاله، ومن بين الصور التي وقع فيها الخلاف بين الفقهاء المعاصرين أن يؤجل المشتري دفع الثمن للمؤرد على دفعات، كما أن المؤرد يتعهد بتوريد الأشياء المتعاقد عليها على فترات متفاوتة<sup>79</sup>.

وصورته ليست من العقود الشرعية المعهودة المنصوص عليها في الأصل، بل هي في الظاهر من ابتداء الدين بالدين التي جاء النص على النهي عنها، كما في حديث عبد الله ابن عمر - رضي الله عنه - أن النبي - صلى الله عليه وسلم - : «نهى عن بيع الكالئ بالكالئ»<sup>80</sup>.

ومن بين أسباب ومبررات استحداث هذا العقد وجريان التعامل به هو فساد ذمم التجار من الموردين والممولين وغيرهم، وتأخير تسليمهم الثمن يشكل وسيلة ضغط عليهم لإتقان عملهم، من الوفاء بإحضار السلع، والالتزام بالمواعيد، والحرص على توفير الجيد منها. على أن هناك أسباب أخرى ترجع إلى عدم تعجيل السلعة وتسليمها على دفعات، كتجدد الحاجة وتنوعها، وفساد السلع وانتهاء صلاحياتها إذا سلّمت دفعة واحدة، خاصة عند انعدام المخازن الكافية لحفظها.

والحاجة العامة تقتضي جوازه رفعاً للحرَج، وتخريجاً على تجويز فقهاء المالكية لبيعة أهل المدينة استحساناً، مع أن صورتها الظاهرة ابتداء دينٍ بدينٍ. وهي - في الأصل - قائمة على التعاقد على الشراء من دائم العمل كالخباز والجزار، على أن يأخذ منه كل يوم خبزاً أو لحماً معلوماً، على أن يدفع الثمن المعلوم إلى العطاء. وقد أجازوها بشرطين: الأول: أن يكون أصل المبيع عند البائع، وكأن يكون من أهل حرفته وتخصصه، والثاني: الشروع في قبض أوله، على أنه يُتسامح في تأخيره مدة يسيرة كخمسة عشر يوماً<sup>81</sup>.

#### خاتمة:

في ختام هذا البحث، لا يسعني إلا أن أحمد الله وأشكره على التمام والكمال، والتوفيق والامتنان. وقد توصلت - من خلاله - إلى أن الشريعة الإسلامية راعت تغيير صور الأحكام الشرعية بسبب تغيير أحوال الناس، وأن فساد الذمم سبب وجيه معتبر شرعاً يوجب تعديل صور العقود المالية بما يتوافق مع مضمونها ومقاصدها.

كما أني توصلت إلى الإجابة عن تساؤلاتي، وهي كما يلي:

- إمكانية تعديل صورة العقد المالي عند وجود مقتضاه.
- مراعاة فساد الذمم عند تشكيل صورة العقد المالي منهج معتبر تجلّى في اجتهادات السلف الصالح وعمل الفقهاء، وقامت الأدلة الشرعية العامة والخاصة على اعتباره وترسيخه.
- لتعديل صورة العقد المالي - عند وجود موجه - غايات سامية وأهداف جلية تتمثل في تحقيق المصالح، ودفع الضرر، وحفظ الحقوق من الضياع والتلف، وتحقيق مقصدي العمران والاستخلاف.
- تعديل صورة العقد المالي في عصرنا:

1- يعتبر رافدٌ مهم لرفع الحرَج الحاصل حالا عند تطبيق الصورة المعهودة، ومآلاً من نفور الناس من هذه العقود مما ينجم عنه تعطيل التفاعل الاجتماعي والتطور الاقتصادي.

2- يفتح باباً مهماً للمستثمرين والمؤسسات المالية والخدمات المصرفية لتطوير خدماتها واستمراريتها ومسايرتها لتقلّبات السلوكات الاجتماعية، مما يدفع بالتنمية الاقتصادية إلى الأمام.

3- هو منهج يساعد على ابتكار أدوات مالية ناجحة ومسايرة لظروف العصر.

وأخيراً أوصي ببحث تغيير صورة العقد المالي لدى الفقهاء بسبب تطور الأوضاع الاقتصادية.

وإني أحمد الله أولاً وآخراً على ختام هذا البحث، سائلاً الله التوفيق والسداد.

## الهوامش:

- 1- أبو القاسم الحسين المعروف بالراغب الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن، ت صفوان عدنان الداودي، دمشق بيروت: دار القلم، الدار الشامية، ط1، 1412هـ، ص 636.
- 2- أبو جعفر محمد بن جرير الطبري، جامع البيان في تأويل آي القرآن، القاهرة: دار هجر، 1422هـ، 1/297.
- 3- محمد بن يوسف الأندلسي أبو حيان، البحر المحيط في التفسير، بيروت: دار الفكر، 1420هـ، 1/100.
- 4- أحمد بن محمد أبو العباس الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، بيروت: دار الكتب العلمية.
- 5- مجموعة من المؤلفين، الموسوعة الفقهية الكويتية. الكويت: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، 1427هـ.
- 6- مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ط1، دمشق: دار القلم. (1998م).
- 7- عزت عبيد الدعاس، القواعد الفقهية مع الشرح الموجز، بيروت: دار الترمذي.
- 8- محمد أمين أفندي الشهير بابن عابدين، نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف، إسطنبول: دار سعادت، 1325هـ، ص 125.
- 9- محمد الطاهر ابن عاشور، 2004م، مقاصد الشريعة الشريعة الإسلامية.. ت محمد الحبيب ابن الخوجة، قطر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية. 3/370.
- 10- المصدر نفسه. 3/367.
- 11- أبو العباس أحمد بن يحيى الونشريسي. (1981م). المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل افريقية والأندلس والمغرب. لبنان: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية للمملكة المغربية، ودار الغرب الإسلامي.
- 12- أخرجه الترمذي في السنن، سنن الترمذي، تحقيق وتعليق شاكر وعبد الباقي وعطو، مصر: مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ط2، 1395هـ، أبواب الفتن، رقم 2260، 4/526.
- 13- أخرجه البخاري، كتاب الرقاق، باب رفع الأمانة، رقم 6497، 8/104.
- 14- المهدي المنجرة، قيمة القيم، المركز الثقافي العربي.
- 15- أخرجه الإمام أحمد في المسند، ت شعيب الأرنؤوط وآخرون، مؤسسة الرسالة، ط1، 1421هـ. مسند المكثرين من الصحابة، مسند أنس بن مالك رضي الله تعالى عنه، رقم 12099، 19/149.
- 16- أخرجه الترمذي في السنن، محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، تحقيق مجموعة من العلماء، مصر: مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ط2، 1395هـ، أبواب البيوع، باب ما جاء في التجار وتسمية النبي صلى الله عليه وسلم وإياهم، رقم 1209، 3/507.
- 17- أخرجه البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، بيروت: دار طوق النجاة، ط1، 1422هـ. كتاب البيوع، باب البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، رقم 2110، 3/64.
- 18- أخرجه ابن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، ت محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، كتاب التجارات، باب التوقي في التجارة، رقم 2146، 2/726.
- 19- أخرجه البخاري، كتاب الأدب، باب قول الله تعالى يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وكونوا مع الصادقين، رقم 6095، 8/25.

- 20 - أخرجه مسلم، أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، ت محمد فؤاد عبد الباقي، القاهرة: مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه، 1374هـ، كتاب الإيمان، باب قول النبي صلى الله عليه وسلم "من غشنا فليس منا"، رقم 102، 99/1.
- 21 - أخرجه البخاري، كتاب البيوع، باب بيع المخاضرة، رقم 2208، 78/3.
- 22 - سبق تخريجه
- 23 - العز ابن عبد السلام. 1414هـ، قواعد الأحكام في مصالح الأئمة. القاهرة: مكتب الكليات الأزهرية. 143/2.
- 24 - محمد أمين أفندي الشهير بابن عابدين، نشر العرف، ص125.
- 25 - مصطفى أحمد الزرقا. مرجع سابق.
- 26 - أبو محمد ابن قدامة المقدسي، المغني، ت مجموعة من الباحثين، مكتبة القاهرة، ط1، 1388هـ، 290/5.
- 27 - أخرجه البخاري، كتاب الحرث والمزارعة، باب إذا لم يشترط السنين في المزارعة، رقم 2329، 105/3.
- 28 - أخرجه مسلم، كتاب المساقاة، باب السلم، رقم 1604، 226/3.
- 29 - فاروق عبد الله كريم. الاستحسان ونماذج من تطبيقاته في الفقه الإسلامي، لبنان: دار الكتب العلمية، 2011م.
- 30 - أبو العباس أحمد بن يحيى الونشريسي. مرجع سابق، 233/6 - 236.
- 31 - أبو عبد الله الحطاب. مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر. ط3، 1412هـ، 538/4.
- 32 - الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي، دمشق: دار الفكر، ط4، 3313/5.
- 33 - مجموعة من المؤلفين. مجلة الأحكام العدلية.
- 34 - علي حيدر. (1991م). درر الحكام في شرح مجلة الأحكام (الإصدار 1). دار الجيل.
- 35 - المذهب المالكي والتعامل المغربي في المجال الزراعي. مجلة دعوة الحق، العدد 227.
- 36 - علي بن عبد السلام التسولي. البهجة في شرح التحفة، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1418هـ. 471/2.
- 37 - وهبة الزحيلي. المعاملات المالية المعاصرة، ط4. بيروت/دمشق: دار الفكر المعاصر. 1428هـ، ص 394.
- 38 - أبو الوليد محمد بن رشد. المقدمات الممهدة، ط1، بيروت: دار الغرب الإسلامي. 1408هـ، 68/2.
- 39 - أبو الوليد محمد بن أحمد ابن رشد. بداية المجتهد ونهاية المقتصد. القاهرة: دار الحديث. 1425هـ، 178/3.
- 40 - انظر: أبو عبد الله بدر الدين الزركشي. البحر المحيط، ط1، دار الكتبي، 1414هـ، 119/7-120.
- 41 - أبو حامد محمد الغزالي. المستصفى في أصول الفقه، ت محمد عبد السلام عبد الشافي. دار الكتب العلمية، ط1، 1413هـ، ص 325 - 326. جمال الدين عثمان بن عمر ابن الحاجب. منتهى الوصول والأمل في علمي الأصول والجدل، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، (1405هـ)..
- 42 - انظر: علاء الدين عبد العزيز البخاري. (1418هـ). كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي. ط1، إسطنبول: شركة الصحافة العثمانية، 1308هـ، 312/3 - 313، البحر المحيط، 125/7. شرح للمع إبراهيم بن علي الفيروز آبادي الشيرازي. (1408هـ). ج 2. بيروت: دار الغرب الإسلامي. قواطع الأدلة في الأصول، السمعاني، ت محمد الحسن الشافعي، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1418هـ، 119/2.
- 43 - انظر: المعتمد في أصول الفقه، أبو الحسين البصري. ج 2. دمشق: المعهد العلمي، (1364هـ)، 262/2.

- قواطع الأدلة، 119/2. التعبير شرح التحرير، المرادوي، تحقيق مجموعة من الباحثين، ط1، الرياض: مكتبة الرشد، 1421هـ، 3150/7 - 3151. المحصول في أصول الفقه، فخر الدين الرازي. (1420هـ). (المجلد 4). بيروت: المكتبة العصرية. المسودة في أصول الفقه، آل تيمية. (المجلد 2). الرياض: دار الفضيحة. (1422هـ).
- 44- عثمان بن علي فخر الدين الزيلعي.. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ت أحمد عناية، ط1. بيروت: دار الكتب العلمية، (1420هـ). 393/4. علي بن محمد الماوردي. الحاوي الكبير شرح مختصر المزني، ت علي معوض وعادل عبد الموجود، ط1. بيروت: دار الكتب العلمية. (1994م). 342/5.
- 45- أبو العباس شهاب الدين القرافي، الفروق، أبو العباس شهاب الدين القرافي، عالم الكتب، 142/3.
- 46 -المصدر نفسه، 142/3.
- 47 -التسولي، البهجة في شرح التحفة، 14/2، تقي الدين أحمد ابن تيمية. (1368هـ). نظرية العقد. مصر: مطبعة السنة المحمدية. ط1، 1368هـ، ص 188.
- 48 -أبو حامد الغزالي. (1403هـ). الاقتصاد في الاعتقاد. بيروت: دار الكتب العلمية. ط1، ص 148.
- 49- علال الفاسي، مقاصد الشريعة ومكارمها، بيروت: دار الغرب الإسلامي، ط5، 1993م، ص 45 - 46.
- 50 - محمد الطاهر ابن عاشور. التحرير والتنوير، مطبعة دار سحنون، 44/3.
- 51- بتصرف من مقال د. محمد زرمان، بعنوان: وظيفة الاستخلاف في القرآن الكريم دلالاتها وأبعادها الحضارية، حولية كلية الشريعة والقانون والدراسات الإسلامية، العدد السادس عشر، جامعة قطر، 1419هـ، ص 200.
- 52- عبد المجيد النجار، مقاصد الشريعة بأبعاد جديدة، بيروت: دار الغرب الإسلامي، 2008م، ص 102-103.
- 53- يوسف حامد العالم. (1994م). المقاصد العامة للشريعة الإسلامية، ط2. المعهد العالمي للفكر الإسلامي.
- 54 -محمد بن أبي بكر ابن قيم الجوزية. إعلام الموقعين عن رب العالمين ت محمد عبد السلام إبراهيم، ط1. بيروت: دار الكتب العلمية. (1991). 76/2.
- 55- أبواسحاق إبراهيم الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، ت ألو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، ط1، 1417هـ، 218/2.
- 56- عثمان بن عمر ابن الحاجب. (1985م). مختصر ابن الحاجب، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية. ص 184.
- 57 - أبو حامد محمد الغزالي. المستصفى في أصول الفقه، دار الكتب العلمية، ط1، 1413هـ، ص 174.
- 58 - محمد الطاهر ابن عاشور. أصول النظام الاجتماعي في الإسلام، تونس: الشركة التونسية للتوزيع. ص 176.
- 59 - صالح بن عبد الله بن حميد. رفع الحرج في الشريعة الإسلامية، ضوابطه وتطبيقاته، ط2. الرياض: دار الإفتاء. (1994). ص 48.
- 60- الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، 212/2 - 213.
- 61- مالك بن أنس، الموطأ، تخريج محمد فؤاد عبد الباقي، بيروت: دار إحياء التراث، 1406هـ، كتاب الأفضية، باب القضاء في المرفق، رقم 31، 745/2.
- 62- أخرجه البخاري، كتاب الإيمان، باب الدين يسر، رقم 39، 16/1.
- 63- أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، أبوبكر أحمد بن الحسين البيهقي، ت محمد عبد القادر عطا، بيروت: دار الكتب العلمية، ط3، 1424هـ، كتاب الإجارة، باب ما جاء في تضمين الأجراء، رقم 11666، 202/6.

- 64 -مالك بن أنس الأصبحي، المدونة، بيروت: دار الكتب العلمية. (1994م).
- 65 -البخاري عبد العزيز، مرجع سابق، 3./4.
- 66 -محمد أمين أفندي الشهير بابن عابدين، نشر العرف، ص114.
- 67 -الباجي، إحكام الفصول في أحكام الأصول، بيروت: دار الغرب الإسلامي 1995م، ص 689 - 690.
- 68 -خليفة بابكر الحسن. بحث حول مصطلح فتح الذرائع. الخرطوم: دار الفكر. ص 6.
- 69 -الرصاع. شرح حدود ابن عرفة، ت أبو الأجفان والمعموري، بيروت: دار الغرب الإسلامي. 1993م، 263/1.
- 70 - محمد الطاهر ابن عاشور، مقاصد الشريعة الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، 317./3.
- 71 - عمر عبد الكريم الجيدي. (1984م). العرف والعمل في المذهب المالكي، ومفهومهما لدى علماء المغرب.
- 72 - انظر: المذهب المالكي والتعامل المغربي في المجال الزراعي. مجلة دعوة الحق، العدد 227.
- 73 - جمع جبح بإسكان الباء خلية النحل. محمد بن أحمد أبو منصور الأزهرى. تهذيب اللغة ، ت محمد عوض مرعب. بيروت: دار إحياء التراث العربي، (2001م)..
- 74 -الونشريسي. مرجع سابق.
- 75 -التسولي، مرجع سابق، 471./2.
- 76 -مصطفى أحمد الزرقا. مرجع سابق.
- 77 -ابن إسحاق الجندي خليل. مختصر خليل، ط1. القاهرة: دار الحديث. (2005م).
- 78 -ماهر حسين حصوة. فقه الواقع وأثره في الاجتهاد، ط1. المعهد العالمي للفكر الإسلامي. (2009م).
- 79 -علي محمد علي قاسم. عقد التوريد في ميزان الفقه الإسلامي . دار الكتاب المصري.
- 80 -أخرجه البيهقي، كتاب البيوع، باب لا يجوز السلف حتى يدفع المسلف ثمن ما سلف بكيل معلوم أو وزن معلوم، رقم 11109، 39./6.
- 81 -انظر: أبو عبد الله الحطاب. مرجع سابق، 538/4.