

تاريخ الإرسال (2017/08/08). تاريخ قبول النشر (2017/09/19)

أ. أسيد سليمان فطائر^{*1}
أ.د. عبد الناصر هوسي أبو البصل²

¹ قسم الاقتصاد والمصارف الإسلامية- كلية الشريعة والدراسات الإسلامية-
جامعة اليرموك - الأردن.

² قسم الاقتصاد والمصارف الإسلامية- كلية الشريعة والدراسات الإسلامية-
جامعة اليرموك - الأردن.

* البريد الإلكتروني للباحث المرسل:

E-mail address: osayd.f@gmail.com

الدلالات التحوطية لضوابط العقود في المعاملات المالية

الملخص:

تهدف هذه الدراسة إلى بيان الدلالات التحوطية لضوابط العقود في المعاملات المالية، حيث برزت دقة هذه الضوابط من خلال توجيه الأحكام الشرعية لمبدأ حرية التعاقد نحو السبل المثلى، وتحقيق العقود مقصودها في تحقيق المنافع للأطراف المتعاقدة، وكان لمبدأ الرضاوية دوره في إتاحة فرص التروي والاختيار، ومدى ملائمة الواقع للإمكانات المتاحة، وفي جانب ضبط الصيغة العقدية كان توجه الأحكام بمجملها بالألا ينعقد العقد على صفة تجعل فيه غرراً، وفي محل العقد (الثمن والمثمن) كان توجيهات الشريعة تصب في دعم اختصاص الحق صاحبه، بتمكين وجود ملكية أصول ومنافع تمتاز بالثبات والاستقرار، وكان لجانب دفع الربا بكل صنوفه دور إيجابي في قضايا الإنتاج والاستثمار والادخار والتوزيع، وكان لقضية اعتبار الأهلية بفكرتها المجملة دور مهم في التحوط من المخاطر من خلال النظر إلى إمكان تحملها ودفعها، وكان لجانب اعتبار النظر في سلامة النوايا والمقاصد واعتبار المآل عموماً وسد الذرائع خصوصاً، بمثابة معيار لمدى تطابق مقاصد الشارع مع مقاصد المكلفين. وقد تبين من خلال هذه المضامين قيام المعاملات المالية بوظائفها بالشكل الأمثل، بما يحقق لها العدالة والديمومة.

كلمات مفتاحية:

الضوابط العقدية، التحوط، الغرر، الخطر، المعاملات المالية، فطائر، أبو البصل.

Hedge Indications of Contracts' Standards in Financial Transactions

Abstract

This study aims to describe hedge indications in contractual standards of financial transactions in Islam, where the precision of these standards came into view by steering Shari'a rules to the principle of the freedom of contracting and achieving benefits to all parties. In fact, consensualism principle played a key role in giving opportunities for deliberation and choosing. From contracts formulation point of view, the provisions approach was preventing writing contracts in a way that allows "Gharar" to be existing in them. Shari'a provisions also pushed so that people can have their own in rem rights, and empowered ownership of assets and benefits that are stable and reliable. In addition, prohibition of all forms of usury had a positive effect on issues of production, investment, savings and distribution. Besides, the issue of eligibility had a significant role in hedging risks by looking at the possibility of affording and avoiding them. The consideration of the integrity of the intentions and purposes, and the overall future situation, and closing loopholes, may be standards of measuring the extent to which the purposes of the lawgiver corresponded to those of the assignees. Taking these topics into account, it has been clear that financial transactions are fulfilling their functions optimally in a way that guarantees their permanence and justice.

Keywords:

Contractual standards, hedging, risks, financial transactions, Fatayer, Abu-AlBasal

المقدمة:

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد -ﷺ-، خاتم الأنبياء والمرسلين وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد:

فإن مقصودنا بالضوابط العقدية في هذا البحث الشروط والقواعد العامة التي تضبط عملية التعاقد، وليس المصطلح الدقيق للضابط عند الفقهاء*. حيث إن هذه الضوابط ترتبط بالمعاملات المالية تأصيلاً ووجوداً، ويبدأ دورها في ميدان موضوعاته، لأن العقد ليس أمراً مجرداً، وإنما له غاية في ذاته، وهذه الغاية مقيدة بالتوجه نحو ما يريده الشارع الحكيم من غير انحراف ولا اختلال. فإقرار العقود يكون على بيئة واضحة، تدعو الشريعة لها وتحفظها، لضمان ما ينشأ عنها من حقوق والتزامات، ولضبط التصرفات القولية والفعلية التي تراقبها. ولأن "المصلحة" التي ترجى في المعاملات تقتضي النظر إلى كل أمر يُدرأ به الخطر والغرر، وهذا هو المطلوب في قضية الضوابط العقدية بشكل عام.

فالشريعة الإسلامية تهدف إلى حفظ المال في العقود والمعاملات إجمالاً، وتضمن التحوط من وجود الأخطار فيها، وهذه من المبادئ الأساسية التي قامت عليها المعاملات، والإشكالية في واقعنا المعاصر تكمن في وجود مجموعة كبيرة من العقود التي خرجت عن هذا الأصل، وأصبحت لا تنضبط بتوجيهاتها، فهي فقدت الأصالة والغاية التي شرعت من أجلها، وخالفت توجيهات الشريعة الإسلامية التي أعطت أولوية قصوى لحفظ المال واعتبرته ضرورة من ضرورياتها، وهذا الحفظ يكون مع التقلب المطلوب في الاستثمار، فالحذر واتخاذ التدابير هو مطلب شرعي معلل "بضوابه الشرعية" التي لا تسمح بوجود المخالفات، أو أن يكون هناك اختلال في العقد لطرف على حساب آخر.

والعقد بما يحويه من روابط وآثار، له أهمية بالغة ضمان تحقيق المنافع للأطراف المشاركة، وهذا الأصل يقتضي النظر في طبيعته بكلياته وجزئياته، بما في ذلك مجموعة الإجراءات والتدابير التي أوجدتها الشريعة للحفاظ على المعاملات المالية وما يتفرع عنها، وذلك لدرء الغرر والخطر بشكل عام وتقليص نسبه إلى أدنى درجة ممكنة. وهذه المفاهيم والمضامين تتصل أيضاً بفكرة التحوط وتنعكس على طبيعته وأهدافه.

أهمية الدراسة:

تتبع أهمية البحث من عدة جوانب منها:

- 1- عناية الشريعة الإسلامية، بضبط النشاط الاقتصادي بشكل عام، وضبط العلاقات العقدية بشكل خاص.
- 2- تميز النظام الإسلامي عن غيره من النظم الاقتصادية في تعزيز الآثار الإيجابية للعلاقات التبادلية، وحفظها من الغرر والخطر، ما دامت هذه العقود منضبطة بتوجيهاته وأوامره.
- 3- تمكين العقد من تحقيق وظائفه الحقيقية، ضمن أطر واضحة ومعالمه محددة، بعيداً عن الفهم أو التطبيق الخاطئ للمراد من العقود إجمالاً.

* يعرف الضابط في الاصطلاح بأنه: قضية كلية أو حكم كلي، ينحصر تحته جزئيات، من باب واحد من أبواب الفقه. وهو بعكس القاعدة الفقهية التي لا تنحصر بباب واحد، فالقاعدة أو الضابط كلاهما معيار وميزان وقيد، ولكن مجال الضابط أضيق من مجال القاعدة. أنظر: ابن نجيم المصري، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، (1999م)، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، (ج1)، ط1، وضع حواشيه وخرج أحاديثه: زكريا عميرات، لبنان: دار الكتب العلمية.

مشكلة الدراسة:

تتلخص مشكلة هذه الدراسة في طرح التساؤلات التالية:

- 1- ما طبيعة نشأة العقود في الشريعة الإسلامية، وما تأثير موضوعات الغرر فيها؟
- 2- ما هي أبرز الضوابط التي حددتها الشريعة في المعاملات المالية؟
- 3- ما أثر هذه الضوابط على الحد من وجود الغرر والأخطار في المعاملات إجمالاً؟
- 4- ما أثر هذه الضوابط في قيام العقود بوظائفها الحقيقية؟

أهداف الدراسة:

تسعى الدراسة إلى تحقيق الأهداف التالية:

- 1- بيان الضوابط العقدية في المعاملات المالية، وخصوصاً فيما يتعلق بجانب ضبط الصيغة العقدية ومحل العقد.
- 2- بيان الدلالات التحوطية لهذه الضوابط العقدية، ودورها في الحد من وجود الغرر والأخطار، وتحقيق العقد مقاصده الشرعية في حفظ المال، والمساهمة في تحقيق الأهداف الاقتصادية للمجتمع إجمالاً.

الدراسات السابقة:

أولاً: الدراسات الخاصة بموضوع الحرية الاقتصادية:

- دراسة التركماني (1981م) بعنوان: (ضوابط العقد في الفقه الإسلامي).

نظم الباحث كتابه، بالحديث بدايةً عن مضمون العقود بشكل عام، وبذكر لمحات تاريخية عن نشأتها، ومن ثم تحدث عن العقد والتصرف والالتزام والوعد، وفي الشق الثاني من الدراسة كان الحديث عن مقومات العقد من العاقدان ومحل العقد وموضوع العقد وأركان العقد. ثم تحدث الباحث عن آثار العقد من النفاذ والالتزام واللزم، وختم الباحث دراسته بالحديث عن كيفية انحلال العقد بالفسخ أو الانفساخ، وعن تقسيمات وتصنيفات العقود.

- دراسة البعلي (1998م) بعنوان: (ضوابط العقود -دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وموازنة بالقانون الوضعي وفقهه).

هدفت هذه الدراسة إلى إعطاء صورة تمهيدية عن العقد أوضحت فيه اختلاف نظرة الانظمة الوضعية القديمة للعقود عنها في التشريع الإسلامي، الذي لم يخضع العقود لأنماط من الشكلية، كما بينت هذه الدراسة أهمية العقود في معاملات الناس، وحاولت الدراسة استخلاص الأصول والمبادئ الأساسية التي توضح نظرة الفقه الإسلامي إلى العقود ومنها: الرضائية، حسن النية، حرية التعاقد، اعتبار العرف والعادات في تحديد الالتزامات، الوفاء، الأصل العقائدي.

- دراسة محمد (1993م) بعنوان: (العقد في الفقه الإسلامي -دراسة مقارنة بالقانون الوضعي تكشف تفصيلاً عن تفوق التشريع الإسلامي-).

تهدف هذه الدراسة إلى بيان حقيقة العقد ومشروعيته في الفقه الإسلامي والقانون، ومدى تعلق الأمر بحرية العاقد في إنشاء العقود، كما بينت هذه الدراسة أركان العقد بالحديث عن الصيغة، والعاقدان وأهليتهما، وعن الرضى وما يقترب به من عيوب، وعن ولاية العاقدان.

وتأتي هذه الدراسة -في الوقت الذي أغفلت فيه الدراسات السابقة أثر الضوابط العقدية في الحد من وجود الغرر والخطر في المعاملات عموماً، وركزت الدراسة على النظرة الشمولية أي بالحديث عن العقد وما يتصل به من موضوعات أخرى، ومنها ما كان

بالإشارة إلى موضوع اعتبار المآل والنظر إلى قضايا النوايا والمقاصد. كما أعطت الدراسة نظرات مهمة لموضوع محل العقد تحديداً، لأنه هو الأساس الذي يأمل منه تحقيق المنافع للأطراف المتعاقدة.

المبحث الأول: مفاهيم ومضامين أساسية

في هذا المبحث سيتم الإشارة إلى المفاهيم الأساسية التي تتقاطع مع عنوان الدراسة، وسيتم التركيز على مفهوم التحوط، لأنه من المضامين الحديثة نسبياً مع إعطاء تعريف خاص بالدراسة له، والإشارة إلى مفهوم العقد بصورته المبسطة.

المطلب الأول: مفهوم العقد

العقد هو ضرب من تصرفات الإنسان، والتصرف هو كل ما يصدر عن شخص بإرادته الحرة، ويرتب عليه الشرع نتائج حقوقية والعقد يأتي من أصل اللغة بمعنى الربط، والجمع بين أطراف الشيء وتقويته (ابن منظور، 1993م)، وهو في اصطلاح الفقهاء يعرف بأنه "ارتباط إيجاب بقبول على وجه يثبت أثره في محله"، والإيجاب هو ما يصدر من أحد العاقدين أولاً، والقبول هو ما يصدر من الطرف الآخر، فالعقد يعرف بحسب واقعه الشرعية وليست المادية، وهنا يمتاز تعريف الفقهاء ببيان الأداة العنصرية المكونة للعقد وهي الإيجاب والقبول وليس فقط ارتباط الإرادتين (الزرقا، 2012م).

المطلب الثاني: تحرير معاني التحوط والغرر

أولاً: مفهوم التحوط إسلامياً

ابتداءً عند الحديث عن مفهوم التحوط في الوقت المعاصر، لا بُدَّ من الإشارة إلى أن هذا المفهوم جاء تالياً لنشأة منظومات العقود وتطورها، وخصوصاً في الأسواق المالية، والتي ترافق معها وجود حالات متعددة من الرواج والكساد، آل فيما بعد إلى تطوير عقود من أدبيات الفكر التقليدي لدفع ما يمكن من الأخطار ومواجهة التقلبات، ولتثبيت عمل المنظومات العقدية بألياتها المختلفة، وتم على إثر ذلك تقنين المفاهيم بما تم إيجاده على أرض الواقع من حلول، ولم يستقر المعنى الحديث بهذه الصيغة إلا في علم الاقتصاد والمحاسبة، فالتحوط هو الترجمة الإنجليزية "hedging"، والتي قصد منها "الاحتماء من خطر التقلبات في الأسعار والمواد الأولية وأسعار صرف العملات والأوراق المالية" (الزعتري، د.ت). ولكن عند النظر إلى المقصد العام يتبين وجود جملة كبيرة من العقود والمعاملات شرعت مع بدأ وجود الإسلام وأحكامه وتعاليمه، ضُبط من خلالها أنماط كثيرة من العلاقات على المستوى الفردي والجماعي، والتي راعت حفظ الحقوق وتثبيت الالتزامات.

ومع ظهور وتطور عمل الاقتصادي الإسلامي -بنمطه الحديث- ونشوء الحاجة إلى وجود البدائل والمنظومات في مختلف المجالات، ارتبط هذا الأمر أيضاً بمصطلح التحوط في الفكر الإسلامي، واتجهت تفسيرات الاقتصاديين الإسلاميين للمفهوم بشكل عام، إلى تحقيق المقصد الشرعي في حفظ المال، وتنوعت نظريتهم، تارةً بالنظر إلى مفهوم التحوط العام ودلالته، وتارةً بالنظر إلى ارتباطه بالعقود الغير مسماه المحدثة، وتارةً بالنظر إلى مقصده الغائي الوظيفي المرتبط بالإجراءات العملية في الأسواق والبنوك.

فالتحوط عرفه بعض الباحثين بأنه "الوقاية والاحتماء من المخاطر" (أبو غدة، 2013م)، أو "تجنب المخاطر قدر الإمكان" (السويلم، 2007م)، وهذا يدخل في المقصد العام للتحوط، وهو تجنب المخاطر وتقليلها، دون تحديد للأداة أو الطريقة. وعرفه آخرون بأنه "الإجراءات التي تتخذ لحماية المال من التقلب غير المتوقع، وغير المرغوب" (الساعاتي)، أو هو "تبادل مخاطر الاستثمار بين الطرفين" (الشليبي، 2008م)، أو هو "وقاية رأس المال المستثمر بعقود تجنبه الوقوع في المخاطر أو تقليلها بقدر الإمكان" (رضوان، 2005م). وهذه التعريفات تدل على معنى التحوط بالنظر إلى وظيفة التحوط في الاستثمارات والعقود المالية.

ومن التعريفات التي ضبطت معنى التحوط بموضوعية، ودقة في التعبير تكون أقرب للمعنى المراد وللشمولية، ما عرف التحوط بأنه "تبني الإجراءات والترتيبات واختيار صيغ العقود الكفيلة بتقليل المخاطر إلى الحد الأدنى مع المحافظة على احتمالات جيدة للعائد في الاستثمار" (القرني، 2008م، أ).

ولكن رغم اختلاف هذه التعريفات في ظاهرها، إلا أنها متقاربة المعنى والدلالة، والتأكيد على فكرة تجنب المخاطر وتقليلها، ولكل منها زاوية نظر يحدد من خلالها مسار التحوط إما بنظرة عامة، أو بتقيد في مسار عقدي، ولكن أي منها لم يضع تقيد الضابط الشرعي للتعريف ولم يدخله فيه -النظرة الإسلامية للتحوط-، بنظرة خاصة.

وعليه يمكن جمع التعريفات السابقة بالقول، أن التحوط "هو الوقاية والاحتفاء من المخاطر قدر الإمكان، بإزالة الآثار السلبية التي تصاحب التطورات غير الملائمة في الأصول المالية والقيم العادلة، عن طريق تبني مجموعة من الترتيبات والإجراءات المحددة، ضمن الضوابط الشرعية".

ثانياً: مفهوم الغرر وعلاقته بمفهوم الخطر المالي

ورد لفظ الغرر -كثيراً- في مجمل كتب الفقه الإسلامي، وعلى لسان مجموعة كبيرة من الفقهاء، حيث إن هذه المفردة لم ترد كمفهوم حديث يرتبط معناه بعالم الاقتصاد بشكل خاص، وهذا لا يبعدها عن حقيقة المراد من المعنى، فالعبرة ليست بظاهر اللفظ، بل بحقيقته وطبيعته، وهو ما وجد في كلامهم بإشارات الدلالة أو التعليل،

في هذا الفرع من المبحث نعطي لمصطلح "الغرر" نظرة متميزة عن غيرها من المعاني، لأن هذه المفردة استخدمت من قبل الفقهاء والأصوليين، وارتبطت بها كثير من الأحكام والنظرات في المسائل الشرعية بشكل عام والمالية منها بشكل خاص، وقصد منها بالإشارة أو التعبير إلى مصطلح الخطر، حتى أن بعض الفقهاء مثل الكاساني (1986م) نقل عن الشافعي قوله أن "الغرر هو الخطر"، فهو بذلك يقترب من المعنى الذي نقصده للمخاطرة في بعض جوانبها، ولكن ليس على الإطلاق، فالغرر بالتعريف الفقهي هو "ما يكون مستور العاقبة" (السرخسي، 1993م)، وهو ينفي عن الشيء كما قال ابن رشد (1995م) "أن يكون معلوم الوجود معلوم القدر مقدوراً على تسليمه". والغرر يبعد عن العقود صفتها الشرعية، لأنه حرّمته ثبتت بنصوص السنة، ومنها ما رواه أبو هريرة "أن رسول الله محمد ﷺ - نهى عن بيع الغرر" (أبو داود، 2: 3376)، ولكن الحرمة في هذه البيوع مقصودة بها كثير الغرر لا قليله، لأن العقود بمجملها لا تكاد تخلوا من وجود الغرر فيها. ولهذا سيتم التركيز على استخدام كلمة المخاطرة -الخطر-، لدقتها في تأكيد المعنى المراد، ولأن التحوط هو فرع عنها، وتعطي فكرة إجمالية عن مدى شموليتها، فهي لا تنحصر في صورة محددة فقهية كانت أم عملية.

غير أن هذا التشابه بين الغرر الذي أوردته الشريعة الإسلامية وبين المخاطر في المفهوم المالي ليس بأمر كلي، فهناك فروق ومن بينها ما يلي (القرني، 2003م، ب):

- أن الغرر إنما هو خلل في الصيغة التعاقدية يتولد عنه مخاطرة، لكن المخاطرة بحد ذاتها لا تؤدي إلى فساد العقد. أما الخطر بمفهومه المالي فهو أمر يتعلق بالملايسات المحيطة بالعمليات المترتبة على العقد والتي ربما فوتت حصول الغرض الذي يرمى إليه من يتعرض لهذا الخطر.

- الغرر إنما نعني به العلاقة التعاقدية، وهو يوجد أو لا يوجد اعتماداً على صيغة العقد. بينما نجد أن الخطر يتعلق بالظروف المحيطة بالعقد. وهذه الظروف ليست لها علاقة مباشرة بصيغة العقد. فالعقود في الشريعة الإسلامية يجب أن تكون

واضحة في بيان الحقوق والالتزامات المتولدة منها، فإذا شابها الغموض أو عدم الوضوح انقلبت إلى عقود خطرة غرر، بصرف النظر عن الظروف الخارجية المحيطة بالمتعاقدين فإن هذه لا تدخل في مفهوم الخطر بمعناه الفقهي.

- الغرر مفهوم ساكن، ولذلك إذا انعقد العقد على غير غرر، لم يدخله الغرر بعد ذلك. بينما أن الخطر بمعناه المالي، مفهوم متحرك ولذلك تزيد المخاطر بتغير الظروف.

يتضح مما سبق أن الخطر في لغة الفقهاء هو وصف لنوع من العقود تتضمن صيغته حقوقاً والتزامات "احتمالية" لطرفيه، وأن الخطر في مفهوم الدراسات المالية متعلق بالقوى التي تحكم الوصول إلى الغرض النهائي من العقد.

المبحث الثاني: ضوابط العقود في المعاملات المالية

المطلب الأول: أصل نشأة العقود وتأثير موضوعات الغرر والتحوط فيها

يرتبط العقد في الشريعة الإسلامية بمجموعة من المبادئ والتشريعات التي تُوجهه على النحو المطلوب، ويتحققه للغايات والمقاصد التي أنبنى عليها التشريع الإسلامي بأكمله، ومن جملة هذه المبادئ التي يرتبط بها، مبدأ "حرية التعاقد"، والذي يقوم على ثلاثة أمور وهي: تحريم الربا ومنها قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة:275]، وتحريم أكل الأموال الناس بالباطل ومنها قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء:29]، والدعوة إلى أيفاء العقود ومنها قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة:1]، وعن عبد الله بن عمرو أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "أربع من كن فيه كان منافقاً خالصاً، ومن كانت فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها: إذا أؤتمن خان، وإذا حدث كذب، وإذا عاهد غدر، وإذا خاصم فجر" (البخاري، 34:24). ويستفاد من هذه النصوص القاعدة العامة -والتي تستخلص من أصلي التشريع-، أن الأصل في العقود والشروط "الإباحة" إذا كانت برضا المتعاقدين إلا ما دل دليل على منعه، وهذا الأمر متفق عليه عند كثير من الفقهاء بخلاف الإمام ابن حزم الظاهري والذي يقول بأن الأصل هو "الحظر" وليس الإباحة (الضير، 1995م)، فإرادة المتعاقدين لها القدرة على إنشاء العقود، وأيضاً اشتراط ما يلزم من الشروط.

وهذه الإباحة ليست على إطلاقها فهي مقيدة بنهي الشارع، فهو الحاجز الذين يحد من إرادة المتعاقدين في إنشاء العقود والشروط، أي هي بمثابة "القيود" الذي يضبطها وينظم مسائلها. وهذه القيود التي أقرها الشرع منها ما هو متفق عليه بين العلماء، وهو ما ورد فيه نص قطعي من كتاب أو سنة أو إجماع، وقد يكون قيوداً خاصاً أو عاماً كما في قضية النهي عن بيع الغرر. وعلى الجانب الآخر هناك القيود المختلف فيها والتي ذهب كل فقيه إلى ما آل إليه اجتهاده.

والغرر -الخطر- قيد من قيود سلطان الإرادة ولكنه "قيد طبع" يضيق ويتسع، حسب اختلاف الظروف والبيئات، لاختلاف نظرة الفقهاء للغرر المانع من صحة العقد، والغرر غير المانع. والنظر إلى هذا الأمر هو من الأهمية بمكان للحديث عن تطور النظر في مباحث علم الغرر والخطر، خصوصاً مع تطور العقود عبر متغيرات الأزمنة المختلفة، وهو ما يولد أفكاراً موازية للحديث عن تطور مواضيع درء الغرر والأخطار -التحوط- التي ترافق هذه العقود. وعلى صعيد آخر كانت فكرة العقود في النظم المقابلة -الوضعية-، تتميز في بدايتها بعدم إقرارها لمبدأ سلطان الإرادة، حيث بدأت في القانون الرماني باتخاذها للشكلية المحضة، وكان العقد يستمد صحته من شكله لا من موضوعه (السنهوري، د.ت). وأستمر هذا الأمر إلى أن بدأت هذه الشكلية تضمحل شيئاً فشيئاً في نهايات القرن الثاني عشر الميلادي، بفضل المبادئ الدينية والقوانين المفروضة من قبل الكنيسة، والعوامل

الاقتصادية والسياسية. إلى أن أصبح سلطان الإرادة مقررًا "كمبدأ" في القرن السابع عشر. وبعد تمكن هذا المبدأ من فرض واقعته أصبح يشتمل على أصليين: الأول: كل الالتزامات بل كل النظم القانونية ترجع في مصدرها إلى الإرادة الحرة، والثاني: الإرادة هي المرجع في كل ما يترتب على الالتزامات من آثار. وهذا بدوره أثر بشكل كبير على العقود حتى لو كان الأمر على صعيد إلحاق الضرر بأحد المتعاقدين دون الآخر، ما دام ذلك مبرراً بالتراضي بينهما، ويلحق ذلك أيضاً المبرر لاتخاذ أي وسيلة قد يحمي بها أطراف العقد أنفسهم، دون الالتفات إلى القيود أو الموانع التي قد تحد من إرادتهم، تحقيقاً للمبتغى المطلوب من أقدامهم على هذا الأمر (الضير، 1995م).

وعند المقارنة بين هذه المرتكزات -من حيث وجود القيود وعدمها وإقرار مبدأ سلطان الإرادة-، يلحظ توافق فكرة حرية الإرادة في إنشاء العقود بصورتها المحدثة عن الغربيين مع ما جاءت به الشريعة منذ نشأتها، مع وجود اختلال كبير قد يلغي أثر هذا الإطلاق ودوره في تحقيق المكتسبات، بغياب القيود المنظمة لها. وهناك أمر مهم أيضاً وهو أن الأحكام القانونية والمالية التي تخرج عن دائرة النظام العام والآداب كلها أحكام مقرر ومفسر لإرادة المتعاقدين، وليس أحكام أمراء، ولهذا يجوز أن يتفق المتعاقدين على خلافها، وهذا بخلاف عن مقتضيات الأحكام في الفقه الإسلامي، والتي تركز على أن كل عقد نُص على بطلانه لا يمكن أن ينقلب صحيحاً باتفاق المتعاقدين، وهذا الأمر يستنتج منه أمر مهم، وهي أن "أثر الغرر على سلطان الإرادة في الفقه الإسلامي أقوى بكثير من أثره عليه في القانون، فما أبطله الشرع لا يجوز لأي كان إسقاطه" (الضير، 1995م).

المطلب الثاني: ضوابط العقود في المعاملات المالية

وضعت الشريعة الإسلامية مجموعة من الضوابط والشروط، والتي هُدف منها حفظ الأموال والمقاصد الشرعية فيها حفظاً بليغاً، وجعلتها مطابقة لواقعها، متنق في صياغتها، محكمة في تحقيق المطلوب منها، وهي بذلك صححت آليات كثيرة، وشكلت أنماط مختلفة من العقود والعلاقات، وكان لها الأثر الكبير في تحقيق تبادل المنافع، وتوفير الحماية اللازمة للأصول بمختلف أنواعها، والسيطرة على ما يُخل بهذه الروابط والعلاقات، فهي تشريعات وأحكام دقيقة تقوم في أحد جوانبها على التقدير بما يخدم مصلحة المتعاقدين، لتحقيق الغاية المثلى في أن يكون العقد "صحيحاً"، يقوم بدوره بلا ظلم ولا إفراط ولا تعريض. وقد تعددت هذه الضوابط باستقراء الفقهاء لها بشكل مُجمل، وهي على النحو التالي:

الضابط الأول: تحقيق مبدأ الرضائية في العقود

الرضى في الاصطلاح: "امتلاء الاختيار، أي بلوغه نهايته" (علاء الدين، 1997م)، أو هو "قصد الفعل دون أن يشوبه إكراه" (البهوتي، د.ت، أ)، وهو مبدأ أقره القرآن الكريم ومنها قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ [النساء: 29]، ونصت عليه السنة النبوية بقوله ﷺ: "إنما البيع عن تراضٍ" (الألباني، د.ت)، وهو أيضاً موضع اتفاق بين الفقهاء، و"التراضي ليس مطلقاً، وإنما مقيد وفق ما يرتضيه الشارع الحكيم، بما لا يعود عليه بالمناقضة والهدم، ولا يكون الرضى سليماً إلا إذا كان حراً لا يشوبه ضغط أو إكراه، ولا مقيد بمصلحة أحد الطرفين" (القرداغي، 1985م).

ولمبدأ الرضائية في العقود دلالات مهمة وآثار واضحة في تحقيق والحماية والوقاية من الأخطار، فهو من المرتكزات الأساسية التي يتطلب وجودها في العقود، حيث وضعت الشريعة هذا الضابط لتأمين المتعاقدين وبتاحة فرص التروي والاختيار لاتخاذ القرار على نحو سليم، ولهذا الأمر دلالات أخرى في تمكين التفكير والتقدير للواقع، واستقراء مدى ملائمته للإمكانات، وهذا هو من قبيل التحوط وإدارة الملكية.

والأخذ بمبدأ الرضى في العقود يحقق غاية مثلى في تثبيت النفوس على ما ترتضيه، مع عدم الخروج عن دائرة الإباحة، مع الابتعاد عن كل ما يشوب إرادة المتعاقدين، وهذا ما كان يقف عليه الفقهاء كثيراً عند حديثهم عن الغرر في صيغة العقد، وبالتالي تحقيق العقد مقصوده من تنمية الأموال وتحقيق مقاصد التبادل والانتفاع.

وهذا المبدأ الذي يسود العقد، لا تخفى معالمه ولا تنكر أهميته، خصوصاً في واقع المعاملات اليوم إذا ما تم مقارنته بالنظم الأخرى المقابلة، حيث تبرز مزاياه رغم حدوث التطورات على الصعيد الاقتصادي والسياسي والاجتماعي وحتى الخُلقي، والتي رافقتها تغيرات وتحولات كبيرة، خصوصاً مع هيمنة مبدأ الرضائية المطلقة اليوم، والمتمثل في إطلاق العنان للحرية الفردية والتي أثرت على جميع القوى داخل المجتمعات، والتي نمت في ظلها كثير من العقود المحرمة والاحتكارات. وهذا الأمر ما قامت الشريعة لدفعه بإقرار ركنية الرضى، ولكن على بنیان أساسه العدل والتوازن والتقوى.

الضبط الثاني: ضبط الصيغة العقدية بما يدفع الغرر والخطر فيها

وهو أحد الأركان الثلاثة التي لا يقوم العقد إلا بها، مع ركنية العاقدان ومحل العقد -المعقود عليه-. وصيغة العقد هي صورته الحسية التي يوجد بوجودها في الخارج، أو هي الدال على توجه إرادة المتعاقدين، ذلك لأن الأساس في ذلك هو توجه إرادة العاقدین لإنشائه، وهذه الإرادة أمر باطني لا يظهر إلا بما يدل عليه من قول أو فعل أو كتابة أو إشارة، وهذا الأمر هو الذي يسمى بصيغة العقد. فالأساس في العقود هو إرادة المتعاقدين في الواقع، وهو أمر خفي لا تعرف إلا بما يظهر من لفظ أو ما يقوم مقامه، ولهذا لا تصح الإرادة وحدها أن تكون مناطاً للأحكام رغم أنها أساس العقد لأنها أمر خفي، ولا مظهر له سوى الصيغة الدالة عليها والتي هي مظهر الأحكام (الكاساني، 1986م).

ومن هنا كان للفقهاء توجهات مهمة في ضبط الصيغة اللفظية من حيث جلاء المعنى بدلالات واضحة يعرف المقصود منها، وتوافق الإيجاب مع القبول من جميع الوجوه، وجزم الإرادتين بصيغة مفيدة للبت في العقد بصورة لا تردد معها ولا تسويق، وقد كان للفقهاء أيضاً نظرات إلى ألفاظ الصيغة وطرق التعبير عنها والزمن التي قيلت فيه، مع اعتبار التفسيرات المختلفة لألفاظ العقود وألفاظ الكناية، وإقرار قواعد محددة لها، وغيرها من المسائل التي تدل على أن صيغة العقد من مقومات العقد وأساسه، وترتبط به وجوداً وعدمًا (الحطاب الرعيني، 1992م؛ الزرقا، 2012م).

ولذلك كان حرص الشريعة على ألا ينعقد العقد على صفة تجعل فيع غرراً، وهنا الأمر يتصل بنفس العقد لا بمحلّه، ومن جملة ما ينطبق على هذا الأمر أن يكون هناك بيعتان في بيعة أو صفقتان في صفقة. وكان لهم توجهات أخرى، بخلاف أن تكون الصيغة لفظاً مجرداً فقط، "حيث إن النطق باللسان ليس طريقاً حتماً لظهور الإرادة العقدية بصورة جازمة في النظر الفقهي، بل النطق هو الأصل في البيان، ولكن قد تقوم مقامه كل وسيلة أخرى اختيارية أو اضطرارية مما يمكن أن تعبر عن الإرادة الجازمة تعبيراً مفيداً. وأقر الفقهاء وسائل ثلاث أخرى تقوم مقام النطق في الإيجاب والقبول، أولاً: الكتابة؛ ويستشرط فيها أن تكون مستبينة بأن تكون مكتوبة على شيء تظهر وتثبت عليه، وأن تكون مرسومة، بأن تكون مكتوبة بالطريقة المعتادة بين الناس في مراسم زمانهم وتقاليدهم. ثانياً: الإشارة؛ وتكون لمن لا يستطيع النطق، فهي تقوم بالدور ذاته لم لا يستطع الكتابة، ويشترط فيها بأن تكون معهودة ومفهومة، جرت العادة عليها. ثالثاً: الدلالة؛ وهي أن يكون الاعتقاد مستفاداً بفعل من شأنه أن يترتب على العقد، ويعبر عن تنفيذه، أو مستفاداً من حال يستدعي انعقاده" (الزرقا، 2012م).

والصيغة التي يكون بها العقد قد تكون منشئة له غير مؤخرة لآثاره وأحكامه، بل توجد الآثار بمجرد تمامها، وقد تكون منشأة للعقد في الحال، ولكنها تؤخر أحكامه إلى المستقبل، وقد تكون غير منشئة للعقد نفسه في الحال، بل من شأنها أن تؤخر وجوده إلى المستقبل، وعلى ذلك تكون للصيغة ثلاثة أحوال، ويسمى العقد في الأولى منجزاً، وفي الثانية مضافاً إلى المستقبل، وفي الثالثة معلقاً (الهيتمي، 1983م).

بالمجمل فإن "العقد في الفقه الإسلامي ارتباط إداري، أداته الطبيعية وطريقه الأصلية اللفظ المبين" (الزرقا، 2012م)، وهذا الأمر له دلالة مهمة من حيث اعتبار "صيغة العقد" وما يلحقها من مضامين قضية إدارية، وهذا بدوره يعزز جوانب تطوير المنظومة العقدية، والمعاملات بمختلف أنواعها، بما يلائم واقعها وتبدل أحوال التجارة، ولهذا أيضاً كان حديث الفقهاء وتركيزهم في الصيغة العقدية على ألفاظ محددة هو على سبيل التمثيل لا الحصر، فالأمر يرجع إلى ما يحقق أمر غائياً وليس شكلياً، أي ما يكون بأداء المعنى المطلوب شرعاً.

الضابط الثالث: قابلية محل العقد لحكمه وخلوه من الغرر والخطر -تحقق المالية والمعرفة التامة-

في سبيل تأكيد تحقيق الإسلام غايته من العقود، بما أشير إليه سابقاً من الحديث عن مبدأ الرضائية وركنية الصيغة، وما يطلبه الشارع الحكيم من توجيهات وأحكام وشرائط فيهما، لكي يؤدي العقد ثماره ونتائجه، ويحقق مقصده في تمكين "وجوده" وحفظه من الأخطار. فهذه الإشارات السابقة كانت للحديث عن المكونات الحسية للعقد، أما على الطرف الثاني فيكون الحديث عما يتصل بمحل العقد والذي هو غايته الرئيسية فهو الغرض من العقد والمقصد منه، وهو ما يثبت فيه أثر العقد وحكمه.

وقد اتفق الفقهاء المسلمون على حقيقتين يجب توافرها في المعقود عليه، فإن لم تتوفر لم يوجد العقد ولم يتكون، (إحداهما) أن يكون المعقود عليه قابلاً لحكم العقد ومقتضاه، (وثانيهما) أن يكون خالياً من كل غرر يؤدي إلى تنازع، ويفضي إلى خلاف، أو يقضى إلى خدع أحد العاقدين، بحيث لا يكون عالماً بالمعقود عليه بوجه صحيح. وقد اتفق الفقهاء على هذين الأصلين: ولكنهم اختلفوا في تفصيلهما، وتشعبت آراؤهم في مدى ما يدخل في عمومهما من جزئيات. والأصل الأول، وهو أن يكون المعقود عليه صالحاً لحكم العقد، فمعناه أن يكون المعقود عليه يمكن تطبيق مقتضى العقد عليه، ويصلح لاستيفائه منه (ابن عابدين، 1992م). والأصل الثاني الذي يمنع وجوده صلاحية الشيء لأن يكون محلاً للعقد، وهو الغرر، ومعناه أن يكون في المعقود عليه جهالة بحيث يصعب تعيينه، أو يكون المعقود عليه متردداً بين حالين يتحقق في إحداهما تعيينه، وفي الأخرى لا يتحقق (الضرير، 1995م).

والمعقود عليه -محل العقد- يشمل البديلين في عقود المعاوضات، فالغرر والخطر يكون في المبيع والثمن على حدٍ سواء، ويرجع إلى الجهل: بذات وجنس ونوع وصفة ومقدار وأجل المحل، وعدم القدرة على تسلم ورؤية المحل، والتعاقد على المعدوم، فهذه على تنوعها تعطي تصوراً واضحاً، أنه ليس كل شيء صالحاً ليكون معقوداً عليه، ويدفع هذا إلى امتناع إبرام العقد شرعاً. ولذلك كانت هناك مجموعة من الضوابط التي هُدف منها حفظ محل العقد والتحوط من وجود الغرر والخطر فيه، والذي يفضي إلى عدم انعقاده.

أولاً: أن يكون مالاً متقوماً

والمال المتقوم هو ما يمكن الانتفاع به في العادة شرعاً (قلعجي، 1988م)، فالشريعة تحرم كل ما لا نفع فيه أصلاً، أو ما فيه منفعة محرمة، أو كانت المنفعة فيه مباحة للحاجة أو الضرورة. ويجب أن يكون المال المتقوم طاهراً أيضاً، لعدم قبول المال غير المتقوم لحكم البيع إن تعين المبيع فيه، فالشريعة الإسلامية تحرم هذا النوع من المال لعدم صلاحيته ولا قابليته لانتقال الملكية. ومثال ذلك عموم الأموال والأعيان المحرمة والنجسات -إلا ما استثنيه منها- والميتة والدم وغيرها، ودلّ على ذلك حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما، أنه: سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم، يقول عام الفتح وهو بمكة: «إن الله ورسوله حرم بيع الخمر، والميتة والخنزير والأصنام»، فقيل: يا رسول الله، أرأيت شحوم الميتة، فإنها يطلى بها السفن، ويدهن بها الجلود، ويستصبح بها الناس؟ فقال: «لا، هو حرام»، ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم عند ذلك: «قاتل الله اليهود إن الله لما حرم شحومها جمלוه، ثم باعوه، فأكلوا ثمنه» (البخاري، 2236:378).

وهذا التحريم والتقييد في الأموال هو من باب سد الطريق على ما يُخل بالنظام العام للمجتمع المسلم، ولتحقيق التوازن بين ما تتطلبه الطبيعة البشرية من سعيٍّ دائماً لإشباع الحاجات والرغبات، وبين ما هو متاح لها، ولضبط العقود من أن يدخل عليها ما يُخل بالملكية التي تنتقل بين الأطراف، أو غياب الانتفاع الذي هو المقصد الأساسي في عملية التبادل والاستهلاك، فهذه بمجملها حرصت الشريعة على حفظها وحمايتها.

ثانياً: أن يكون مالاً مملوكاً أو له عليه ولاية

يقصد من ذلك وجود الولاية الشخصية أو الشرعية، و"يقصد بالولاية الشرعية في هذا المقام أن يكون هناك من يملك شرعاً سلطة إبرام هذا العقد ولو كان غير الشخص الذي تولى عقده فعلاً، فإذا لم تكن هذه الولاية بهذا المعنى متوافرة كان العقد باطلاً غير منعقد. وهذا بخلاف الولاية الشخصية وهي أن يكون شخص العاقد ذا سلطة شرعية، بأن يكون مالكاً أو نائباً عن المالك كالوكيل والوصي، فإنّ هذه الولاية الشخصية ليست شريطة انعقاد، ولكن يكون نفاذه متوقفاً على إجازة صاحب حق التصرف الشرعي" والقاعدة هنا "أن كل عقد يصدر، ولا يملك حق إجازه وإنفاذه عند صدوره، يكون باطلاً" (الزرقا، 2012م).

ويدخل في هذا الضابط الحديث عن الأموال التي ليست فيها ولاية لأحد الناس، إي إخراج الأموال التي لا تقبل الشريعة أن تكون مملوكة لأحد -أي أنها ذات طبيعة عامة-، والتي لا تصلح أن يعاوض عليها إلا إذا كانت المنفعة فيها كانت مجتمعة لأفراد الناس وليست خاصة بأحدهم أو فئة محددة دون أخرى. ويدخل في هذا الضابط أيضاً الحديث عن تصرفات الفضولي وهو من تصرف في حقوق غيره تصرفاً قولياً من غير تفويض مشروع، وأيضاً الحديث هنا عن العقد الموقوف وقد تحدث فقهاء الحنفية عن هذا عن هذا العقد، وذكروا فيه صوراً كثيرة (ابن عابدين، 1992).

ولغياب هذا الضابط دلالات كثيرة على العقد ونتائجه، لأن غياب الولاية الشخصية أو الشرعية تُخل بمرتكزات العقد الأساسية وهذه الأمور سعت الشريعة الإسلامية لحفظها والتحوط من أن تكون مدخلاً لتوجيه العقود على نحو لا يحقق مقاصدها وغاياتها، ولذلك كان لها توجهات مهمة في تحقيق الملكية الحقيقية في العقود، أي اختصاص الحق "صاحبه"، فلا يكون هناك حق لغيره به، ومثال ذلك الرهن فهو ملكٌ له، ولكن للغير حق فيه أيضاً، فلا ينفذ البيع إن وقع عليه.

ثالثاً: أن يكون معلوماً

يشترط في أن يكون محل العقد -الثلث والتمثّن- معلوماً شروطاً ضرورية، وما يُقصد بالعلم هنا أبتدأ، ما يكون دفعاً لصفة الخطر والغرر في العقود بشكل عام، فليس الأمر ما يكون بفكرة المشاهدة المجردة، لأن الأمر الذي يُطلب للعلم بمحل العقد أكبر من أن يكون مرتبطاً بموضوع المشاهدة والإبصار. فما يُراد هنا أن يكون محل العقد معلوماً علماً نافياً للغرر والخطر بكل أشكاله، مُعيّناً في ذاته ومقداره ونوعه وجنسه، وهو أمرٌ زائدٌ عن فكرة "المعرفة" ذاتها، وهذا الأمر يُستتبع بفكرة حالة "التميز" التي تحقق لمحل العقد مقاصده بالتكامل مع فكرة "التعين"، أي تحديد الأوصاف بمجملها بما يمنع المنازعة أو إدخال الجهل فيها، وأيضاً يدخل في هذا الأمر معرفة المقادير والأوزان وما يصل بها موضوعات وأفكار!، ويكون أيضاً ببيان ما يشمل محل العقد وما يتبعه أو يستثنى منه، لأن لكل بيع خواصه التي يميز بها، ولأن الأصول هي غير المنافع، فيجب أن يُعرف مقدارها، والزيادات المُتحصلة منها أو المتوقع نقصها، وذلك لتمكين العقد من تحقيق آثاره الشرعية، وتحقيق المنافع للأطراف المشاركة في عملية التعاقد. ولأجل ذلك كان للفقهاء دور في ضبط هذا الجانب تحديداً -على نحو كبير-، ويمكن إيجاز ذلك بما يلي:

1- التحوط من الخطر والغرر بذات المحل

مما سعت الشريعة الإسلامية إليه هو التحوط من الغرر والخطر الذي يكتنف ذات المحل، من حيث إبعاد النزاع الذي قد يحصل في محل العقد من حيث كونه معلوماً للمتعاقدين مجهولاً بذاته، ومثال ذلك إذا تم البيع في الأشياء المتفاوتة، من غير تعيين لذاتها، كبيع شاه من قطيع، فهذه مؤداها وجود جهالة تؤدي إلى حدوث النزاع والاختلاف. وهذا الأمر ينطبق على المثلث والثلثن، ويتضمن النظر إلى ذات المحل أيضاً معرفة إجراء المبيع وقيمتها، فالفقهاء لا يصح عندهم بيع شيءٍ من أشياء أو من شيئين من غير أن يجعل للمشتري حق خيار التعين فيما بعد (الكاساني، 1986م؛ ابن رشد الحفيد، 1995م).

2- التحوط من الخطر والغرر بجنس المحل

ويتضمن هذا الأمر جهالة الذات والنوع والصفة، وتدخل فيه صوراً كثيرة، فهو أفحش أنواع الجهالات التي تكتنف العقود بشكل عام، ولهذا كان توجه للفقهاء لضبطه والحيلولة دون وجوده واقعاً، كاشتراط خيار الرؤيا¹ لإباحته، أو الحد من وجود الاخطار التي تترتب على انعقاده بصورته المجردة، ومثال هذا النوع من الجهالة بيع السلعة دون تسميتها (المواردي، 1999م؛ ابن عابدين، 1992م).

3- التحوط من الخطر والغرر بنوع المحل

وهي ترتبط بالجهالة بجنس المحل من أحد الأوجه، ويختص الأمر هنا بتحديد "نوع" محل العقد مع كونه "معلوماً" للمتعاقدين، ومثال ذلك بيع الحيوان من غير تحديد نوعه، فهنا علم جنس المحل وغاب معرفة نوعه، وهذا الأمر يخل بالمعاملات من حيث تمامها على النحو المطلوب شرعاً (النوي، د.ت؛ أبو زهرة، 1977م).

4- التحوط من الخطر والغرر بصفة المحل

* الخيارات جمع خيار ومعناه الاختيار، ومعناه في الجملة طلب خير الأمرين والاتجاه إليه، ومعناه الاصطلاحي "حق العاقد فسخ العقد أو إمضاه، لظهور مسوغ شرعي، أو بمقتضى اتفاق عقدي"؛ أنظر: أبو غدة، عبد الستار، (1985م)، الخيار وأثره في العقود، ط2، الكويت: مطبعة مقهوي، الكويت.

يكون هذا النوع من الجهالة في محل العقد، من حيث الاختلاف الذي قد يحصل في المحل المشار إليه والمحل غير المشار إليه، حيث إن ضبط الصفات المقصودة في العقود تعمل على دفع وجود الغرر والخطر فيها، فقد يتعذر تسليم المبيع إذا لم تعلم صفاته، وقد يؤدي إلى الإخلال بالشروط الشرعية الملازمة لها، وهناك أنواعاً من العقود لا تصح إلا إذا ذكر فيها جميع الصفات، كما في اشتراط ذكر صفات المسلم فيه في بيع السلم. وفي الثمن أيضاً لا يصح البيع بثمن مجول الصفة، فالمعاملات مقصدها درء الغرر وحدث النزاع، ولكن غياب الوصف مؤداه حدوث ذلك (ابن نجيم، د.ت؛ ابن عابدين، 1992م).

5- التحوط من الخطر والغرر بمقدار المحل

يتعلق الأمر هنا في جانبين؛ الأول وهو "المثمن"، أي بالمحل غير المشار إليه -غير معلوم المقدار-، فهناك عقود حرمة أو دخلها الفساد لوجود الجهل بهذه الصفة تحديداً، لأن مؤداها حدوث إشكاليات على صعيد التسليم والتسليم، ويدخل في هذا الأمر أيضاً قضية اعتبار "التقدير بالرؤيا" عند النظر إلى الأصول وتقييمها. وهناك أنواعاً من البيوع لا ينفع فيها التقدير إطلاقاً كالصرف، وهذا كله يصب في تمكين الضبط الشرعي للعقود، ودعم أفكار الحماية والحفظ. أما على الجانب الثاني وهو "الثمن" كان للفقهاء دور في درء الغرر الجهالة عنه، وخصوصاً عند ذكره في المسائل المختلفة وتقريظهم بين ذكر الثمن وغيابه، أو الحديث عن البيع بسعر السوق بسعر الوحدة، والحديث أيضاً عن بيع التولية والمراوحة والوضيعة، وغيرها من الأمور التي تؤول في نهايتها إلى تعزيز التحوط في معرفة مقدار المحل بشكل عام (النووي، د.ت؛ ابن رشد الحفيد، 1975م).

رابعاً: أن يكون موجوداً

ويكون الأمر هنا بالنظر إلى فكرة "الوجود" بشموليتها، كما أشير إلى فكرة أن يكون محل العقد معلوماً، إي لا يختص الحديث هنا بجانب دون آخر، فهو على صعيد الوجود وارتباطه بالزمن، يفرق بين أن يكون "الوجود" في الوقت الحالي أو المستقبلي، ويفرق أيضاً بين "احتمالية" الوجود وعدمه. فالحديث عن وجود محل العقد يقتضي النظر إلى ما يكون التعاقد عليه معدوماً، أو ماله خطر العدم -احتمالية عدم الوجود-، أو التعاقد على مستحيل الوجود في المستقبل، ويدخل فيه أيضاً الحديث عن بيع المجهول. فالشريعة كانت لها توجيهات مهمة في هذا الجانب كسائر مواضيع الغرر والجهالة التي تكتنف العقود، لأن أحكام العقود وآثارها هي أوصاف شرعية يقدرها الشارع الحكيم بوجود المحل، ولأن الوجود يقتضي الحديث عن ملكية موجودة أو عن أشياء مستقرة ثابتة من الأصول والمنافع، على حد سواء.

واختلاف الفقهاء في مسائل وجود المحل، ترجع إلى اختلاف نظرتهم وتقديرهم إلى الغرر الذي يلحق هذه العقود، وليس لفكرة الوجود أو غيابه عنها، فمدار الأمر هو للحديث عن الغرر وإمكانية دفعه عن محل العقد بشكل عام، فهناك مجموعة من العقود اباحتها الشريعة الإسلامية مع كون الثمن أو المثمن غير موجود وقت التعاقد، واشتراطوا فيها من الشروط والضوابط ما يحفظها ويمكنها من تحقيق آثارها، ففكرة وجود العقد ترتبط بطبيعته، فهناك عقود بحسب الشرع تتطلب أن تكون موجودة وقت التعاقد، فهي ترتبط به وجوداً وعمداً، وهناك مجموعة أخرى طبيعة العقد وشرعه لا تتطلب وجود محله وقت التعاقد كما في منافع الإجارة والسلم، والنظر إلى هذا الأمر يكون بتحقيق "إمكان وجوده" في المستقبل رغم عدم وجوده في الوقت الحالي. (الخفيف، 1988م؛ مذكور، 1996م؛ الزرقا، 2012م).

فغياب وجود المحل -بفكرته المجردة- يؤدي إلى تعرض رأس المال إلى زيادة احتمالية الخسارة، لأن العقد يعتمد على وجود المثمن أو الثمن فيه، فغياب أحدهما هو بمثابة التهديد لاكتمال العقد وتمامه على النحو المطلوب، وهو ما قد يؤول إلى

انعدامه أو هلاكه. وبالتالي وجود المحل يعني تحقيق تبادل المنافع وتمكين قضايا التملك والتصرف، ولهذا كان لأحكام الشريعة دور مهم في ضابط هذا الجانب، يمكن إبراز ذلك بما يلي:

1- التحوط من الخطر والغرر بأجل المحل

الجهل بالأجل هو من الغرر الذي يدخل على المعاملات بمجملها، لأن اشتراط العلم بالأجل هو ما يُمكن العقد من تحقيق مقاصده، فهناك مجموعة من البيوع ورد النص بتحريمها، لأن الجهالة في الأجل يولد غرراً في عدم وجود محل العقد عن حلول الأجل المتفق عليه، أو صعوبات في تسليمه، أو انتفاء ملكيته وقت الحلول. فكلما طال الزمن، ارتفعت المخاطر والصعوبات التي تحول إتمام العقد.

والأجل المجهول يشمل ما جهل وقوعه، أو ما جهل وقت حلوله. وجهالة الأجل تفسد العقد إن كانت المدة غير معلومة، ولهذا كان للفقهاء تقديراً مهماً في فكرة أن يكون الثمن أو المثمن -في بعض حالاته- مؤجلاً، بالتقيد بأن يكون "معلوم" المدة. والعلم بالأجل لا يرتبط في بعض حالاته بقياس الزمن المجرد، وإنما قد يدخل تقدير العرف وما أصرّح الناس عليه في تعاملاتهم، فحصول الأمر في نهايته هو تحديد المقادير والأجال وكل ما يُطلب في العقود لتقادي وقوع الغرر أو حدوث النزاع (الماوردي، 1999م؛ النووي، د.ت.).

2- التحوط من الخطر والغرر بعدم المقدرة على تسليم المحل

التصرف في المبيع من موجبات العقد، وعدم القدرة على تسليم محل التعاقد يُخل بهذا الأمر، لأنه يولد غرراً في إمكانية حصول المتعاقد عليه، ولهذا لا تصح البيوع التي يكون محلها ليس مملوكاً وقت التعاقد، أو أن يكون احتمال وجوده غير متحقق، أو لا يمكن احترازه، أو التمكن منه. ويدخل في قضية عدم القدرة على تسليم المحل قضايا بيع الديون على اختلاف الفقهاء فيها، ومسائل بيع الإنسان ما ليس عنده، وبيع ما لم يقبض والاختلاف في تقيده بالطعام أو ترك الأمر على إطلاقه.

ورغم اختلاف الفقهاء في تحديد الأشياء التي يدخلها النهي عن بيع المحل غير المقدر على تسليمه، إلا أنهم متفقون في فكرة التحوط من الغرر الناشئ عنه، وسلامته من المبطلات الشرعية الأخرى، لأن اختلاف وتنوع محل العقد هو ما يولد أفكاراً ومباحث للنظر فيه، فليس كل ما لا يقدر على تسليمه يدخله الغرر وإنما يمكن الاحتراز من ذلك أو تقليبه، فالأصل في العقود هو القدرة على تسليم محل العقد، وأن يكون هذا الأمر "متحققاً"، لأن تمكين شطري العقد -الثمن والمثمن- واقعاً هو ما يطلب شرعاً، فإن أُخِلَّ بوجود أحدهما، فيثبت وجود الأول، ويتحوط للثاني لتأكيد تمام "وجوده"، ليكون العقد منتجاً لآثاره، ومحققاً لمنافعه (البهوتي، د.ت، ب؛ ابن عابدين، 1992م؛ النووي، د.ت.).

3- التحوط من الخطر والغرر بالتعاقد على المعلوم

إذا لم يكن محل العقد موجوداً وقت العقد، وكان وجوده مجهولاً في المستقبل فهذا الأمر يبطل العقد ولا يحقق مقاصده التي تتراد منه، ولكن إذ كان الأمر ممكن الوجود في المستقبل، فهذا ما تعارف عليه الفقهاء ببيع المعلوم، وقد اختلف الفقهاء فيه تفصيلاته كسائر مواضع الغرر التي تكتف المعاملات. والعبرة في بيع المعلوم هو بتحقيق وجوده في المستقبل، وهذا الأمر هو ما يعطيه الإباحة الشرعية ويمكن العقد من تمامه، وهذا الأمر كان واضحاً -على سبيل المثال- من نصوص الفقهاء في مسائل بيع الثمار وتميزهم لمسائل بيع الثمار قبل تخلقها أو بعده، أو قبل بدو صلاحها أو بعده (النووي، د.ت؛ ابن رشد الحفيد، 1975م؛ السرخسي، 1993م). وهذا الاختلاف يستشرف منها مضامين وأفكار مهمة، خصوصاً في واقع المعاملات المعاصرة.

4- التحوط من الخطر والغرر بعدم رؤية محل العقد

قد تتحقق في المعقود كل الشروط السابقة، ولكن يبقى الأمر معلقاً برؤيته، فقد يغيب المحل عن مجلس العقد، أو يكون موجوداً ولكنه غير مرئي لأحد المتعاقدين، فالمتمن يكون مملوكاً ولكنه لا يبصر وجوده في مجلس العقد، فهو يختلف عن بيع المعدوم، وإن كان يعدُّ المعدوم غائباً.

والفقهاء متفقون على جواز بيع العين الغائبة (الماوردي، 1999م؛ ابن رشد الحفيد، 1975م؛ ابن عابدين، 1992م)، ولكنهم مختلفون في مسائله المختلفة، وبالرغم من ذلك كان لهم توجهات مهمة في ضبط الأمر، بوضعهم الشروط التي تحفظ العقد، وإتاحة الخيار للطرف الآخر بما يضمن حقوقه.

وبالمجمل فإن حديث الفقهاء عن محل العقد وضبطه بصورة عامة، كان بتحقيق النظر في تفصيلاته المختلفة، لأن مرادهم من ذلك هو إتمام العقد أركانه وأوصافه المختلفة، وتحقيق مقصد حفظ المال، وكان مردُّ الأمر كله هنا هو دفع الغرر ما أمكن، فليست العلة في تحريم الأشياء المعدومة -مثالاً- هو "العدم"، أو غير الموجودة هو "الوجود"، وإنما كلها توول إلى دفع الغرر والخطر فيها والتحوط من وجوده فيه.

الضابط الرابع: خلو العقد من الربا بكل صنوفه

من المرتكزات التي قامت عليها الشريعة الإسلامية منذ بزوغ فجرها في جانب المعاملات المالية تحريم الربا، وإقامة العقود على أسس متينة، يتم من خلالها إيجاد مسارات ملائمة لخلق بناء اقتصادي متكامل، وكان يتبع ذلك أيضاً جملة من التوجيهات على المستوى الكلي، يتم من خلالها تسيير الأنشطة المالية المختلفة. وكانت مسألة الربا من أعظم هذه المشكلات التي شددت الشريعة منع وجودها في العقود بمختلف أنماطها، لأنها كانت وما زالت تعصف بالمجتمعات وما تملكه من روابط وعلاقات. ولأن الشريعة الإسلامية مقاصد كلية سعت لحفظها وتمكينها من تحقيق غايتها، كان لجانب حفظ المال منها نصيب كبير، لأنه هو ما ييسر حياة المجتمعات وما تملكه من وسائل وموضوعات، ولضمان وجود المبادلات الحقيقية التي ينتفع به الناس، وعدم الإخلال في قوى الإنتاج والاستهلاك والتبادل والتوزيع، ولتضييق على إي شكل من المعاملات "الوهمية" التي لا تحقق المراد منها والغاية التي شرعة من أجلها.

ولأن المال في الإسلام له ضوابطه الخاصة التي يتميز بها، فهو ابتداءً أداة عقيمة "بذاته" لتوليد الأرباح، ويُسمى بالعمل والجهد، وله وظائف محددة بأن يكون معياراً للقيم ووسيطاً في التبادل، وتحقيق المنافع. وهذه المضامين هي أمر أساسي في المعاملات، لأن أي اختلال يحدث، يبعده عن قيامه بدوره، ويؤثر سلباً على مجمل الأنشطة والمتغيرات الاقتصادية الكلية منها والجزئية. والربا -دون الخوض في كثيرٍ من تفصيلاته- محرم بنصوص الكتاب والسنة ومنها قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنتُمْ مُؤْمِنِينَ﴾ [البقرة: 278]. وفي الحديث عن أبي هريرة رضي الله عنه، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «اجتنبوا السبع الموبقات»، قالوا: يا رسول الله وما هن؟ قال: «الشرك بالله، والسحر، وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق، وأكل الربا، وأكل مال اليتيم، والتولي يوم الزحف، وقذف المحصنات المؤمنات الغافلات» (البخاري، 488: 2766).

والربا ينقسم إلى نوعين، لخص الكلام فيها ابن رشد (1995م) بقوله "واتفق العلماء على أن الربا يوجد في شيئين في البيع وفيما تقرر في الذمة من بيع أو سلف أو غير ذلك. فأما الربا فيما تقرر في الذمة فهو صنفان صنف متفق عليه وهو ربا جاهلية

-الديون- الذي نهى عنه وذلك أنهم كانوا يسلفون بالزيادة وينظرون فكانوا يقولون أنظرنى أزدك. وأما الربا في البيع فإن العلماء أجمعوا على أنه صنفان نسبية وتفاضل إلا ما روي عن ابن عباس من إنكاره الربا في التفاضل لما رواه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "لا ربا إلا في النسبية" (البخاري، ص:2178) وإنما صار جمهور الفقهاء إلى أن الربا في هذين النوعين لثبوت ذلك عنه صلى الله عليه وسلم".

وتعدد أنواع الربا واختلاف صورته، يعطينا صورة مبسطة عن مدى انتشاره وتأثيره على العقود بمختلف أنواعها، ويمكن الإشارة إلى الأضرار التي يسببها -دون إسهاب-، ومدى تأثيرها على مرتكزات النشاط الاقتصادي بشكل عام، لأنها تتقاطع مع مضامينه وتكون معياراً مفسراً له في بعض جوانبه، ويمكن إبراز ذلك بما يلي.

- تأثيره على قضايا الإنتاج: من المرتكزات التي الأساسية في مسألة الإنتاج، النظر إلى حسابات الأرباح والخسائر، وتحمل المسؤوليات -المغانم- في مقابل تحصيل مغانمها، والتبادل الربوي مُحصلته وجود مراكز تبتعد عن هذا التقدير، أو تكون في أدنى درجاتها، لطرف على حساب آخر. فالمشروعات تُبنى على وجود جانب الحافز، والذي هو الأساس الذي يتم من خلاله بناء الروابط بين أطراف النشاط الاقتصادي مُتحدي الرغبات والأهداف. وينتج من ذلك أيضاً الحديث عن إمكانية الملائمة بين الإمكانات ومدى تحقيقها للمطلوب منها، ويتداخل هذا الأمر مع فكرة التقدير في المشروعات، إي التحوط من وجود الأخطار، والعمل على تطوير الآليات المختلفة للحد منها. ولكن باعتبار وجود الربا تنخفض هنا الكفاءة الفنية والعملية، لأنها تمس العصب الأساسي لفكرة الحافز وتلغي معيار المشاركة، لضمان أحد أطرف عملية التبادل، الأصول والعوائد الثابتة، ووجود الكفالات التي تحميها (المودودي، 1984م).

- تأثيره على روابط الاستثمار والادخار: من خلال النظر إلى حركة الأموال في النشاط الاقتصادي، والسعي إلى تحقيق التوازن بين المتغيرات المختلفة والتي تتمثل في أحد جوانبها تحقيق التعادل الدائم بين الادخار والاستثمار، والسعي إلى عدم وجود الفجوة بينهما، وذلك لضمان وجود مستوى معين من الدخول وتعبئة الموارد النقدية التي تحقق الفعالية الاقتصادية المطلوبة؛ وهذا الأمر مرهون في النظم التقليدية بمعيار معدل الفائدة -الربا- ومقارنته بمعدل العائد في الاستثمار، وهذا التقدير يدفع النظام الربوي للسيطرة على الحركة التجارية، من خلال التحكم في نسبته. وفي ظل هذه الواقع فإن الحافز للاستثمار والاندفاع نحوه يقل، بسبب ضيق المسالك التي تُتمى الأموال بها، وبالتالي التأثير على معدل العائد، وهو ما سيؤول إلى إحداث فجوة بين مستويات الادخار والاستثمار، والتوجه إلى عدم الإنفاق -انخفاض الاستهلاك-، وبالتالي تعريض الأسواق إلى حالة من الركود (المصري، 1984م).

- تأثيره على عدالة التوزيع: الربا بآلياته المختلفة يضمن وجود نمط ثابت من الأرباح لطرف على حساب آخر، وهذا بدوره يُخل بالعدالة التوزيعية من جميع أوجهها، لأن المبالغ المالية المقترضة، بالإضافة إلى فوائدها، لا تتأثر بالمخاطر التشغيلية أو الرأسمالية، فهي ديوان مثبتة يتبعها ربح محقق الوجود وضماناً مقلوباً، وهي تختلف عن نمط المشاركات في العقود والتجارات وتحمل تبعاتها. والمقترض يحصل على مبالغ مالية ثابتة دون النظر إلى واقع المشروعات ربحاً وخسارة، والمقترض يخضع لمبدأ إلزامية السداد، دون النظر للحالة التي يدفعها فيها. وهذا ظلم للطرفين باعتبار حساب المخاطرة والتحوط منها، وإن كان المقترض هو الطرف الأضعف ابتداءً وانتهاءً (قطب، 1995م).

- تأثير الربا على ملكية العقود وحسابات التكاليف فيها: الإطار العقدي هو ما يحكم العلاقة بين وحدات الفائض والعجز، وكما أشير إلى تأثير الربا على قضايا الإنتاج والتوزيع، فإنه بلا شك يخل بالعقود وجودها ويؤثر على توازنها من حيث كونها مراكز مقلوبة، فهي لا تحقق معيار العدل في المعاملات، والأشدُّ بلاءً من ذلك هو "تركزها"، لأن مسلك الأصول والأرباح

يكون اتجاه معاكس تماماً لمسلك تحمل الخسائر وتقدير وجودها، وهذا بدوره يضخم قاعدة ملكية أطراف قليله، مقابل إحداث خلل كبير جداً في ملكية الأطراف الأخرى الكثيرة، وهذا المؤدى هو ما يحاربه الإسلام منذ نشأته، فهو مبني على مرتكزات العدل والاعتدال.

وعلى صعيد حسابات التكاليف في العقود وبمنظور التحوط -في التقدير الإسلامي- الذي يسعى إلى ضمان تحقيق العقود والمشروعات مرادها، وتخفيف الأعباء التي تؤثر عليها، فإن الربا بلا شك تمويل مكلف ومضمون!، لأنه له منطوق آخر في حسابات المخاطرة والتحوط منها، فهو على اتجاه معاكس تماماً لما يُطلب إسلامياً. وهذا الأمر لا يؤثر على المنتجين وحدهم، لأنهم في النهاية سيحملون هذه التكاليف إلى المستهلكين، وبالتالي إرهاب الطبقة الكبيرة في المجتمع من تبعه ارتفاع كلف التمويلات، وهذا الأمر لا يُطلب وجوده، بل تُسد المسالك التي تُوصل إليه (أبو زيد، 2004م).

الضابط الخامس: تحقق ركنية "الأهلية" في المتعاقدين

العقد كما هو معلوم لا ينشئ إلا من ارتباط إرادتين متوافقتين على إنشائه، والعقد لا يُتصور وجوده من غير وجود العاقد الذي يصدر عنه هذا الأمر، ولكن ليس مجرد الإرادة أو العبارة التي يتم من خلالها إنشاء العقود هي التي تجعله نافذ المفعول، وبالتالي تحقيق آثاره المرجوه، بل لا بُد من صفات أخرى يتوقف عليها نفاذ العقد شرعاً، وهي ترتبط بوجود العقد، وتُطلب في كل خطوة يخطوها الإنسان في أفعاله وأقواله، وهي ما يعبر عنها الفقهاء بمصطلح "الأهلية". وتعرف بمفهومها الشامل "صفة يقدرها الشرع في الشخص تجعله محلاً صالحاً لخطاب تشريعي. ومبناها أنها تقوم على أساس من ضرورة اتصاف الشخص بالصفات التي يقدر الشارع لزوم وجودها فيه، ليتمكن ثبوت الأحكام الشرعية في حقه، ولتصح منه التصرفات وتترتب نتائجها، وهذه الصفات المطلوبة تكون في كل موضوع بحسب ما يناسبه" (الزرقا: 2012م).

والأهلية بهذا المعنى الواسع لا تثبت لكل شخص، فهي مرتبطة بكمال الإنسان في جسمه وعلقه أو نقصانه، فكلما كان الشخص ناقصاً فيما يطلب الشرع وجوده كانت أهليته ناقصة، وكلما قل نقصه زادت أهليته!، وهي تنقسم إلى نوعين: أهلية الوجوب، وأهلية الأداء.

أولاً: أهلية الوجوب: وهي صلاحية الانسان للالزام والالتزام، ومناطقها الصفة الإنسانية. فهي وصف يصير به الإنسان أهلاً لما له أو عليه، ويعبر الفقهاء عن هذا المضمون بمصطلح "الذمة"، تتعلق به تلك الأهلية وتتصل بها الواجبات وتكون محلاً لثبوت الالتزامات، وهي أمر تقديري اعتباري فرض الشارع وجودها، فالإنسان بمجرد وجوده تتحقق له أهلية وجوب كاملة -صلاحية الوجوب له وعليه-، أو ناقصة -صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له-، وهي تثبت لكل إنسان حي، سواء كان بالغاً أم صبيّاً، ذكراً أم أنثى، رشيداً أم غير رشيداً، حراً أم عبداً. وهذه الأهلية لا تتعلق بالتعامل مطلقاً، فلا يكون لصاحبها حق التعاقد والالتزام بنفسه، إلا إذا كانت له أهلية الأداء (الخفيف، 1988م؛ مذكور، 1996م).

ثانياً: أهلية الإداء: وهي صلاحية الشخص لصدور التصرفات منه معتبرة في نظر الشرع، فهي تشمل صلاحيات أهلية الوجوب في تلقى الحقوق وأداء الواجبات، ويضاف لذلك أهلية المعاملات والتصرفات في كل المجالات وما يترتب عليه من إلزام والتزام. فأهلية الأداء تكون في الأصل للإنسان الصحيح الكامل، ويصح أن نعتبر عن هذا النوع من الأهلية بأنه أهلية التعامل، وسميت بذلك، لأنها تتعرض لأداء الحقوق والالتزامات، وإن كانت أهلية الوجوب أثراً من آثار الذمة، فأهلية الأداء أثر من آثار العقل والتمييز. وهو ما الذي يجعل الشخص مدركاً لعبارته، وما يقصد بها وينتج عنها، فيعرف معاني البيع والشراء، ويعلم الغبن

الفاحش من اليسير، ويفهم معاني الألفاظ ومدلولاتها، ولذلك للإنسان مع أهلية الأداء أطوار مختلفة، تفرق معه تبعاً لاختلاف عمره الذي جعل مقياساً لتمييزه، كما تختلف باختلاف سلامة عقله، وعدم سلامته، ومن هنا قسم العلماء أهلية الأداء إلى ناقصة وكاملة (أبو زهرة، 1977م).

وباعتبار النظر إلى الأهلية بفكرتها "المجملية"، فهي من المرتكزات الأساسية التي سعت الشريعة الإسلامية لتمكين مضمونها في أركان العقد بشكل عام، وما يتعلق بركن العاقدين على وجه الخصوص، باعتبارها خط الدفاع الأول الذي دعت الشريعة لتمكين جدرانه، لأن التحوط من وجود الغرر والمخاطر بإمكانية تقديرها، ومدى تحملها، وسبل اتقائها، هو ما يدفع للتأكيد على جوهر العقود بأن تكون متممة لمقاصدها، منتجة لآثارها. ومن الملاحظ أيضاً عند النظر إلى ركن الأهلية في المتعاقدين أنها: أولاً: أمر وجودي بالنسبة لهم، ثانياً: هي مضمون عام ينطبق على سائر المعاملات وهو ما يبعد عن النشاط الاقتصادي ما يسبب له الضرر ابتداءً وانتهاءً، لتحقيق أعلى النتائج المرجوة.

ولكن على الجانب الآخر يُنظر إلى قضية أهلية الأداء اليوم بمنظور معاصر من جانبين: الأول: هو تطور فكرة الشخصية في واقع المعاملات من كونها فردية إلى وجود الشخصية الاعتبارية المتمثلة في وجود الكيانات المالية بفكرتها المحدثة، وهو ما يستدعي البحث عن مضمون "الأهلية" بمنظور مختلف، تتحقق فيه المعاني التي أراء الفقهاء وجودها المعاملات، لأن المنظومات المالية والعقود هي في تطور دائم. الثاني: وجود فكر الرشاد والتمييز في مضمون أهلية الأداء، قد لا تكون واضحة عند ارتباطها بفكرة الشخصية الاعتبارية، ولا تلائم واقعها، وهذا ما يستدعي الإشارة إلى المعايير النظرية لموضوع المخاطرة والغرر والتحوط، لأنها تتقاطع معها في أهدافها وغاياتها.

الضابط السادس: تحقيق مبدأ حسن النوايا والمقاصد في العقود

أشير في ضابط "صيغة العقد" إلى أن ما يصدره العاقد على وجه الإجمال من عبارة أو كتابة أو إشارة أو فعل إنما يتخذه وسيلة لإظهار ما في نفسه من معنى. فإرادته في الحقيقة هي أساس إنشاء العقود، وأن وسيلته في الإفصاح عنها، ليست إلا مظهرًا لها بصورة حسية للخارج.

ولكن لما كانت النية أو الإرادة أمراً باطنياً لا سبيل إلى معرفته إلا من جهة صاحبها وذلك بما يصدر عنه مظهرًا لها، لم يكن في الإمكان الاعتماد عليها شرعاً في إنشاء العقود والالتزامات والقضاء فيها عند النزاع، ولهذا وجب أن يكون المرجع والمناط هنا ما يكشف به هذه الإرادة من ألفاظ، والتي يصدرها صاحبها عند التعاقد للإفصاح عنها؛ فلا يترتب على نية العاقد المجردة ولا على إرادته الجازمة عقد ولا التزام ما دام كل منهما أمراً باطنياً لم يظهر في شكل قول أو فعل (الخفيف، 1988م).

ولذلك حرصت الشريعة على تنظيم العلاقات بين الناس على أسس واضحة مبناها العدل والحق، وللابتعاد عن كل ما يضر بالآخرين أو بالمرتكزات التي بُنيت عليها أحكامها، مصداقاً لقوله ﷺ: «إنما الأعمال بالنيات، ...» (البخاري، 1:15) وإعمالاً للقاعدة الشرعية "العبرة في العقود للمقاصد والمعاني وليس للألفاظ والمباني" (الندوي، 1999م). ولهذا كان للفقهاء دوراً مهماً في تحقيق العقد لمبتغاه النهائي، حتى لو كان مبنى العقد متحققاً قولاً وفعلاً، وبعيداً عما يُخل بأوصافه التي تحقق له المشروعية التي فرض الشارع وجودها فيه؛ لأن تحقيق النظر في حسن النوايا والمقاصد هو منطلق لقطع الطريق على كل ما يجعل العقود الشرعية مسلكاً لسائر الحيل، والتي تدفع الشريعة لعدم وجودها في سائر المعاملات، ومثال ذلك "العينة" والتي في ظاهرها بيعاً يحقق قواعده الشرعية، على خلاف الباطن والتي يراد منها تمرير الزيادة الربوية من خلال عقد البيع. ولهذا الأمر

دلالات مهمة في واقع المعاملات المعاصرة، وخصوصاً في المستجدات منها، لأن النظر إلى مبدأ مشروعية النية يرتبط باتجاه الإرادة لعدم الإضرار بالغير بصفة عامة والمتعاقدين بصفة خاصة، وينطبق هذا الأمر على كافة المراحل التي يمر بها العقد، من مرحلة التفاوض، حتى تنفيذه، بل حتى تفسيره عند حدوث الخلاف بين أطرافه، وهذا الأمر هو مبدأ عام من أجل حماية مصالح الأفراد وأعمالهم من مجرد ظواهر النوايا والتصرفات. فحسن "النية" هو الأصل الذي يرتبط بانعقادها، حتى تحقق مبتغاها، وتبرأ الذمة من دخول الشوائب فيها.

الضابط السابع: تحقيق مبدأ اعتبار المآل عموماً وسد الذرائع خصوصاً

النظر في مآلات الأفعال أمر معتبر، ومقصود شرعاً سواء كانت هذه كانت الأفعال موافقةً أو مخالفةً -مأذوناً فيها أو منهيّاً عنها شرعاً-، وذلك لأن المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصادرة عن المكلفين بالإقدام أو بالإحجام إلا بعد نظره إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل، مشروعاً لمصلحة فيه تستجلب، أو لمفسدة تدرأ، ولكن له مآل على خلاف ما قصد فيه، وقد يكون غير مشروع لمفسدة تنشأ عنه أو مصلحة تندفع به، ولكن له مآل على خلاف ذلك (الموافقات، 1997م). ومضمون حديث الشاطبي عن المآل يرتبط أيضاً بحديثه عن مسألة الأسباب، وذلك بقوله "وضع الأسباب يستلزم قصد الواضع إلى المسببات، لتحصل المصلحة المسببية أو تدرأ المفسدة المسببية، ومن جملة ما أستدل به لهذا الأمر: "أن الأحكام الشرعية إنما شرعت لجلب المصالح أو درء المفاسد، وهي مسبباتها قطعاً، فإذا كنا نعلم أن الأسباب إنما شرعت لأجل المسببات؛ لزم من القصد إلى الأسباب القصد إلى المسببات" (الموافقات، 1997م)، وهنا يظهر عمل اعتبار المآل واضحاً.

واعتبار المآل هو معيار تطابق مقصد الشارع ومقصد المكلف، وميزان تحقق مقاصد الشريعة في واقع المكلفين. ويتحقق ذلك بالنظر إلى "فعل المكلف" ونتائجه بأن يكون موافقاً لقصد الشارع أو مخالفاً له. وبالنظر إلى "الواقع" التي توجد فيه المعاملات، باعتبار أن المآل هو المعيار للحكم عليه، من حيث وجود المفاسد التي يراد درئها أو المصالح التي يراد جلبها. وبالنظر إلى "النتيجة"، للأفعال التي تصدر عن المكلفين، لاعتبارات الظروف والملايسات المحيطة به، وللعوارض التي توجب أحياناً العدول عن المقتضى الأصلي للفعل. فاعتبار المآل يجمع بين ثلاثة أنواع من الفقه التي لا غنى عنها: فقه المقاصد، وفقه الواقع، وفقه الموازنات، وهي أنواع ترتبط فيما بينها للحكم على مدى تحقق مقاصد الشرع في الأفعال بشكل عام، والعقود المالية بشكل خاص (احميتو، 2012م).

وفي الواقع المعاصر اليوم من حيث وجود النظريات الفقهية -الكلية-، والتي كان لها تأثير على مجمل القضايا المرتبط بها، كان لموضوع المآل منها نصيب، وكان لثلاث نظريات (احميتو، 2012م) منها أبلغ الأثر لتقاطعها مع مدلوله ومضمونه. أولاً: نظرية الباعث والتي تقوم على مراعاة النية والقصد، أي قصد المكلف إلى أثر فعله أو عدم قصده إليه، وهي النظرية التي تلزم بإعمال قاعدتي سد الذرائع أو الحيل بحسب الأثر المترتب مع اعتبار الفرق بين الذرائع والحيل، وهو فرق دقيق يرتبط بالقصد إلى هذا الأثر أو عدم القصد إليه، ولأن الأصل في اعتبار الذرائع هو النظر إلى مآلات الأفعال، فيأخذ الفعل حكماً يتفق مع ما يؤول إليه، فإذا كان الفعل يؤدي إلى مطلوب فهو مطلوب، وإن كان لا يؤدي إلا إلى شر فهو منهي عنه. ثانياً: نظرية التعسف في استعمال الحق التي توجب مقتضياتها منع المكلف من عمل مشروع لكونه يؤدي إلى نتيجة فيها ضرر على المكلف نفسه أو على غيره، وهو ما يوجب سد الذريعة بناء على آثار واقعة ظاهرة، أو متوقعة مظنونة لكنها راجحة. ثالثاً: نظرية الاحتياط، وهي نظرية تتردد بين الإباحة والمنع، أي إباحة الممنوع أو منع المباح بحسب ما يقتضيه النظر المصلحي في المكلف وفعله وواقعه، وبحسب مدى تحقق الضرر أو انعدامه على المكلف نفسه أو على غيره، أو بحسب ظهور الحكم أو خفائه، أو بحسب تجاذب

محل الحكم من قبل عوارض كثيرة بعضها يستدعي التجويز والبعض الآخر يستدعي المنع، تبعاً لميزان الأولويات ومعيار الموازنات. وتترافق هذه المضامين مع الموضوع النظري للتحوط، والذي يكون النظر إلى المآل هو أحد جوانبه التي لا غنى عنها.

هذه الضوابط بمجملها تعطينا تصوراً مهماً عن مدى اهتمام الشريعة بإتمام العقود على النحو المطلوب الذي شرعت من أجله، مع تمكين مقاصد الشريعة وأحكامها فيها، ويُعم ذلك كل الاطراف المشاركة في النشاط الاقتصادي، والتشديد على حماية المراكز العقدية واستثمار الأموال فيها، ويتجلى ذلك بالنظر إلى "سلامة النية أولاً، ثم سلامة المبنى ثانياً، ثم سلامة المآل والنتائج ثالثاً" (السبهاني، د.ت).

الخاتمة: النتائج والتوصيات

أولاً: النتائج:

1. تفرد النظام الاقتصادي الإسلامي بمجموعة كبيرة من الضوابط والتوجيهات المتميزة، التي ساهمة بشكل كبير في حفظ المراكز العقدية وتوازنها، والمساهمة في تحقيق التوازن بين المصالح المتعارضة.
2. إباحة الشريعة الإسلامية للعقود ليس على إطلاقها، لأن الضوابط العقدية هي بمثابة الحاجز الذي يحد من إطلاقها على نحو غير مشروع، أو أن تكون سبباً في الإضرار بالآخرين، كما هو الحال في النظم التقليدية.
3. جملة الضوابط التي أوجدتها الشريعة الإسلامية، كان لها دوراً مهماً في حفظ العقود من الغرر والخطر الذي يحيط بها، فهذه الضوابط هي قيود شرعية، إلا أن مؤداها هو حفظ المقصد المالي في المعاملات.
4. في جانب ضبط "محل العقد"، كانت هناك مجموعة كبيرة من التوجيهات، خصوصاً مدى تعلق الأمر في جانب كون محل العقد "معلوماً" و"موجوداً".
5. اعتبار حسن النوايا والمقاصد، والمآل عموماً من القضايا التي تدعم إتمام العقود إلى النهاية المنشودة شرعاً.
6. "الضوابط العقدية"، هي التزامات وتوجيهات شرعية أولاً، مقصدها حفظ الحقوق والمبنى العقدي من الغرر والخطر ثانياً، وتحقيق المنافع المقصودة شرعاً ثالثاً.

ثانياً: التوصيات:

إعادة النظر إلى جملة التوجيهات والضوابط الشرعية في واقع المعاملات اليوم، خصوصاً في الأسواق المالية، التي تحوي صوراً كثيرة من المعاملات، والتي خالف عملها ونتائجها، توجيهات الشارع الحكيم.

قائمة المراجع

- ابن رشد الحفيد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد، (1995م)، *بداية المجتهد ونهاية المقتصد*، ط4، مصر: مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده.
- ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين، (1992م)، *رد المحتار على الدر المختار*، (ج5)، ط2، لبنان: دار الفكر.
- ابن منظور، محمد بن مكرم بن علي، (1993م)، *لسان العرب*، (ج3)، ط3، بيروت، دار صادر.
- ابن نجيم المصري، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، (1999م)، *الأشباه والتظاير على مذهب أبي حنيفة النعمان*، (ج1)، ط1، وضع حواشيه وخرج أحاديثه: زكريا عميرات، لبنان: دار الكتب العلمية.
- ابن نجيم المصري، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، (د.ت)، *البحر الرائق شرح كنز الدقائق*، ط2، مصر: دار الكتاب الإسلامي.
- أبو داود، سليمان بن الأشعث بن إسحاق الأزدي البجلي، (1409هـ)، *صحيح سنن أبي داود*، ط1، تحقيق محمد ناصر الدين الألباني، السعودية: مكتب التربية العربي لدول الخليج.
- أبو زهرة، محمد، (1977م)، *الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية*، ط1، مصر: دار الفكر العربي.
- أبو زيد، عبد العظيم جلال، (2004م)، *فقه الربا - دراسة مقارنة شاملة للتطبيقات المعاصرة -*، ط1، بيروت: مؤسسة الرسالة ناشرون.
- أبو غدة، عبد الستار، (1985م)، *الخيار وأثره في العقود*، ط2، الكويت: مطبعة مقهوي، الكويت.
- أبو غدة، عبد الستار، (2013م)، *التحوط والحيطه*، السعودية: مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة الحادية والعشرون.
- الألباني، أبو عبد الرحمن محمد ناصر الدين، (د.ت)، *صحيح الجامع الصغير وزياداته*، (ج1)، ط1، سوريا: المكتب الإسلامي للطباعة والنشر.
- البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله، (2012م)، *صحيح البخاري - الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله ﷺ وسننه وأيامه -*، لبنان: المكتبة العصرية.
- البعلي، عبد الحميد محمد، (1998م)، *ضوابط العقود - دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وموازنة بالقانون الوضعي وفقهه -*، ط1، مصر: مكتبة وهبة.
- البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس، (د.ت، ب)، *كشاف القناع عن متن الإقناع*، (ج3)، بيروت: دار الكتب العلمية.
- البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين، (د.ت، أ)، *الروض المربع شرح زاد المستنقع*، خرج أحاديثه: عبد القدوس محمد نذير، لبنان: مؤسسة الرسالة.
- التركماني، عدنان خالد، (1981م)، *ضوابط العقد في الفقه الإسلامي*، ط1، السعودية: دار الشروق.
- الحطاب الزعيني، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد، (1992م)، *مواهب الجليل في شرح مختصر خليل*، ط3، الأردن: دار الفكر.
- الخفيف، علي، (2008م)، *أحكام المعاملات الشرعية*، مصر: دار الفكر العربي.
- رضوان، سمير عبد الحميد، (2005م)، *المشتقات المالية ودورها في إدارة المخاطر*، مصر: دار النشر للجامعات.
- الزحيلي، وهبة، (1984م)، *الفقه الإسلامي وأدلته*، (ج5)، ط1، سوريا: دار الفكر.
- الزرقا، مصطفى أحمد، (2012م)، *المدخل الفقهي العام*، (ج1)، ط3، سوريا: دار القلم.
- الزعتري، علاء الدين، (د.ت)، *الخيارات والمستقبليات من منظور شرعي*، ورقة بحثية منشورة على الشبكة العنكبوتية.
- الساعاتي، عبد الرحيم، (2008م)، *المشتقات المالية الإسلامية وإدارة المخاطر التجارية*، حولية البركة، العدد السابع.
- السبهاني، عبد الجبار، *آثار التمويل الربوي*، مقال منشور على الشبكة العنكبوتية، أستفيد منه بتاريخ 2017/2/15م، <http://al-sabhaniy.com/index.php/2012-08-21-02-39-44>.
- السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل، (1993م)، *المبسوط*، (ج2)، لبنان: دار المعرفة.

- السنهوري، عبد الرزاق، (د.ت)، *مصار الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي*، (ج2)، ط1، لبنان: دار أحياء التراث العربي.
- السويلم، سامي، (2007م)، *التحوط في التمويل الإسلامي*، ط1، السعودية: المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، البنك الإسلامي للتنمية.
- الشليبي، يوسف عبد الله، (2008م) *تطبيقات الحماية البديلة عن عقود التحوط والضمان*، البحرين: هيئة المحاسبة والمراجعة، المؤتمر الحادي عشر للهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية.
- الضريير، الصديق محمد الأمين، (1995م)، *الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي*، سلسلة صالح كامل للرسائل الجامعية في الاقتصاد الإسلامي - الكتاب الثالث -، ط2، حقوق الطبع محفوظة للمؤلف.
- علاء الدين البخاري، عبد العزيز بن أحمد بن محمد، (1997م)، *كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البيزوي*، (ج4)، ط1، تحقيق: عبد الله محمود محمد عمر، لبنان: دار الكتب العلمية.
- القره داغي، علي محي الدين، (1985م)، *مبدأ الرضى في العقود*، ط1، لبنان: دار البشائر الإسلامية، بيروت، لبنان.
- القرى، محمد علي، (2003م، أ)، *المخاطر الائتمانية في التمويل المصرفي الإسلامي "دراسة فقهية اقتصادية"*، السعودية: مجلة "دراسات اقتصادية إسلامية"، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، البنك الإسلامي للتنمية، مجلد 9، العددان 1-2.
- القرى، محمد علي، (2008م، ب)، *آليات التحوط في العمليات المالية الإسلامية*، البحرين: هيئة المحاسبة والمراجعة، المؤتمر السابع للهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية.
- قطب، سيد، (1995م)، *تفسير آيات الربا*، ط1، لبنان: دار الشروق.
- قلعجي، محمد رواس؛ قنبيي، حامد صادق، (1988م)، *معجم لغة الفقهاء*، ط2، لبنان: دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع.
- الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد، (1986م)، *بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع*، (ج5)، بيروت: دار الكتب العلمية.
- الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب، (1999م) *الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي*، ط1، تحقيق: علي محمد معوض - عادل أحمد عبد الموجود، لبنان: دار الكتب العلمية.
- محمد، عباس حسني، (1993م)، *العقد في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة بالقانون الوضعي تكشف تفصيلاً عن تفوق التشريع الإسلامي* -، ط1، الناشر: شبكة الألوكة على الشبكة العنكبوتية (د.ط).
- مذكور، محمد سلام، (1996م)، *المدخل للفقه الإسلامي*، ط2، مصر: دار الكتاب الحديث.
- المصري، رفيق، (1984م)، *الجامع في أصول الربا*، ط1، سوريا: دار القلم، دمشق، سوريا.
- المودودي، أبو الأعلى، (1984م)، *الربا*، ط1، السعودية: الدار السعودية للنشر والتوزيع.
- الندوي، علي أحمد، (1999م)، *موسوعة القواعد والضوابط الفقهية الحاكمة للمعاملات في الفقه الإسلامي*، (ج1)، دار عالم المعرفة.
- النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف، (د.ت)، *المجموع شرح المذهب بتكملة تقي الدين السبكي ومحمد نقيب المطيعي*، سوريا: دار الفكر.
- الهيتمي، أحمد بن محمد بن علي بن حجر، (1983م)، *تحفة المحتاج في شرح المنهاج*، مصر: المكتبة التجارية الكبرى.