

البدل النقدي المتغير في عقود المعاوضة "دراسة فقهية مقارنة بالقانون الكويتي"

أ.د. صالح العلي

كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة الكويت

د. عبد الرزاق أحمد الشيبان

قسم القانون - كلية المعارف الجامعة - العراق

ملخص

يهدف البحث إلى بيان الحكمين القانوني والشرعي في عقود المعاوضة ببدل نقدي متغير، بالإضافة إلى أهمية التعاقد ببدل نقدي لمواجهة التقلبات في قيمة الأوراق المالية، وتقلبات سعر الصرف التي تتأثر بالظروف الاقتصادية والسياسية والاجتماعية في البلد، فقيمة الأشياء ثابتة نسبياً، مقارنة بأثمانها النقدية التي تدفع، فأسعار السلع والمنتجات تختلف من وقت لآخر، وتتأثر بعوامل عدة، لذا جاء التعاقد ببدل نقدي متغير لحل هذه المسائل المالية، لكن المعاملات المالية مقيدة بقيدتين؛ أحدهما ملزم قانوناً، وهو موافقة العقد للقوانين المحلية للدولة، والآخر غير ملزم من الناحية القانونية، لكنه ملزم من الناحية الشرعية وهو موافقة العقد للحكم الشرعي في الفقه الإسلامي، وكثير من عملاء المؤسسات المالية يحرصون على موافقة تصرفاتهم القانونية لأحكام الشريعة الإسلامية.

ولتحقيق تلك الأهداف تضمن محتوى الدراسة الحكم القانوني والشرعي لأهم عقود المعاوضة التي يتم الاتفاق بها على البديل النقدي المتغير، وهي العقود التي يكون فيها الزمن عنصراً أساسياً؛ مثل: البيع بالتقسيط، والإجارة، والمرابحة.

وسلك البحث المنهج الوصفي التحليلي المقارن الذي ناسب هدف الدراسة ومحتواها. وتوصل البحث بنتيجته الإجمالية إلى أن هناك فروقاً عدة بين الحكم القانوني، والحكم الشرعي، وأن هذه التصرفات موافقة للأحكام القانونية، ومختلف في مشروعيتها بين الباحثين المعاصرين في الفقه الإسلامي، وأيد هذا البحث عدم جواز التعاقد ببدل متغير في الفقه الإسلامي إلا إذا انتقى الغرر والجهالة الفاحشة.

Abstract

Variable cash allowance in netting contracts

"Juristic Study Compared to Kuwaiti Law"

Prof. Saleh Al Ali / Faculty of Sharia and Islamic Studies, Kuwait

University

Dr. Abdalrazak Ahmad Al-Sheban / Department of Law – Almaaref

University college – Iraq

The contract was introduced in exchange cash to meet fluctuations in the value of securities and exchange rate fluctuations which are affected by the economic, political and social conditions in the country. The value of the items is fixed relative to the monetary prices paid. Prices of goods and products vary from time to time and are influenced by several factors. So the contract came with a variable cash allowance to solve these financial issues, But financial transactions are limited with two limitations: the agreement of the contract to the Islamic law in Islamic jurisprudence, and Many of the clients of the financial institutions are keen to approve their legal actions to the provisions of Islamic law.

The most important netting contracts which agreed upon on the variable allowance are time contracts in which time is an essential element, such as: sale by installments, Ijara, murabaha.

The research went through a comparative analytical approach. The aim of this study is to clarify the legal and Shari'a provisions in netting contracts. The research concluded that there are many differences between legal and Shari'a ruling, and that these actions are in accordance with the legal provisions. However, there is disagreement among the scholars of Islamic jurisprudence in their various aspects of the legality of the variable allowance in these acts.

أولاً-مقدمة

بدأ الإنسان بممارسة المعاملات في صورة مقايضة، حيث كانت الوسيلة الوحيدة لتبادل الأموال، والمقايضة هي مبادلة سلعة بسلعة أخرى، وازدادت مطالب الناس واختلقت رغباتهم، فتطورت المعاملات إلى البيع والإيجار، وظهرت حديثاً المرابحة وغيرها من المعاملات، لكن نشأت بعض المشاكل المالية خاصة في المعاملات التي يؤجل فيها دفع البدل، بسبب تغير القيمة الفعلية للنقد المتداول، ولا سيما أن التجارة العصرية تتطلب السرعة والسهولة، وعلى الرغم من كل الإيجابيات التي حققتها هذه السرعة والسهولة، فإنه ظهر بعض السلبات التي تمثلت بتقلب الأسعار واختلافها ما بين لحظة وأخرى، وهذه التقلبات في الأسعار سلاح ذو حدين، فمنهم من استفاد منها وحقق أرباحاً طائلة، ومنهم من تضرر منها وتسببت له بخسارة فادحة.

ولا بد من الإشارة إلى أن الفائدة المتغيرة لم تظهر قبل السبعينيات من القرن الماضي، لكن بعد حصول التضخم وارتفاع أسعار الفائدة إلى أكثر من 10%، تعرضت كثير من المؤسسات المالية لصعوبات كبيرة، وبسبب اختلاف معدلات الفائدة الدائنة والمدينة، فإن هذه المؤسسات تقترض بفائدة أعلى من الفائدة التي أقرضت بها عملاءها، وأدى ذلك خلال فترة الثمانينات والتسعينات من القرن الماضي إلى إفلاس عدد كبير من المؤسسات المالية، كلفت الحكومة الأمريكية - مثلاً- أكثر من 160 مليار دولار.⁽¹⁾

ولتجنب الأضرار الحاصلة من تقلب الأسعار في العقود، ولا سيما التمويلية، ظهر شرط يتم إضافته إلى العقد، وهو البدل النقدي المتغير. الذي يحكمه اتجاهان قانونيان؛ أحدهما: يرى أن مثل هذا الشرط يعد باطلاً ولا يرتب أي أثر قانوني، لأن تحديد البدل النقدي في العقود الملزمة للجانبين؛ كالبيع والإيجار، أمر جوهري. وثانيهما: يسوغ اللجوء لمثل هذا الشرط ويجيزه لمواجهة التقلبات بأسعار الصرف للنقد الوطني.

¹ تاريخ الإفادة: 2017/9/8م. FDIC: The S&L Crisis: A Chrono-Bibliography, www.fdic.gov

ثانياً- أهمية البحث

تتجلى أهمية البحث بأمر عدة يمكن إجمالها بما يأتي:

1- أهمية التجارة على المستوى الداخلي والدولي، من جهة، ثم، اهتمام شريحة واسعة من المتعاملين في عقود التمويل والتجار بجعل عقودهم وتجارهم موافقة لأحكام الشريعة الإسلامية من جهة أخرى.

2- اهتمام المؤسسات المالية الإسلامية بالتخفيف من مخاطر تقلبات الأسعار عبر تشريع البديل النقدي المتغير، والإفادة منه في إدارة هذه المخاطر.

3- النظر في سلسلة من القوانين التي تهم الناس، و تنظيمها وتطويرها لتلبية احتياجاتهم، ثم بيان الاتجاه الفقهي القانوني الذي يسوغ اللجوء إلى بعض الشروط لمواجهة التقلبات بأسعار الصرف للنقد الوطني فيه حل لمشكلة اجتماعية واقتصادية.

4- الدراسات القانونية المقارنة مع الفقه الإسلامي مصدر أساس لإثراء المكتبة القانونية والشرعية، وفيها اقتراح الحلول المستمدة من الشريعة الإسلامية لسد الثغرات القانونية للمستجدات في المسائل المدنية والتجارية.

ثالثاً- مشكلة البحث

يمكن أن تتحدد المشكلة في النظر إلى اشتراط البديل النقدي المتغير في بعض العقود وملاءمته للفقه القانوني الكويتي والفقه الإسلامي.

ويمكن صياغة مشكلة البحث عبر السؤال الآتي:

ما مدى جواز اشتراط البديل النقدي المتغير لدى المقنن الكويتي والفقه الإسلامي؟

رابعاً- أهداف البحث

يسعى البحث لتحقيق أهداف عدة، يمكن إجمالها في ما يأتي:

1- بيان عقود المعاوضات التي تشتمل على البديل النقدي المتغير.

2- بيان حكم التعاقد ببديل نقدي متغير لدى المقنن الكويتي.

3- بيان الاتجاهات الفقهية الإسلامية في حكم التعاقد بالبديل النقدي المتغير والراجح منها.

4- بيان نقاط الاتفاق والاختلاف بمسألة التعاقد ببديل نقدي متغير في القانون الكويتي والفقه الإسلامي.

خامساً- الدراسات السابقة

تناول بعض الباحثين من فقهاء الشريعة والقانون مسألة التعاقد ببديل متغير، وكان لفقهاء الشريعة الإسلامية الحظ الأكبر في ذلك، لكن هذه الدراسات أغفلت مسألة المقارنة بين أحكام الشريعة والقانون، وكانت بحوثهم مقتصرة على بعض العقود، فجاءت هذه الدراسة شاملة لغالبية العقود التي يمكن أن يكون البديل فيها متغيراً، وبشكل مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الكويتي. ومن أهم الدراسات التي تم الاطلاع عليها:

- 1- **حيدر فليح حسن**، في بحثه المنشور في مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، المجلد: 29، العدد 1، 2014م. والموسوم ب(البيع على أساس الثمن المفتوح، دراسة في ضوء قانون التجارة الأمريكي الموحد واتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولية)، فجاء البحث مقتصراً على دراسة عقد البيع والمقارنة بين أحكام قانون التجارة الأمريكي الموحد، واتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولية، دون التطرق لمقارنتها مع الشريعة الإسلامية أو القوانين المحلية.
- 2- **عبد السلام بن محمد الشويعر**، التعاقد بالسعر المتغير، المنشور في مجلة المجمع الفقهي الإسلامي التابعة لرابطة العالم الإسلامي، في الدورة الثانية والعشرين، والمنعقدة في مكة المكرمة، 2015م. تناول الموضوع من الجانب الشرعي، مركزاً على مسألة الغرر بأنها المعيار الأساسي في جواز وعدم جواز إبرام مثل هذه العقود التي يكون فيها المقابل مؤجل الدفع، كلاً أو جزءاً.
- 3- **فهد بن عبد الرحمن اليحيى**، البيع والتأجير بالسعر المتغير، بحث منشور في مجلة المجمع الفقهي الإسلامي المنبثق عن رابطة العالم الإسلامي في الدورة الثانية والعشرين، والمنعقدة في مكة المكرمة، 2015م. اقتصر الباحث النظر في المسألة من الناحية الشرعية، ولعقدي البيع والإيجار فقط. وفرق في الحكم الشرعي بين ما إذا كانت مسألة الأجرة المتغيرة يكون الدائن بها من الأفراد أو الشركات.

وبعد النظر في تلك الدراسات يتبين أن هذا البحث سيعطي قيمة معرفية مضافة إلى تلك الدراسات، فلن يقتصر على عقود البيع والإجارة أو جزئيات منها كما فعلت تلك الدراسات، بل سيذكر أيضاً البيع بالتقسيط والمرابحة بأرائها وأدلتها بالإضافة إلى رأي المقنن الكويتي ومقارنته بالفقه الإسلامي. والمقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الكويتي في هذه المسألة لم تدرس من قبل. وتتأكد أهمية دراستها، من حيث إن الشريعة الإسلامية تعد مصدراً من مصادر التشريع في القانون الكويتي، حيث جاء في المادة الأولى من القانون المدني الكويتي رقم 67 لسنة

1980م.: "تسري النصوص التشريعية على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بمنطوقها أو بمفهومها، فإن لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي وفقاً لأحكام الفقه الإسلامي الأكثر اتفاقاً مع واقع البلاد ومصالحها فإن لم يوجد حكم بمقتضى العرف".

سادساً - نطاق البحث

يقتصر البحث على موضوع البديل النقدي المتغير، و لما كان البديل في عدد من العقود التمويلية التي تعتمد على المؤسسات المالية، ولا سيما الإسلامية هي ثلاثة عقود: البيع والإيجار والمرابحة، فإنه سيتم بيان هذا البديل في كل منها وشروطه من الناحية القانونية والشرعية، ومن ثمّ التطرق لآراء الباحثين المعاصرين في الفقه الإسلامي وموقف المقنن الكويتي.

سابعاً: منهجية البحث

استخدم هذا البحث المنهج الوصفي التحليلي المقارن بما يشمل من مناهج الاستقراء والاستنباط والنقد، حيث استقرى الآراء القانونية والفقهية وناقشها ونقدتها وقارن بينها، واستنبط حكم البديل النقدي المتغير في الفقه الإسلامي.

خامساً: مخطط البحث

تكوّن البحث من مقدمة تضمنت عناصر مقدمة البحث (مقدمة البحث وأهميته، ومشكلته، وأهدافه، ودراساته السابقة، ومنهجه) ومبحثين وخاتمة.

المبحث الأول: الحكم القانوني والشرعي للعقود ذات البديل النقدي المتغير.

المطلب الأول: مفهوم البديل المتغير.

المطلب الثاني: الاتجاه المعارض لجعل البديل النقدي متغيراً.

المطلب الثالث: الاتجاه المؤيد لجواز البديل النقدي المتغير.

المطلب الرابع: الترجيح

المبحث الثاني: صور عقود المعاوضة التي يتم الاتفاق فيها على بدل متغير.

المطلب الأول: البيع بالتقسيط.

المطلب الثاني: الإيجار والمرابحة.

المبحث الأول

الحكم القانوني والشرعي للعقود ذات البديل النقدي المتغير

إن هذه العقود من الناحية القانونية صحيحة وموافقة للشروط التي حددها المقنن الكويتي، لكن لم تظهر تشريعات خاصة تنظم هذه العقود على الرغم من أهميتها الاقتصادية والقانونية، لذا فإن تنظيمها يكون بالرجوع إلى المبادئ العامة في القانون المدني. أما في الفقه الإسلامي فهناك اتجاهان بين الباحثين المعاصرين: فمنهم من أجازها، ومنهم من منعها، ولكل منهم مستنده في ذلك، وقبل الخوض في آراء الفقهاء المؤيدة والمعارضة للبديل النقدي المتغير، ينبغي بيان مفهوم البديل النقدي المتغير، عبر المطالب الآتية:

المطلب الأول

مفهوم البديل النقدي المتغير

البديل لغة: أبدال الشيء بغيره، واستبدال الشيء بغيره أخذه مكانه.¹ و البديل النقدي المتغير: مصطلح تم استحداثه مجازاً لصور العقود المستحدثة التي لم يرد ذكرها في مظان الفقه الإسلامي، ولا في التشريعات القانونية. والبديل النقدي اصطلاحاً: هو المقابل من المبالغ المالية من أي عملة نقدية يأخذه أحد طرفي العقد. عقود المعاوضة: هي العقود التي يأخذ فيها كل واحد من المتعاقدين مقابلاً لما أعطى؛ كالبيع والمرابحة والإيجار. فالبايع يأخذ الثمن ويعطي السلعة، والمشتري يأخذ السلعة ويدفع الثمن. أما البديل النقدي المتغير في عقود المعاوضة: يقصد به المقابل من العملة الذي يحصل عليه المتعاقد نتيجة المعاوضة بين المتعاقدين، و يمكن أن يكون غير محدد عند التعاقد، أو محدد عند التعاقد لكنه متغير عند الأقساط، ويمكن أن يرتبط بمؤشر متفق عليه في الفترات المستقبلية، لكنه في نهاية العقد مجهول للطرفين ويتعذر العلم به لأي منهما عند التعاقد.² وبناء عليه، يمكن أن يكون البديل متغيراً عند الأقساط، لكنه محدد عند التعاقد، مثل أن تكون الأقساط في عقد المرابحة أو البيع أو الإيجار متناقصة أو متزايدة، بموجب اتفاق سابق بتحديد مبلغ كل قسط.

¹ محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي. مختار الصحاح، مكتبة لبنان، 1986م، ص18

² سامي بن إبراهيم السويلم. البيع والتأجير بثمن متغير، بحث منشور في مجلة المجمع الفقهي الإسلامي المنبثق عن رابطة العالم الإسلامي في الدورة الثانية والعشرين، والمنعقدة في مكة المكرمة، 2015م، ص5. بتصرف

وقد يكون الثمن في المربحة أو البيع أو الإيجار متغيراً وغير محدد عند التعاقد، كربط الثمن بمؤشر متغير، بحيث يكون معيار تحديد هامش الربح وفق مؤشر محدد وفقاً لوضع السوق الاقتصادي، أو بموجب مؤشر يبين تكلفة الأموال في السوق، أو استناداً إلى معدل الفائدة في البنوك.¹ حيث جرت معظم المصارف الإسلامية على اعتماد سعر الفائدة المتداول في البنوك الربوية أو معدلات الفائدة التي تحددها هذه البنوك أو البنك المركزي كسعر مرجعي لتحديد هامش الربح لأدوات التمويل والاستثمار الإسلامية.²

المطلب الثاني

الاتجاه المعارض لجعل البديل النقدي متغيراً

لما كان البيع من العقود الفورية التي تتعقد بمجرد صدورها (عند توافر شرائط الانعقاد) وتتسأ عنها آثارها في الحال، لذلك فإن أي اتفاق على زيادة مستقبلية مرتبطة بأي متغير (كثمن المثل، أو المؤشر، أو سعر الفائدة، أو غيره) هو اتفاق على زيادة الثمن الذي أصبح ديناً في ذمة المشتري، وهذا غير جائز؛ لأنه يعدّ من الربا.³

كما منعت المربحة بربح متغير عدّد من الهيئات الشرعية في المؤسسات المالية الإسلامية؛ كالمجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، وندوة ربط الحقوق والالتزامات الأجلة بتغير الأسعار التي نظمها المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، والهيئة الشرعية لبنك البلاد.⁴ مستندين في ذلك إلى ما نص عليه جمهور الفقهاء من اشتراط العلم بالثمن لصحة البيع.⁵

¹ عبد السلام بن محمد الشويعر. التعاقد بالسعر المتغير، بحث منشور في مجلة المجمع الفقهي الإسلامي المنبثق عن رابطة العالم الإسلامي في الدورة الثانية والعشرين، والمنعقدة في مكة المكرمة، 2015م، ص5.

² محمد سهيل الدروبي. ملاحظات في قضية السعر المرجعي، ورقة عمل مقدمة في ندوة العمل المصرفي بين الفائدة والمربحة التي أقامتها جامعة الجنان في طرابلس - لبنان يوم 2009/5/23م. ص1.

³ محمد أمين ابن عابدين، حاشية رد المختار على الدر المختار، مرجع سابق، ج 6، ص403، محمد بن إدريس الشافعي. الأم، دار المعرفة، بيروت، 1990م، ج3، ص27، فهد بن عبد الرحمن يحيى. البيع والتأجير بالسعر المتغير، بحث منشور في مجلة المجمع الفقهي الإسلامي المنبثق عن رابطة العالم الإسلامي في الدورة الثانية والعشرين، والمنعقدة في مكة المكرمة، 2015م، ص42.

⁴ فضل عبد الكريم البشير. مراجعة علمية لكتاب: عقود التمويل المستجدة في المصارف الإسلامية، تأليف: حامد حسن ميرة، مجلة جامعة الملك عبد العزيز: الاقتصاد الإسلامي، م25، عدد 2، 2012م، ص145.

⁵ محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، ط1993م، 13/49، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، دت، 15/3، محمد بن أحمد

وجاء أيضاً المنع في قرار لمجمع الفقه الإسلامي رقم (51) بشأن البيع بالتقسيط ما نصه: " لا يجوز شرعاً في بيع الأجل التنصيص في العقد على فوائد التقسيط، مفصولة عن الثمن الحال، بحيث ترتبط بالأجل، سواء اتفق العاقدان على نسبة الفائدة، أم ربطها بالفائدة السائدة".

ويمكن أن يعتبر القرار الصادر عن مجمع الفقه الإسلامي (رقم 115) بشأن موضوع التضخم وتغير قيمة العملة، والقرار (رقم 42) بشأن الديون بمفهومها أيضاً يمنعان الربط، حيث جاء في القرار رقم 115: "لا يجوز شرعاً الاتفاق عند إبرام العقد على ربط الديون الآجلة بشيء مما يلي: وذكر الربط بسعر الفائدة، ثم علل ذلك بما يترتب على هذا الربط من غرر كثير وجهالة فاحشة، بحيث لا يعرف كل طرف ما له وما عليه، فيختل شرط المعلوماتية المطلوب لصحة العقود. وإذا كانت هذه الأشياء المربوط بها تتحو منحى التصاعد فإنه يترتب على ذلك عدم التماثل بين ما في الذمة وما يطلب أدائه، ومشروط في العقد فهو ربا". وجاء أيضاً في القرار رقم 42 بأنه: "لا يجوز ربط الديون الثابتة في الذمة أياً كان مصدرها بمستوى الأسعار".

ونص على المنع أيضاً المعيار الشرعي رقم (8) من المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية: " يجب أن يكون كل من ثمن السلعة في بيع المرابحة للأمر بالشراء وربحها محددًا ومعلومًا للطرفين عند التوقيع على عقد البيع . ولا يجوز بأي حال أن يترك تحديد الثمن أو الربح لمؤشرات مجهولة أو قابلة للتحديد في المستقبل، وذلك مثل أن يعقد البيع ويجعل الربح معتمداً على مستوى الليبور (LIBOR) الذي سيقع في المستقبل، ولا مانع من ذكر المؤشرات المعروفة في مرحلة الوعد للاستئناس به في تحديد نسبة الربح، على أن يتم تحديد الربح في عقد المرابحة للأمر بالشراء على أساس نسبة معلومة من التكلفة، ولا يبقى الربح مرتبطاً بالليبور أو بالزمن".¹

أولاً: أدلة الاتجاه المعارض للتعاقد بمقابل متغير

استند الباحثون المعاصرون في الفقه الإسلامي لمنع هذا التعاقد إلى عدد من الأدلة، أهمها:

آ - وجود شبهة الربا

يوجد الربا في أمرين: في البيع، وفيما تقرر في الذمة من بيع أو سلف أو غيرها²

الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج، دار الكتب العلمية، ط1994م، 17/2، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المغني ، دار الكتب العلمية، ط 1994م، 4/ 187

¹ المعايير الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية، البحرين، معيار رقم(8) // المرابحة للأمر بالشراء/، ط2010م ص96.

² ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار العقيدة، القاهرة، ط1/2004م، 153/2.

ويشمل الربا زيادة جنس على جنسه في البيع لأجل، أو زيادة جنس على جنس غيره في البيع لأجل¹. وبناء على ذلك فإن التعاقد ببدل متغير تظهر فيه شبهة الربا؛ لأنه ثبت جزء من الدين بالعقد، وأضاف نسبة أخرى متغيرة للتحوط، فاقترن بذلك جهالة الثمن مع التأجيل، وهذا ما يثبت شبهة الربا في التعامل. فآلية الربا واضحة ومحددة في العقد مقدماً، فأحد الأمرين لازم لمن سلك هذا المسلك: إما جواز الربا، أو منع التعاقد على بدل متغير من أصله.²

ويدافع المجيزون بأن الزيادة على البدل النقدي هي ليست مقابل التأخير، بل هي بسبب زيادة معدل الفائدة السائدة بعد التعاقد، فهي ضرر محض على المدين دون أي مقابل ينتفع به³. والحقيقة أن هذه الزيادة التي تنشأ بعد التعاقد تمثل ربا جاهلية الذي يزيد فيه رأس المال مقابل الأجل والتأخير.

ب - عدم جواز الإحالة على سعر السوق

أيد المانعون لهذا التعاقد رأيهم بقول جمهور الفقهاء بعدم جواز البيع بسعر السوق؛ لأن فيه غرراً وجهالة الثمن، وسيأتي بيان رأي جمهور الفقهاء في عدم جواز البيع بسعر السوق.⁴

ج - مخالفة هذا التعاقد للمقاصد الجزئية للبيوع

يخالف هذا النوع من العقود المقاصد الجزئية للبيوع، حيث إنه يبني على التمييز بين أصل المال والربح، والتغير يطال الربح فقط، دون أصل المال، ويكون التغير في الثمن المتبقي دون أن يشمل ما تم سداده من قبل، والفقهاء الإسلامي لا يفرق بين الدين الثابت في الذمة والربح، بل يعده كتلة واحدة، ويثبت في الذمة جملة واحدة، ومما يؤيد ذلك قرار مجمع الفقه الإسلامي بشأن بيع التقسيط. حيث جاء فيه: "لا يجوز شرعاً في بيع الأجل: التنصيص في العقد على فوائد التقسيط مفصولة عن الثمن الحال، بحيث ترتبط بالأجل، سواء اتفق المتعاقدان على نسبة الفائدة، أم ربطها بالفائدة السائدة".⁵

¹ محمد بكر إسماعيل. الفقه الواضح من الكتاب والسنة على المذاهب الأربعة، دار المنار، مصر، 1997م، ج3، ص42.

² سامي بن إبراهيم السويلم. البيع والتأجير بثمن متغير، مرجع سابق، ص18.

³ سامي بن إبراهيم السويلم. البيع والتأجير بثمن متغير، مرجع سابق، ص15.

⁴ ينظر فقرة البيع بما ينقطع به السعر في ما سيأتي من هذا البحث.

⁵ مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة (17-23) شعبان/1410هـ، 14-20 آذار 1990.

د - وجود الغرر

الغرر هو الخطر أو عدم التأكد، أو الجهالة في العقود، وهو اسم من التغيير¹، وعرفه الكاساني: "الخطر الذي استوى فيه طرف الوجود والعدم بمنزلة الشك"²، وعرفه القرافي: "هو الذي لا يدري هل يحصل أم لا"³، وعرفه الصديق الضرير⁴: "وهو تعريض المرء نفسه أو ماله للهلاك من غير أن يعرف". والغرر هو ما لا يعرف عواقبه في عقود المعاوضات⁵.

يرى المانعون لهذا التعاقد أن التعاقد مقابل بدل متغير فيه غرر، وهذا الغرر فاحش، والغرر في التشريع الإسلامي محرم إذا كان كثيراً فاحشاً، أما إذا كان الغرر يسيراً فإنه معفو عنه بالإجماع⁶ ولكي يكون الغرر يسيراً معفوفاً عنه يجب أن يتوافر فيه الشروط الآتية⁷:

1- أن يكون الغرر غير مقصود، إذا لم يقصد المتعاقدين الغرر لذاته، بل تبعاً لغيره، فالتعاقد صحيح، أما إذا كانت غاية المتعاقدين أو أحدهما الغرر بحد ذاته، فذلك يحرم التعاقد ويبطله⁸.

2- أن يكون الغرر قليلاً.

3- أن يشق تمييز الغرر عن المبيع ويعسر تجنبه .

فإذا كان بالإمكان اجتناب الغرر بدون أي ضرر لا معنوي ولا مادي لأي جهة، فإنه غير معفو عنه، لكن إذا عسر اجتنابه في العقود فإن الشرع يسمح في تحمله¹.

¹ جمال الدين محمد بن مكرم الأنصاري (ابن منظور). لسان العرب، الجزء الخامس، الدار المصرية للتأليف والترجمة، بدون تاريخ طبع، ص137.

² علاء الدين الكاساني. بدائع الصنائع، مصر، مطبعة الجمالية، 1910م، ج5، ص263.

³ أحمد بن إدريس القرافي، الفروق، الطبعة الأولى، بيروت، دار الكتب العلمية، بيروت، 1998م، 265/3.

⁴ صديق الضرير. الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، سلسلة صالح كامل للرسائل الجامعية في الاقتصاد الإسلامي، 1410هـ، ص98.

⁵ عبد الرحيم عبد الحميد الساعاتي. إدارة الغرر في التأمين التعاوني، بحث منشور في مجلة جامعة الملك عبد العزيز، الاقتصاد الإسلامي، مجلد23، العدد2، 2010م، ص85.

⁶ محي الدين يحيى بن شرف النووي. المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ج5، ص296، أحمد بن إدريس القرافي، الفروق، مرجع سابق، 265/3.

⁷ محي الدين يحيى بن شرف النووي. المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، المرجع السابق. أحمد بن إدريس القرافي، 265/3-266.

⁸ عبد السلام بن محمد الشويعر. التعاقد بالسعر المتغير، مرجع سابق، ص7.

و تمثل هذه الجزئية المتعلقة بالغرر موضع خلاف بين المجيزين والمانعين لهذا التعاقد. فمن حرم التعاقد مقابل بدل متغير، اعتبر الغرر فيه فاحشاً وغير متسامح فيه، و الذين أجازوه رأوا أن هذا الغرر يسير ومتسامح فيه.²

والغرر من الناحية القانونية لا يعد سبباً لإبطال العقد حتى لو كان فاحشاً ما دام لم يقترن بتدليس أو إكراه أو استغلال أو نتيجة غلط وقع به المتعاقد، فلكي يكون الغرر مؤثراً على التعاقد وسبباً للإبطال يجب أن يكون مرافقاً لواحدة مما ذكر، فقد جاء في نص المادة 162 من القانون المدني الكويتي على أنه: "الغبن الذي لا يكون نتيجة غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال لا يكون له تأثير على العقد، إلا في الأحوال الخاصة التي يصرح بها القانون".

ثانياً: موقف الفقه القانوني المعارض للتعاقد ببدل متغير

ظهر اتجاه قانوني مناهض للتعاقد ببدل متغير، وظهر هذا الاتجاه بمعارضة بعض الدول في اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولية سنة 1980م. حيث تسعى هذه الاتفاقية بوضع نصوص موحدة لعقود البيع الدولية، وقد عللوا معارضتهم للتعاقد بسعر متغير، لأسباب عدة أهمها:

1- إن ترك الثمن مفتوحاً في عقد البيع سيؤثر في الخطط الموضوعة من قبل الحكومة للاقتصاد الكلي للبلاد.

2- إن ترك الثمن مفتوحاً في عقد البيع سوف يؤثر في مصالح الدول النامية نتيجة لشروط التبادل التجاري غير الملائمة بالنسبة لأسعار المواد الخام في مقابل الأسعار المتزايدة للمواد المصنعة.

3- إن القوانين المدنية في العديد من الدول تنتظر بريبة إلى عقود البيع على أساس الثمن المفتوح.³

¹ أبو محمد عز الدين بن عبد السلام. قواعد الأحكام في مصالح الأنعام، مطبعة دار الكتب العلمية، بيروت، 1991م،، علاء الدين الكاساني. بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج2، ص76.

² يقول الإمام النووي في ذلك: "قد يختلف العلماء في بعض المسائل، ويكون اختلافهم مبنياً على مقدار الغرر، وتقديره، فبعضهم يرى الغرر يسيراً لا يؤثر، وبعضهم يراه مؤثراً". محي الدين بن شرف النووي. المجموع شرح المهذب، المهذب، مكتبة دار الفكر، 2010م،، ج9، ص258.

³ حيدر فليح حسن، البيع على أساس الثمن المفتوح، دراسة في ضوء قانون التجارة الأمريكي الموحد واتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولية، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، المجلد:29، العدد 1، 2014م،، ص15.

لكن بالنظر للحجج التي استند إليها الفقه القانوني المعارض نرى أنها لا تستند إلى مستند قانوني واضح، يمنع التعاقد بسعر متغير، لكنها تنظر بشكل عام إلى مصلحة الدولة الاقتصادية، وخاصة عند الدخول بعقود دولية، ذات مبالغ باهظة تؤثر على ميزانية الدولة، فمنظور الاتجاه المعارض هو من منظور سياسي اقتصادي، وليس من منظور قانوني وتجاري.

المطلب الثالث

الاتجاه المؤيد لجواز البديل النقدي المتغير

يعد التعاقد مقابل بدل متغير من الصور المستحدثة للتعاقد، والأصل في التعاقد الحل والصحة، إلا إذا أدت إلى ربا أو غرر¹، وبناء على ذلك رأى المؤيدون جواز المرابحة بربح متغير إذا توافرت الضوابط الآتية:

- استجماع شروط صحة عقود المرابحة.
- اشتمال العقد على بيان آلية تحديد أقساط الثمن، وأجال حلولها بشكل واضح ينفي عنها الجهالة.
- أن يحدد المتعاقدان في مجلس العقد معياراً أو مؤشراً منضبطاً لا يستقل العاقدان بعلمه، ولا يتطرق النزاع بينهما في تحديده، يكون هو المرجع في تحديد أقساط الثمن المؤجلة.
- اتفاق المتعاقدين عند التعاقد على سقف أعلى وسقف أدنى لمقدار التذبذب المقبول في أقساط الثمن الآجل.
- إذا تحدد مقدار أي قسط من أقساط الثمن الآجل، ثم حل أجله فلا يجوز أن تفرض على المدين زيادة في الدين نظير التأجيل، أو التأخر في السداد، سواء أكانت تلك الزيادة مبلغاً ثابتاً أم متغيراً، وسواء أكان منصوصاً عليها في العقد أم اتفق الطرفان عليها لاحقاً.²

أولاً: أدلة هذا الاتجاه المؤيد للتعاقد ببديل متغير

استند أرباب هذا الاتجاه المجيز للتعاقد ببديل متغير لعدد من الأدلة، أهمها:

¹ محمد مصطفى الزحيلي. القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، دار الفكر، الطبعة الأولى، دمشق، 2006م، ج2، ص833.

² فهد بن عبد الرحمن اليحيى. البيع والتأجير بالسعر المتغير، مرجع سابق، ص10. ينظر: فضل عبد الكريم البشير. مراجعة علمية لكتاب: عقود التمويل المستجدة في المصارف الإسلامية، مرجع سابق، ص145.

آ - القياس

قاس هؤلاء هذا التعاقد على بعض البيوع وصورها الجائزة في الفقه الإسلامي وهي: البيع بما باع فلان، البيع بسعر المثل، أو بما ينقطع به السعر، الذي أجازته الإمام أحمد في رواية وابن تيمية وابن القيم. والبيع بشرط النفقة مدة معلومة، الذي أجازته الحنابلة، والجهالة فيه أكبر من المرابحة يربح متغير إذ الجهالة في الربح فقط ابتداء. ومثل بيع الاستجرار الذي أجازته بعض فقهاء الحنفية وهو مأخوذ من قولهم استجر المال، إذا أخذه شيئاً فشيئاً بدون اتفاق مسبق على الثمن، كما ذكره ابن عابدين في حاشيته: ((ما يستجره الإنسان من البياح إذا حاسبه على أثمانها بعد استهلاكها، جاز استحساناً)).¹

ويمكن القول إن هذا القياس قياس مع الفارق؛ لأن ما ذكر من صور البيوع، الجهالة فيه واضحة.

ب - الحاجة إلى التعاقد في بعض العقود

نظراً لتقلبات سعر الفائدة في السوق فقد ظهرت الحاجة إلى التعاقد ببدل متغير، لتحقيق الفائدة المحاسبية لتوحيد طرق مصادر الأموال للبنك، وطرق استخدامها في كيفية تقدير الربحية، وكذلك للحد من مخاطر سعر الفائدة لاحتمال تغيره في السوق، بسبب التضخم المفاجئ التي تؤدي إلى ارتفاع كبير في أسعار الفائدة.

ولكن ما يؤخذ على ذلك هو أن كلا من الفائدة المحاسبية، والحد من مخاطر سعر الفائدة لمصلحة المصرف المقرض وحده.²

ثم إن قولهم إن هناك حاجة ومصلحة للتعاقد ببدل متغير لغرض توحيد طرق مصادر الأموال للمصارف، لا يستقيم؛ لأن هذه تدخل ضمن الحاجات والمصالح الملغاة؛ لأن المشرع ألغى كل المصالح التي صادمت النصوص الشرعية؛ فتلغى هذه المصلحة لأن فيها غرراً فاحشاً.

ج- الرضا بالجهالة غير المفضية للمنازعة

ويستند بعض الباحثين في جواز هذه العقود إلى تفسير وتعليل بعض الفقهاء الذين يرون أن جهالة الأجرة لا تمنع صحة العقد لعينها بل لإفضائها إلى المنازعة، لذلك يقولون "إذا لم يفض جهالة البديل النقدي إلى النزاع فإن العقد صحيح، حتى لو كان البديل النقدي مجهولاً".³

¹ محمد أمين بن عابدين. رد المحتار على الدر المختار، مرجع سابق، ج4، ص516.

² عبد السلام بن محمد الشويعر. التعاقد بالسعر المتغير، مرجع سابق، ص11.

³ وليد بن هادي. أصول ضبط المعاملات المعاصرة، بدون ذكر دار النشر، 2011م، ص59.

ويلاحظ على هذا الرأي أن فهمهم يتعلق بعلّة المنع من هذه العقود، وهي الجهالة المفضية للمنازعة، لذلك ما دامت هذه الجهالة غير مفضية للمنازعة فينبغي جواز العقود التي استحكمت فيها الجهالة. فنقول ليس هذا التعليل مراد الفقهاء؛ لأنّ علّة المنع هي الجهالة الفاحشة، ثم ربطوا الفحش بالمنازعة غالباً، فالمنازعة هي الحكمة من المنع وليست العلة. وعليه فهل يمكن القول بجواز العقد الذي كان محله (مبيعاً أو ثمناً) فيه جهالة فاحشة تراضى عليها الطرفان؛ كما لو باعه أحد الثوبين، أو باعه بأحد الثمنين من دون تحديد؟ هذا لم يقل به أحد من الفقهاء. ثم إن الفقهاء اتفقوا على أن الجهالة الفاحشة تفسد العقد ولو تراضى الطرفان، وأجمعوا على فساد البيع إذا كان الثمن مجهولاً.¹

المطلب الرابع

الترجيح

بعد عرض أهم الأدلة التي استند إليها المؤيدون والمانعون للتعاقد ببدل متغير، ومناقشتها يظهر أن هذا التعاقد أجازته المقنن الكويتي، ولو افترضنا الغبن فيه، لأن الغبن لا يكون مؤثراً في العقد إلا إذا رافقه غلط أو إكراه أو تدليس أو استغلال لدى المقنن الكويتي. أما من الناحية الفقهية الشرعية فإنه لا يجوز التعاقد ببدل متغير إلا إذا انتفى الغرر والجهالة الفاحشة، واشتمل العقد على تحديد واضح لأقسام البدل وأجالها؛ لأن الجهالة في البدل المتغير فاحشة، ويفسد العقد بوجودها، ولا عبرة بتراضي الطرفين عليها بحجة أنها لا تفضي للمنازعة؛ لأن الرضا معتبر في العقد إذا كان في الأصل مشروعاً أو مباحاً، أما إذا كان في العقد شبهة ربا وغرر كثير وجهالة فاحشة كما في البدل المتغير - فإن الرضا غير معتبر؛ لأن الرضا لا يحل الحرام. ثم إن الغرر في البدل المتغير كثير غير مغتفر، وأن المصلحة المزعومة لجواز هذا التعاقد تعدّ مصلحة ملغاة وغير معتبرة شرعاً؛ لأن المشرع ألغاهما عندما صادمت نصوصاً شرعية تحرم الربا وتنهى عن الغرر.

¹ أبو الحسن ابن القطان. الإقناع في مسائل الإجماع، تحقيق: حسن فوزي الصعيدي، مطبعة الفاروق الحديثة، مصر، 2004م، ج2، ص236.

المبحث الثاني

صور عقود المعاوضة التي يتم الاتفاق فيها على بدل متغير

بدأت في الثمانينات من القرن الماضي المؤسسات المالية في الولايات المتحدة الأمريكية تقدم قروض السكن بفائدة متغيرة، ترتفع هذه الفائدة بارتفاع فائدة الاحتياطي الفيدرالي، والتي تعد المؤشر لمعدلات الفائدة في السوق، لذا فارتفاعها يؤثر في القسط التي يسدده العميل، فأصبح معدل الفائدة يرتفع تدريجياً حتى وصل في سنة 2006م. إلى 5%، مما أدى إلى عجز كثير من العملاء عن السداد، والعجز عن السداد يعني الإفلاس، ومن ثمّ تلجأ المؤسسة المالية المقرضة إلى الحجز على العقار وبيعه لسداد الدين، وهذا بدوره أدى إلى تراجع لأسعار العقارات أيضاً، وكل ذلك كان سبباً في تأجيج أزمة اقتصادية في الولايات المتحدة الأمريكية.⁽¹⁾

بالإضافة إلى أن المؤسسات المالية الإسلامية المعاصرة أدركت هذه السلبية في التمويل ولا سيما التمويل طويل الأجل، فبدأت بتضمين عقودها التمويلية؛ كالبيع والإجارة بأنواعها والمرابحة شروطاً تسمح لها بمراجعة دورية للأقساط المفروضة على العميل، وتعديلها بما يتناسب مع نسبة انخفاض قيمة العملة المحلية، وكان لفقهاء الشريعة الإسلامية آراء متعددة، مستندة إلى أدلة مختلفة .

وستتناول في هذا البحث كلا من عقود البيع والإيجار والمرابحة، باعتبارها أكثر العقود استخداماً لعمليات التمويل طويل الأجل، ومن الممكن أن يكون بها المقابل النقدي متغيراً.

وسنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، في المطلب الأول نتناول به البيع بالتقسيط، وفي المطلب الثاني نتناول به عقدي الإيجار والمرابحة، وسيكون بحث هذه العقود مقتصرًا قدر الإمكان على الجوانب المتعلقة بالموضوع الأساس في البحث ألا وهو البديل المتغير.

المطلب الأول

البيع بالتقسيط

في هذا المطلب سنتطرق للبيع بالتقسيط، والتركيز على الأقساط المتوجب دفعها، وماهيتها وشروطها.

فقد عرف البيع بالتقسيط لدى الفقه القانوني بأنه: "أحد ضروب البيع الائتماني الذي يشترط فيه أن يكون سداد الثمن على أجزاء متساوية، ومنظمة خلال مدة معقولة من الزمن".⁽²⁾ كذلك عرف فقهاء

¹ نقلاً عن: سامي بن إبراهيم السويلم. البيع والتأجير بثمن متغير، مرجع سابق، ص 6-7.

² إبراهيم الدسوقي أبو الليل، البيع بالتقسيط والبيع الائتمانيّة الأخرى، الطبعة الأولى، جامعة الكويت، الكويت 1984م، ص 19.

الشريعة الإسلامية البيع بالتقسيط بأنه: "عقد على مبيع حال بثمن مؤجل كله أو بعضه يُؤدى مفرقاً على أجزاء معلومة في أوقات معلومة".¹

يلاحظ أن التعريف القانوني يتفق مع التعريف الشرعي للبيع بالتقسيط في وجود عنصر التأجيل في دفع الثمن، وفي كون الثمن على دفعات، إلا أن التعريف القانوني أضاف بعض القيود والشروط التي لم ترد في المعنى الشرعي منها:

- اشترط تساوي المقادير التي يلتزم بها المشتري للبائع في كل دفعة.
- اشترط أن يكون الانتهاء من سداد الثمن الكامل للسلعة في مدة زمنية معقولة.
- اشترط أن يبدأ دفع أول الأقساط بعد قبض المشتري للسلعة.²

والبيع بالسعر المتغير لا يمكن تصوره إلا في البيع بالتقسيط، فالبيع بثمن حال لا يمكن تصوره بسعر متغير؛ لأن الفائدة المترتبة على التأخير عن الدفع في الموعد المحدد تعدّ من باب الربا في الفقه الإسلامي، والقانون المدني الكويتي حيث نصت المادة 305 من القانون المدني الكويتي على ما يلي: " يقع باطلاً كل اتفاق على تقاضي فوائد مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود أو مقابل التأخير في الوفاء بالالتزام به". لكن ممكن أن يترتب تعويض على المدين بالدفع في حال التأخير عن السداد في الميعاد المتفق عليه، و ما نص عليه المقنن الكويتي في المادة 306 من القانون المدني على أنه: " إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود ، ولم يقر المدين بالوفاء به بعد اعذاره ، مع قدرته على الوفاء ، وأثبت الدائن أنه قد لحقه بسبب ذلك ضرر غير مألوف ، جاز للمحكمة أن تحكم على المدين بتعويض تراعي فيه مقتضيات العدالة".

أولاً: الثمن

يعد الثمن عنصراً جوهرياً من عناصر عقد البيع، وخلو أي عقد بيع من الثمن أو جهالته يعد هذا العقد باطلاً، ولا يترتب أي أثر قانوني، فقد جاء في قرار لمحكمة النقض الفرنسية بأن: "الالتزام الرئيسي للمشتري دائماً هو دفع الثمن، ويترتب على ذلك تلقائياً أن غياب الثمن النقدي يعني استبعاد وصف البيع عن العقد".³

¹ خالد الحافي، الإجارة المنتهية بالتملك في ضوء الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض 1999م، ص62.

² محمد إبراهيم، حكم بيع التقسيط في الشريعة والقانون، مكتبة الرسالة الحديثة، عمان 1987م، ص 14.

³ أحمد محمد الرفاعي. القانون المدني (العقود المدنية: البيع والإيجار)، نقلاً عن <http://olc.bu.edu.eg/olc/images/311.pdf> ، تاريخ الإفادة: 2017/9/10م، ص9.

لكن ذهب المقنن الكويتي إلى أنه ليس بالضرورة عدم ذكر الثمن في العقد يؤدي إلى بطلانه إذا تبين من الاتفاق أو الظروف قصد المتعاقدين التعامل بالسعر المتداول بينهما أو بسعر السوق، حيث نصت المادة رقم 460 من القانون المدني الكويتي أنه: "لا يترتب على عدم ذكر الثمن بطلان البيع، إذا تبين من الاتفاق أو الظروف قصد المتعاقدين التعامل بالسعر المتداول بينهما، أو بسعر السوق".

والثمن هو الالتزام الرئيس للمشتري فإنه يعد المحل الثاني في عقد البيع، وشروط الثمن كونه نقدياً، وحقلياً وجدياً ليس تافهاً، ومعيناً أو قابلاً للتعيين.

والثمن المقسط هو ما اشترط أدائه أجزاء معلومة في أوقات معينة.¹ وهذه الشروط التي سيتم التطرق لها يجب أن تنطبق على الثمن سواء أكان الثمن حالاً أم مقسطاً.

ثانياً: الشروط الواجب توافرها في الثمن:

ليكون الثمن صحيحاً من الناحية القانونية يجب أن يتوافر فيه شروط عدة، أهمها:

1 - أن يكون الثمن نقداً

اشترط المقنن الكويتي في الثمن أن يكون نقدياً، حيث عرف عقد البيع بأنه: "عقد على تملك شيء أو نقل حق مالي آخر لقاء عوض نقدي".²

وهذا ما يميز عقد البيع من غيره من العقود؛ كعقود التبرع والمقايضة، فإذا تم الاتفاق بين طرفي العقد على نقل ملكية شيء مقابل عوض آخر غير النقود، فإن العقد لا يكون بيعاً.

ويستوي أن يكون الوفاء بالثمن دفعة واحدة، أو مقسطاً، ولا يغني عن النقود شيء آخر في الثمن حتى لو كان هذا الشيء من المثليات، وإن سهلت معرفة ما يعادلها من النقود بالرجوع إلى سعرها في البورصة.³

2 - يجب أن يكون الثمن جدياً

الثمن الجدي هو الثمن الحقيقي المراد به مقابل للسلعة، والذي تتجه إليه إرادة المتعاقدين فإذا كان تافهاً لا ينعقد البيع.

3 - يجب أن يكون الثمن مقدراً أو قابلاً للتقدير

¹ محمد الإبراهيم، حكم بيع التقسيط في الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص 13.

² المادة 455 من القانون المدني الكويتي رقم 67 سنة 1980م.

³ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الطبعة الثانية الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 1998م، ج4، ص462-463.

فيجب أن يعين الطرفان الثمن تعييناً كافياً لا يدع مجالاً للمنازعة في مقداره مستقبلاً، وقد يكتفي الطرفان في التقدير بوضع الأسس التي يتم بمقتضاها تقدير الثمن. حيث نصت المادة 459 من القانون المدني الكويتي على أنه: "يجوز ان يقتصر في تقدير الثمن على بيان أسس صالحة لتقديره ، وإذا ترك تقدير الثمن لأجنبي عن العقد فلا يعقد العقد إلا إذا رضي المتعاقدان بهذا التقدير وعند الخلاف يعتد بسعر المثل".

ثالثاً: تحديد الثمن بسعر السوق

نصت المادة 460 من القانون المدني الكويتي على أنه: " لا يترتب على عدم ذكر الثمن بطلان البيع ، إذا تبين من الاتفاق أو الظروف قصد المتعاقدين التعامل بالسعر المتداول بينهما ، أو بسعر السوق".

نستنتج من المادة السابقة أنه يجوز لطرفي العقد الاتفاق على جعل الثمن هو سعر السوق في زمان ومكان معين، لكن إذا اتفق الطرفان على جعل الثمن هو سعر السوق دون تحديد لزمانه ومكانه، فهل نعتد بسعر السوق في مكان البيع أو مكان وجود البضاعة، أو في مكان التسليم.

حدد المقتن الكويتي في المادة 460 فقرة 2 بيان زمان ومكان سعر السوق في حال عدم تحديده من قبل طرفي العقد، فنص على أنه: "يكون سعر السوق في زمان البيع ومكانه هو المعتبر ، فإذا لم يكن في مكان البيع سوق ، اعتبر المكان الذي يقضي العرف بأن تكون أسعاره سارية ، وذلك كله ما لم يتفق على غيره".

ووفقاً لمنطوق المادة السابقة فإن هذه الأحكام تكميلية يجوز للأطراف الاستهداء بها أو الاتفاق على مخالفتها.

وكذلك نصت اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولية في المادة 55 على ما يلي: " إذا انعقد العقد بشكل صحيح دون أن يتضمن صراحة أو ضمناً تحديد ثمن البضائع والأسس التي يمكن في ضوءها تحديده، يعتبر أن الطرفين قد أحالا ضمناً في حالة عدم وجود ما يخالف ذلك إلى الثمن السائد وقت إبرام العقد بالنسبة لنفس البضائع المبيعة، وفي ظروف مماثلة، وفي نفس النوع من التجارة".¹

وأما في الفقه الإسلامي فالأصل أن يتم تحديد ثمن السلعة والتصريح به وتسميته بالاتفاق بين المتعاقدين عند إبرام العقد، لكن لو تم الاتفاق بين المتعاقدين على أن يكون سعر السلعة هو ما يحدده السوق في المستقبل فإن جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة لا يجيزون

1 نقلاً عن: حيدر فليح حسن، البيع على أساس الثمن المفتوح، دراسة في ضوء قانون التجارة الأمريكي الموحد واتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولية، مرجع سابق، ص 15-16.

بيع السلعة بسعر السوق، سواء أكان سعر السوق وقت البيع أم سعر السوق مستقبلاً¹؛ لأنه في الحالتين يكون الثمن مجهولاً²، ومن المعلوم أن معلومية المبيع (السلعة والثمن) شرط لانعقاد العقد عند الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة، ومن ثمَّ إذا لم يكن الثمن معلوماً فإن العقد باطل عندهم ، أما الحنفية فجعلوا جهالة معلومية الثمن من شروط صحة العقد، فإذا كان الثمن مجهولاً فإن العقد فاسد عندهم³ ، بينما أجاز شيخ الإسلام ابن تيمية وابن القيم البيع بسعر السوق⁴ .

رابعاً: تحديد الثمن من قبل طرفي العقد

من الممكن أن يتفق طرفا العقد على تأجيل تحديد الثمن في وقت لاحق، ويكون بالاتفاق، فالقانون الأمريكي الخاص بالبيع أجاز أن يكون الثمن مفتوحاً ليحدد من قبل الأطراف في وقت لاحق، وحتى إذا فشلوا في الاتفاق على تحديد الثمن لا يجعل العقد باطلاً⁵. وقد أجاز المقنن الكويتي تأجيل تحديد الثمن إلى وقت لاحق، فقد نصت المادة 460 من القانون المدني الكويتي على أنه: " لا يترتب على عدم ذكر الثمن بطلان البيع ، إذا تبين من الاتفاق أو الظروف قصد المتعاقدين التعامل بالسعر المتداول بينهما ، أو بسعر السوق".

وقد أجازت اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولية تفرد البائع بتحديد الثمن في المستقبل في حالة واحدة، هي إذا لم يتم تحديده من قبل طرفي العقد عند التعاقد، واتفقوا على أن يكون الثمن هو سعر السوق،

1 الفرق بين سعر السوق في العقود الآجلة والعاجلة، السعر والمثمن في العقود الآجلة يكون مؤجلاً، وهذا غير جائز ، أما في العقود العاجلة فإن الثمن يكون حالاً، يتم تسلمه في الحال أو بعد مدة محددة، فلا جهالة فيه، وهذا يجوز إذا لم يكن هناك محظورات شرعية أخرى.

2 محمد أمين بن عابدين. رد المختار على الدر المختار، مرجع سابق، ج4، ص529. محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، 13 / 49، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، 14/3-15 ، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج، مرجع سابق، 16-17 / 2 ، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة. المغني ، مرجع سابق، 4/187. شرف الدين موسى بن أحمد الحجاوي،، دار هجر، القاهرة، ط1/1997، تحقيق: د. عبدالله التركي، 2/166.

3 المراجع السابقة.

3 مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي. مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، المكتب الإسلامي، ط2، 14/1994، 23، محمد بن أبي بكر ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين تحقيق، محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت ط1 - 1991، 5 / 4

⁵ حيدر فليح حسن، البيع على أساس الثمن المفتوح، دراسة في ضوء قانون التجارة الأمريكي الموحد واتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولية، مرجع سابق، ص15.

لكن إذا كان البائع هو المتقرد الوحيد بتوريد البضاعة، كشركة مخترعة لدواء جديد، بشرط أن يكون الثمن معقولاً.¹

خامساً: تحديد الثمن بواسطة شخص من الغير

نصت المادة 459 من القانون المدني الكويتي على أنه: "يجوز ان يقتصر في تقدير الثمن على بيان أسس صالحة لتقديره ، وإذا ترك تقدير الثمن لأجنبي عن العقد فلا ينعقد العقد إلا إذا رضي المتعاقدان بهذا التقدير وعند الخلاف يعتد بسعر المثل".

فأجاز المقنن ترك تحديد الثمن لأجنبي عن العقد، وما يقدره الأجنبي ثمناً للبيع ملزم لكل من طرفي العقد، فهو وكيل عنهما في ذلك، ويسري تقديره في حقهما، والبيع يعتبر قد تم لا من وقت تقدير المفوض للثمن، بل وقت اتفاق المتعاقدين على المفوض، ففي هذا الوقت كان البيع مستكماً لجميع عناصره، ومنها الثمن إذا كان قابلاً للتقدير، ويعد تقدير المفوض للثمن بمثابة شرط واقف لانعقاد البيع.²

1 حيدر فليح حسن، المرجع السابق، ص 9-16.

2 عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، ج 4، ص 479.

سادساً: فوائد التأخير عن دفع الثمن¹

إذا اتفق المتعاقدان عند إبرام العقد على أنه تترتب فوائد تأخير على المشتري إذا أخل بالتزامه في دفع الثمن في الميعاد المحدد، فهل يستحق البائع فوائد عن التأخير في دفع الثمن نصت تشريعات عدة على استحقاق البائع لفوائد التأخير عن الدفع²، وقد نهج المقنن الكويت نهجاً مختلفاً عن تلكم القوانين وذلك بموافقة الفقه الإسلامي في ذلك، فلم يمنح فوائد تأخيرية عن التأخير في دفع الثمن، ولم يرد في القانون المدني ما يشير إلى ذلك. لكنه أشار إلى موضوع التعويض في حال التأخير عن تنفيذ الالتزام، فنص في المادة 297 من القانون المدني على أنه لا يستحق المدين التعويض إلا بعد إضرار المدين، ما لم يقض الاتفاق أو ينص القانون على غير ذلك.

هذا بالنسبة للديون المدنية، أما بالنسبة للديون التجارية فقد أقر المقنن الكويتي بالفائدة التأخيرية، تماشياً مع المبادئ التجارية المعاصرة التي ترى بأن إبقاء رأس المال راکداً ينقص من قيمته الشرائية مع الزمن، أما تحريكه فيساعد على زيادته. وامتناع المدين عن الوفاء بالدين التجاري هو جعل رأس المال راکداً، وهذا بدوره ينقص من قيمته الشرائية، فقد نصت المادة 110 من قانون التجاري الكويتي رقم 68 لسنة 1980م. على أنه: "إذا كان محل الالتزام التجاري مبلغاً من النقود وكان معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام وتأخر المدين في الوفاء به، كان ملزماً أن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخير فوائد قانونية قدرها سبعة في المائة".

وعلى الرغم من ذلك فإن ما ذهب إليه المقنن الكويتي في القانون المدني بتقرير التعويض بدلاً من الفائدة الربوية، وترك تحديده للقاضي حسب مقدار الضرر، أمر حسن، وحبذا لو نص المقنن في القانون التجاري على ترك تحديد التعويض للقاضي حسب مقدار الضرر، دون تحديد نسبة معينة.

1 قد يقال: إنه لا علاقة للبدل النقدي بفوائد التأخير عن دفع الثمن؛ لأن هذه الجزئية (فوائد التأخير) من البحث تتعلق بتنفيذ العقد لا بإبرامه. لكن تبدو العلاقة واضحة إذا تم النص على فوائد التأخير أثناء إبرام العقد، وحينئذ تصبح جزءاً من العقد، ولذلك تكررت هنا في البحث.

2 كما هو الحال في القانون المصري والقانون السوري والقانون العراقي، فقد نص المشرع السوري في المادة 426 من القانون المدني على أنه: "لا حق للبائع في الفوائد القانونية عن الثمن، إلا إذا أعذر المشتري، أو إذا سلم الشيء المبيع وكان هذا الشيء قابلاً أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى. هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره". وكذلك نص المشرع المصري رقم (131) لسنة 1948م. في المادة 458 على ذات المضمون. وهذا ما نص عليه المشرع العراقي أيضاً في المادة 572 من القانون المدني.

سابعاً: البيع بما ينقطع به السعر

اتفق جمهور فقهاء المذاهب من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة في المعتمد عندهم على أنه يشترط لصحة العقد معرفة الثمن وعدم جهالته في عقد البيع حال العقد أو قبله، ولا يجوز البيع بثمن مجهول غير معروف جنسه ولا وصفته ولا مقداره¹، وبناء عليه لا يصح البيع عندهم بما ينقطع عليه السعر في السوق في يوم معين أو في فترة محددة. لكن هناك رواية أخرى عن الإمام أحمد بن حنبل صحح فيها البيع بسعر السوق، واختار شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم هذه الرواية²، و بناء عليها أجازا البيع بما ينقطع عليه السعر في المستقبل، وبنوا هذا الجواز على أدلة عدة منها³:

- 1- تعارف الناس وتعاملهم بهذا البيع في كل زمان ومكان، ولا تقوم مصالحهم إلا به.
- 2- لا يوجد في كتاب الله ولا في سنة رسوله ولا إجماع الأمة ولا القياس ما يمنع من هذا البيع.
- 3- هناك قياس صحيح يمكن الاستناد إليه، وهو قياس البيع بسعر السوق على البيع بثمن المثل.

- 4- أن هناك فروعاً فقهية لم يحدد فيها الثمن وقت العقد بل بعده بزمن وهي جائزة؛ كما في عقد الإجارة بأجرة المثل؛ كالخياط والغسال والخباز.

¹ محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، 49/13، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، 15/3، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مرجع سابق، 17/2، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة. المغني، مرجع سابق، 4/187

² محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج. الفروع ومعه تصحيح الفروع، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، 2003م، ج4، ص179، مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، مرجع سابق، 14/23، محمد بن أبي بكر ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، مرجع سابق، ج5/4.

3 أحمد بن عبد الحكيم بن عبد السلام (ابن تيمية)، نظرية العقد، مركز الكتاب للنشر، مصر الجديدة، د.ت. ص204، ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، مرجع سابق، ج5/4. وينظر: محمد بن أبي بكر ابن قيم الجوزية أيضاً، بدائع الفوائد، دار الكتاب العربي، بيروت، د.ت، ج4/51، 103. بتصرف والمراجع السابقة.

المطلب الثاني الإيجار والمرابحة

يعد الإيجار والمرابحة من العقود التي تعتمد عليها المؤسسات المالية في عمليات التمويل التي تقوم بها، وللايجار الذي يعتمد عليه في التمويل صور عدة، منها التأجير التمويلي، والإجارة المنتهية بالتملك، والبيع الإيجاري، وغيرها، فلا حاجة للتطرق إلى هذه الصور، وكذلك المرابحة لها صور متعددة، ولها شروط عدة، فالبحث سيركز فقط على الأقسام التي يتم دفعها، مع التطرق بشكل مبسط لبعض المسائل الأخرى ذات الصلة في موضوع البحث.

أولاً: الإيجار بأجرة متغيرة

الإيجار مأخوذ من الأجر، أجر يأجر إيجاراً ومؤجرة، ويأتي بمعنى الثواب أيضاً.¹ وقد عرف المقنن الكويتي عقد الإيجار بأنه: "عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه ان يمكن المستأجر من الانتفاع بشيء معين لمدة محدودة في مقابل عوض مالي".

عرف الحنفية الإجارة بأنها: "بيع منفعة معلومة بعوض معلوم"². وعرفها المالكية بأنها: "تمليك المنفعة بعوض"³ وعرفها الشافعية بأنها: "عقد على منفعة مقصودة معلومة، قابلة للبدل والإباحة، بعوض معلوم"⁴

فالأجرة تعد محل التزام المستأجر، ويلتزم بالوفاء بها كمقابل لانتفاعه بالعين المؤجرة، وإذا لم يتم الاتفاق على الأجرة صراحة أو ضمناً لا ينعقد العقد⁵، ويشترط فيها ما يشترط في أي محل للالتزام، أن تكون موجودة ومشروعة ومعينة أو قابلة للتعيين.⁶

¹ ابن منظور جمال الدين محمد بن مكرم الأنصاري. لسان العرب، مرجع سابق، ص 65.

² عبدالله بن الشيخ محمد بن سليمان (داماد أفندي)، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، دار إحياء التراث العربي، بيروت د، ت. ج 2/368

³ محمد بن محمد بن عبد الرحمن (الخطاب) مواهب الجليل، دار الفكر، بيروت، ط 3/1992، ج 5/390.

⁴ بدر الدين محمد بن أبي بكر (ابن قاضي شهبه)، بداية المحتاج في شرح المنهاج، إدارة الثقافة الإسلامية، قطر، ط 2012، ج 4/45.

⁵ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، 6/165. رياض فخري، الآليات

القانونية المميزة لعقد الإيجار التمويلي "دراسة تحليلية"، جامعة عين شمس، أطروحة دكتوراه، مصر، ص 159

⁶ بسام هلال القلاب، التأجير التمويلي، الطبعة الأولى، دار الراجحة للنشر والتوزيع، عمان 2009م، ص 157.

ويشترط في الأجرة في الفقه الإسلامي ما يشترط في الثمن، فكل ما صح ثمناً في البيع صح أن يكون أجرة، ويشترط فيها بشكل عام؛ كونها مالاً منقوماً، ومعلومة¹ ونص المقنن الكويتي على أنه: يجوز أن تكون الأجرة نقوداً كما يجوز أن تكون أي مقابل مالي آخر،² وإذا لم يحدد المتعاقدان الأجرة أو كيفية تقديرها ، أو إذا تعذر إثبات مقدارها ، وجبت أجرة المثل وقت إبرام العقد.³ وغالباً ما يضاف شرط الأجرة المتغيرة في عقود الإجارة طويلة الأمد، وهنا يمكن التمييز بين نوعين من الإجارة:

- 1 - الإجارة الطويلة المجزأة، أي المكونة من عقود تأجير متوالية، ينفصل كل عقد عن الآخر، فيكون العقد الثاني وما بعده عقداً جائزاً بالعقد الأول، وليس لازماً به، لذا لا بد من توافق الإرادتين عند إبرام العقد الثاني. في هذه الحالة يمكن الاعتماد على السعر المتغير في تقدير الأجرة.
- 2 - الإجارة المتصلة بعقد واحد، لا بد من تحديد الأجرة فيها ابتداءً، فلا يزداد فيها ولا ينقص، بل هي لازمة كالعقد.⁴

وعلى الرغم من ذلك فقد صدرت بعض من الفتاوى المعاصرة التي تجيز الإيجار بأجرة متغيرة نذكر منها على سبيل المثال: فتوى ندوة البركة الحادية عشرة لسنة 1996م. ونصها: "يتحقق العلم بالأجرة في عقد الإجارة الواردة على الأشياء إذا تم الاتفاق على مدة موزعة على فترات، مع تحديد مقدار الأجرة عن الفترة الأولى واعتماد أجرة المثل عن بقية الفترات، بشرط أن تكون أجرة المثل منضبطة أو مرتبطة بمعيار معلوم، بحيث لا مجال فيه للنزاع، وذلك بقصد استفادة المتعاقدين من تغير مستوى الأجرة مع استبقاء صفة اللزوم لكامل مدة العقد".

¹ عبدالله بن محمود بن مودود الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، دار المعرفة ، بيروت، ط7/2015، ج61/2. محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله (ابن جزي)، القوانين الفقهية، ج1/181، بدرالدين محمد بن أبي بكر (ابن قاضي شهبه)، بداية المحتاج في شرح المنهاج، مرجع سابق، ج4/48.

² المادة 564 من القانون المدني الكويتي.

³ المادة 565 من القانون المدني الكويتي.

⁴ يقول ابن القيم: "تقدير العوض في الإجارة أكد من تقديره في البيع". محمد بن أبي بكر بن أيوب ابن القيم الجوزية. بدائع الفوائد، تحقيق: علي بن محمد العمران، الناشر مجمع الفقه الإسلامي، جدة، 2004م، ج4، ص1366. عبد السلام بن محمد الشويعر. التعاقد بالسعر المتغير، مرجع سابق، ص16.

كما صدر القرار رقم 115 في سنة 2000م. عن مجمع الفقه الإسلامي وقد ورد فيه: "يجوز في الإجازات الطويلة للأعيان تحديد مقدار الأجرة عن الفترة الأولى والاتفاق في عقد الإجارة على ربط أجرة الفترات اللاحقة بمؤشر معين شريطة أن تصير الأجرة معلومة المقدار عند بدء كل فترة".¹

آ - الفرق بين تجديد عقد الإيجار والإيجار بأجرة متغيرة

الإيجار بأجرة متغيرة هو عقد لازم خلال كل مدة العقد، لكن تتغير الأجرة كل فترة بحسب معيار متغير، فلا يملك أحد الطرفين فسخها، أما الإيجار الذي يتجدد كل فترة بأجرة جديدة هو عقد يتفق الطرفان على تجديده بأجرة جديدة ولو كانت مرتبطة بمؤشر فلا إشكال فيها، وليست محلاً للخلاف، إذ تعتبر كل فترة عقداً جديداً يتراضى فيه الطرفان على أجرة جديدة. وقد ذهب الفقه المعاصر ومنه مجمع الفقه الدولي بقراره رقم 115 (9/12) حيث نص على "أنه يجوز في الإجازات الطويلة للأعيان تحديد مقدار الأجرة عن الفترة الأولى، والاتفاق في عقد الإجارة على ربط أجرة الفترات اللاحقة بمؤشر معين، شريطة أن تصير الأجرة معلومة المقدار عند بدء كل فترة".²

ب - الفرق بين البيع بثمن متغير وبين الإجارة بأجرة متغيرة

تتم عملية البيع بثمن متغير في لحظة واحدة، فهو من العقود الفورية، تنتقل فيها الملكية إلى المشتري، والثمن إلى البائع، فالثمن يتحدد مرة واحد ولا يتصور تكراره أكثر من مرة، فمثلاً في بيع المرابحة المتبع من قبل المصارف الإسلامية؛ من اشترى سيارة بمئة ألف وبيع خمسة آلاف فالثمن هو مئة وخمسة آلاف، سواء كان الثمن حالاً أم مؤجلاً، دفعة واحدة أم مقسطاً.

أما الإجارة فيمكن أن نعتبر لها أكثر من صورة، فمثلاً إذا تم العقد على مدة عشر سنوات، مائة ألف كل سنة، أصبح العقد لازماً، فيلزم المؤجر تسليم العين، ويلزم المستأجر تسليم الأجرة، وتكون حالة ويدفعها المستأجر مقدماً، وقد تكون مقسطة على الأشهر أو السنوات أو بحسب الاتفاق. كما يمكن أن يكون الاتفاق سنة واحدة بمئة ألف ويتجدد تلقائياً. وإذا كان الاتفاق على أن كل سنة لها أجرة محددة، ففي الصور المذكورة تكون الأجرة معلومة لدى الطرفين. أما إذا كان الاتفاق على أن العقد سنة واحدة بمئة ألف وعلى بقية السنوات بأجرة المثل لكل سنة. ففي هذه الصورة يعد المقابل المالي متغيراً.

يتبين من ذلك أن عقد البيع هو من العقود الفورية، أما عقد الإيجار هو من العقود الزمنية التي يدخل الزمن فيها كعنصر أساسي. فالتغيير في الثمن أو أقساط الثمن بالزيادة في البيع؛ لا يجوز

¹ نقلاً عن: سامي بن إبراهيم السويلم. البيع والتأجير بثمن متغير، مرجع سابق، ص 50-51.

² نقلاً عن: فهد بن عبد الرحمن اليحيى. البيع والتأجير بالسعر المتغير، مرجع سابق، ص 33.

؛ لأنه من الربا في الفقه الإسلامي. أما التغيير في الأجرة فيجوز؛ إذ كأنه إبرام عقد جديد، تحدد فيه أجرة مختلفة عن الأجرة المحددة في العقد السابق له، حتى لو لم يتغير طرفا العقد. والغرر يكثر في الإيجار أكثر منه في البيع، ولذا يغتفر فيه ما لا يغتفر في البيع.¹

ثانياً: المرابحة بالسعر المتغير

للمرابحة نوعان؛ المرابحة الفقهية العادية، وهي "بيع السلعة بمثل الثمن الأول الذي اشترت به مع زيادة ربح معلوم، والمرابحة المصرفية، وهي: "اتفاق بين المصرف والعميل، يقوم بموجبه المصرف بشراء سلعة بمواصفات معينة، وتملكها، بناء على رغبة العميل فيها، ووعدها منه بشراؤها، ثم يبيع المصرف السلعة للعميل بثمن وبيع متفق عليه يدفعه العميل مقسطاً أو مؤجلاً"²، وأطراف المرابحة المصرفية ثلاثة؛ البائع، والمشتري (الأمر بالشراء)، والمصرف الذي يشتري السلعة من البائع الأصلي ويتملكها، ثم يبيعها للمشتري بناء على وعد العميل بالشراء.

وتعد المرابحة أحد بيوع الأمانة³، وتقوم أساساً على كشف البائع الثمن الذي قامت عليه السلعة به، وقد صدر في المرابحة قرارات فقهية كثيرة مجيزة لها، منها فتوى مؤتمر المصرف الإسلامي الثاني المنعقد في الكويت سنة 1983م. والذي قرر فيه أن المواعدة على بيع المرابحة للأمر بالشراء، بعد تملك السلعة المشتراة، وحيازتها، ثم بيعها لمن أمر بشراؤها بالربح المذكور في الوعد السابق، هو أمر جائز شرعاً ما دامت تقع على المصرف مسؤولية الهلاك قبل التسليم، وتبعية الرد فيما يستوجب الرد بعيب خفي.

¹ المرجع السابق، ص 41-43.

² صالح العلي، المصارف الإسلامية، منشورات جامعة دمشق، كلية الاقتصاد، ط1، 2014م، ص 125، 135

³ بيوع الأمانة، هي: البيع الذي يُحدد فيه الثمن بناء على ذكر رأس المال الذي اشترى به البائع السلعة، وهي أربعة أنواع: المرابحة والوضيعة والتولية والإشراك، أحمد الحجي الكردي، فقه المعاضات، مطبعة جامعة دمشق 1989، ص336.

آ - شروط عقد المربحة

تعد المربحة أحد أنواع البيوع، و يشترط فيها ما يشترط في البيوع بصفة عامة، بالإضافة إلى عدد من الشروط الخاصة، التي يمكن إجمالها بما يأتي¹:

1- أن يعلم كل من البائع والمشتري برأس مال السلعة سواء اشتمل على الثمن الأول، أم الثمن الأول مضافاً إليه ما أنفقه البائع على السلعة.

2- أن يعلم المتعاقدان بمقدار الربح.

3- أن لا يكون الثمن بالعقد الأول مقابلاً بجنسه من أموال الربا.

4- أن يكون العقد الأول صحيحاً، مستوفياً شرائط الانعقاد والصحة، فإن كان فاسداً لم يجز البيع مربحة؛ لأن الثمن الأول فاسد، وما بني على الفاسد فاسد مثله.

5- أن يبين صفة ثمن الشراء، مثل حالة الشراء المؤجل².

وتكون المربحة ببديل متغير بإحالة الربح على العرف عبر آلية المؤشر أو غيرها، ومن ثمّ هذه العملية تحمي رأس المال من أي تغيير، والتغيير يكون فقط في الربح.

لكن المربحة ببديل متغير ينتج عنها بعض الأمور التي تتمثل بما يأتي:

في المربحة بسعر المثل أو بما ينقطع به السعر كلا طرفي العقد مرتين بهذا السعر الذي سيستقر للسلعة، وقد يكون مساوياً لرأس المال أو أقل أو أكثر.

في المربحة بربح متغير لا يمكن أن يتم البيع في النهاية مع نقص ثمن السلعة عن رأس مالها، بخلاف التعليق بثمن المثل أو سعر السوق ونحوه، فنحن المثل أو سعر السوق لا علاقة له برأس المال، فقد يزيد عليه أو ينقص³.

أما بالنسبة للشروط الواجب توافرها في البديل النقدي للمربحة المصرفية، هي ذات الشروط التي يجب توافرها في الثمن، وقد تم التطرق لها عند النظر في شروط الثمن في البيع بالتقسيط، ولا حاجة لدراستها في هذا الموضوع.

¹ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، بيروت، ط3/1989، ج422/5، صالح العلي، المصارف الإسلامية مرجع سابق، 127-128.

² الصادق محمد آدم علي. تطبيق معيار المربحة والمربحة للأمر بالشراء في المصارف (دراسة تحليلية على المصارف الإسلامية في السودان، بحث منشور في مجلة دراسات وأبحاث، المجلة العربية في العلوم الإنسانية والاجتماعية، العدد27، السنة التاسعة، 2017م، ص6-7.

³ فهد بن عبد الرحمن اليحيى. البيع والتأجير بالسعر المتغير، مرجع سابق، ص28-29.

ب - صور المربحة بربح متغير

تتم المربحة بربح متغير في المصارف عبر آليات عدة، أهمها:

1 - أن يتفق المتعاقدان على سداد المتمول لأصل الدين بأكمله في نهاية المدة التي يتفقان عليها، بينما يدفع المتمول في مواعيد دورية محددة (سنوية، شهرية)، طوال مدة المديونية مقدار الربح فحسب، والذي يتحدد بناء على مقدار المؤشر المتفق عليه.

2 - أن يتفق المتعاقدان على سداد المتمول أصل الدين في أقساط دورية محددة، موزعة على كامل مدة المديونية، ويضاف إليه دفع الربح على الجزء القائم غير المسدد من أصل الدين فحسب، والذي يتحدد بناء على مقدار المؤشر المتفق عليه.¹

فالطريقة التي يتم بها حساب الثمن في المربحات العادية هي: سعر العين المباعة (قيمة الأصل) + الربح المستهدف (هامش الربح)، ويقدر هذا الربح بنسبة مئوية من سعر أصل العين. أما في المربحة بالسعر المتغير فيحدد جزء من الربح بالسعر المتغير، بحيث تكون قيمة السلعة مكونة من: سعر العين المباعة (قيمة الأصل) + نسبة ثابتة من الربح + نسبة أخرى من الربح المتغير.²

¹ فضل عبد الكريم البشير. مراجعة علمية لكتاب: عقود التمويل المستجدة في المصارف الإسلامية، مرجع سابق، ص144، فهد بن عبد الرحمن اليحيى. البيع والتأجير بالسعر المتغير، مرجع سابق، ص7.

² عبد السلام بن محمد الشويعر. التعاقد بالسعر المتغير، مرجع سابق، ص15.

الخاتمة

بعد البحث في التعاقد ببديل نقدي متغير في كل من الفقه الإسلامي والقانون الكويتي، تبين وجود فوارق جوهرية بين الحكم القانوني، و الحكم الشرعي، وتعزى هذه الفوارق إلى الأسس التي يبني عليها كل من الحكم القانوني والشرعي، ففي الفقه الإسلامي، وجدنا من خلال البحث، أن المعيار الأساس في إجازة أو تحريم مثل هذه العقود هو وجود عنصر الغرر والربا أو أحدهما فيها، فإذا كان الغرر جسيماً كان العقد باطلاً، أما إذا كان من الغرر المتسامح به فهو عقد صحيح، وكذلك إذا وجد الربا أو شبهته في أي عقد فإنه يكون باطلاً. أما في القانون فلا يعتد بالغرر إلا في حال رافقه إكراه أو غلط أو تدليس أو استغلال، استناداً إلى مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، فلكل منهم الحرية التامة في التعاقد، حتى لو اختار أن يكون مغبوناً في التعاقد، إذا كان كامل الأهلية فتعاقدته صحيح، ومبني على أساس العقد شريعة المتعاقدين، ولا يفسد تعاقدتهما إلا وجود إكراه أو غلط أو تدليس أو استغلال، أو عيب يلحق بإرادة أحد طرفي العقد.

وتضمنت هذه الخاتمة أهم الاستنتاجات والتوصيات.

أولاً- الاستنتاجات:

يمكن ذكر أهم الاستنتاجات في ما يأتي:

1. للتعاقد ببديل متغير صور عديدة بتعدد العقود الزمنية أي العقود التي يكون فيها الزمن عنصراً أساسياً، وممكن تصوره حتى في العقود التي يؤجل فيها دفع البديل النقدي.
2. سلك المقنن الكويتي في القانون المدني نهجاً مختلفاً عن غيره من القوانين، حيث وافق التشريع الإسلامي في منع الفوائد التأخيرية عند التأخير في دفع الثمن، لكنه أشار إلى موضوع التعويض في حال التأخير عن تنفيذ الالتزام.
3. لا يجوز التعاقد ببديل متغير في الفقه الإسلامي إلا إذا انتفى الغرر والجهالة الفاحشة، واشتمل العقد على تحديد واضح لأقساط البديل وأجالها؛ لأن الجهالة في البديل المتغير فاحشة، ويفسد العقد بوجودها.
4. التعاقد ببديل متغير يجوز لدى المقنن الكويتي، والغرر الذي يتضمنه هذا التعاقد لا يؤثر على صحة العقود إلا إذا رافقه استغلال.

ثانياً- التوصيات والمقترحات:

1. أقر المشرع في قانون التجارة الكويتي بالفائدة التأخيرية وحددها بنسبة 7% وأطلق عليها تسمية تعويض، وذلك تماشياً مع المبادئ التجارية المعاصرة، التي ترى بأن إبقاء رأس المال راکداً ينقص من قيمته الشرائية مع الزمن، أما تحريكه فيساعد على زيادته. وامتناع المدين عن الوفاء بالدين التجاري هو جعل رأس المال راکداً، وهذا بدوره ينقص من قيمته الشرائية، فنقترح أن ينهج المقنن في المسائل التجارية نهجه في المسائل المدنية، وذلك بمنع الفائدة التأخيرية واستبدالها بالتعويض ويترك تحديد مقداره للقاضي حسب الضرر، لأن تقرير مبلغ التعويض للمتضرر يعوض المدين الضرر الحاصل بسبب نقص القيمة الشرائية.
2. نقترح بأن تعتمد المؤسسات المالية الإسلامية في تمويلها بموجب عقود الإيجار على صيغ التجديد في عقد الإيجار، لإعادة النظر في الأجرة المقررة، وذلك تلافياً للخلاف القائم بشأن تحديد بدل متغير في عقد الإيجار.
3. تشجيع البحث العلمي، وقيام المؤسسات المالية والجامعات ومراكز البحوث بعقد المؤتمرات وورشات العمل لاستمرار تقنين أدوات التمويل، وجعلها متوافقة مع الشريعة والقانون.
4. تطوير الخبرات الإدارية والتجارية العاملة في قطاع المؤسسات المالية الإسلامية المصارف الإسلامية، وتكليفها بمتابعة القوانين المنظمة للتصرفات القانونية المدنية والتجارية، وتزويد المؤسسات المالية الإسلامية بتقارير ومقترحات تشريعية متوافقة مع الشريعة والقانون.
5. نوصي المقنن الكويتي أن يكون حريصاً على مواجهة المستجدات التي تحتاج إلى قوانين خاصة لتنظيمها، دون الاتكال بشكل كامل على القواعد العامة في القانون المدني، فالقواعد العامة في القانون المدني ممكن اعتبارها قواعد قانونية احتياطية نلجأ إليها عند عدم وجود نص قانوني خاص، لكن الاعتماد عليها لا يستمر، بل ينبغي العمل على إصدار قوانين جديدة خاصة تواجه المستجدات.

فهرس المراجع والمصادر¹

أولاً: الكتب

1. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، البيع بالتقسيط والبيع الاتمانيّة الأخرى، الطبعة الأولى، جامعة الكويت، الكويت 1984م.
2. أحمد الحجى الكردي، فقه المعاوضات، مطبعة جامعة دمشق 1989م.
3. أحمد بن إدريس القرافي، الفروق، الطبعة الأولى، بيروت، دار الكتب العلميّة، بيروت 1998م.
4. أحمد بن عبد الحكيم بن عبد السلام (ابن تيمية)، نظرية العقد، مركز الكتاب للنشر، مصر الجديدة، د.ت.
5. بدر الدين محمد بن أبي بكر (ابن قاضي شهبة)، بداية المحتاج في شرح المنهاج، إدارة الثقافة الإسلامية، قطر، ط2012م.
6. بسام هلال القلاب، التأجير التمويلي، الطبعة الأولى، دار الراية للنشر والتوزيع، عمان 2009م.
7. جمال الدين محمد بن مكرم الأنصاري (ابن منظور). لسان العرب، الجزء الخامس، الدار المصرية للتأليف والترجمة، بدون تاريخ طبع.
8. أبو الحسن ابن القطان. الإقناع في مسائل الإجماع، تحقيق: حسن فوزي الصعيدي، مطبعة الفاروق الحديثة، مصر، 2004م.
9. خالد الحافي، الإجارة المنتهية بالتمليك في ضوء الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، مكتبة الملك فهد الوطنيّة، الرياض 1999م.
10. ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار العقيدة، القاهرة، ط1/2004م.
11. شرف الدين موسى بن أحمد الحجاوي،، دار هجر، القاهرة، ط1/1997، تحقيق: د. عبد الله التركي.
12. صالح العلي، المصارف الإسلامية، منشورات جامعة دمشق، كلية الاقتصاد، ط1، 2014م.

¹ تمت الفهرسة بإسقاط لام التعريف، أبو، ابن

13. صديق الضرير. الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، سلسلة صالح كامل للرسائل الجامعية في الاقتصاد الإسلامي، 1410هـ.
14. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الطبعة الثانية الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 1998م.
15. عبدالله بن الشيخ محمد بن سليمان (داماد أفندي)، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، دار إحياء التراث العربي، بيروت د.ت.
16. عبدالله بن محمود بن مودود الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، دار المعرفة، بيروت، ط7/2015م.
17. عز الدين بن عبد السلام. قواعد الأحكام في مصالح الأنام، مطبعة دار الكتب العلمية، بيروت، 1991م.
18. علاء الدين الكاساني. بدائع الصنائع، مطبعة الجمالية، مصر، 1910م.
19. محمد إبراهيم، حكم بيع التقسيط في الشريعة والقانون، مكتبة الرسالة الحديثة، عمان 1987م.
20. محمد أمين بن عابدين. رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، 1992م.
21. محمد بكر إسماعيل. الفقه الواضح من الكتاب والسنة على المذاهب الأربعة، دار المنار، مصر، 1997م.
22. محمد بن أبي بكر ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين تحقيق، محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت ط1 - 1991م.
23. محمد بن أبي بكر بن أيوب ابن القيم الجوزية. بدائع الفوائد، تحقيق: علي بن محمد العمران، الناشر مجمع الفقه الإسلامي، جدة، 2004م.، وطبعة دار الكتاب العربي، بيروت، د.ت.
24. محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي. مختار الصحاح، مكتبة لبنان، 1986م.
25. محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، دار الكتب العلمية، ط1994م.
26. محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، ط1993م.

27. محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، د.ت.
28. محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله (ابن جزى)، القوانين الفقهية، دار الكتاب العربي، د.ت.
29. محمد بن إدريس الشافعي. الأم، دار المعرفة، بيروت، 1990م.
30. محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي(الخطاب) مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، ط3/1992م.
31. محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج. الفروع ومعه تصحيح الفروع، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، 2003م.
32. محمد مصطفى الزحيلي. القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، دار الفكر، الطبعة الأولى، دمشق، 2006م.
33. محي الدين بن شرف النووي. المجموع شرح المهذب، مكتبة دار الفكر، 2010م.
34. محي الدين يحيى بن شرف النووي. المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
35. مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي. مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، المكتب الإسلامي، ط2، 14، 1994م.
36. موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المغني ، دار الكتب العلمية، ط 1994م.
37. هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية، البحرين، ط2010م.
38. وليد بن هادي. أصول ضبط المعاملات المعاصرة، بدون ذكر دار النشر، 2011م.
39. وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط3، 1989م.

ثانياً: الرسائل الجامعية:

1. رياض فخري، الآليات القانونية المميزة لعقد الإيجار التمويلي "دراسة تحليلية"، جامعة عين شمس، أطروحة دكتوراه، مصر.

ثالثاً: البحوث

1. الصادق محمد آدم علي، تطبيق معيار المرابحة والمرابحة للأمر بالشراء في المصارف (دراسة تحليلية على المصارف الإسلامية في السودان، بحث منشور في مجلة دراسات وأبحاث، المجلة العربية في العلوم الإنسانية والاجتماعية، العدد 27، السنة التاسعة، 2017م.
2. حيدر فليح حسن، البيع على أساس الثمن المفتوح، دراسة في ضوء قانون التجارة الأمريكي الموحد واتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولية، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، المجلد: 29، العدد 1، 2014م.
3. سامي بن إبراهيم السويلم. البيع والتأجير بثمن متغير، بحث منشور في مجلة المجمع الفقهي الإسلامي المنبثق عن رابطة العالم الإسلامي في الدورة الثانية والعشرين، والمنعقدة في مكة المكرمة، 2015م.
4. عبد الرحيم عبد الحميد الساعاتي. إدارة الغرر في التأمين التعاوني، بحث منشور في مجلة جامعة الملك عبد العزيز، الاقتصاد الإسلامي، مجلد 23، العدد 2، 2010م.
5. عبد السلام بن محمد الشويعر. التعاقد بالسعر المتغير، بحث منشور في مجلة المجمع الفقهي الإسلامي المنبثق عن رابطة العالم الإسلامي في الدورة الثانية والعشرين، والمنعقدة في مكة المكرمة، 2015م.
6. فضل عبد الكريم البشير. مراجعة علمية لكتاب: عقود التمويل المستجدة في المصارف الإسلامية، تأليف: حامد حسن ميرة، مجلة جامعة الملك عبد العزيز: الاقتصاد الإسلامي، م 25، عدد 2، 2012م.
7. فهد بن عبد الرحمن اليحيى. البيع والتأجير بالسعر المتغير، بحث منشور في مجلة المجمع الفقهي الإسلامي المنبثق عن رابطة العالم الإسلامي في الدورة الثانية والعشرين، والمنعقدة في مكة المكرمة، 2015م.
8. محمد سهيل الدروبي. ملاحظات في قضية السعر المرجعي، ورقة عمل مقدمة في ندوة العمل المصرفي بين الفائدة والمرابحة التي أقامتها جامعة الجنان في طرابلس - لبنان يوم 2009/5/23م.

رابعاً: مواقع الانترنت

1. FDIC: The S&L Crisis: A Chrono-Bibliography, www.fdic.gov تاريخ

الإفادة: 2017/9/8م.

2. أحمد محمد الرفاعي. القانون المدني (العقود المدنية: البيع والإيجار)،

تاريخ الإفادة: 2017/9/10م. <http://olc.bu.edu.eg/olc/images/311.pdf>

خامساً: القوانين

1. القانون الأمريكي الخاص في البيوع الصادر سنة 1906م.

2. القانون التجاري الكويتي رقم (68) لسنة 1980م.

3. القانون المدني السوري رقم (84) لسنة 1949م.

4. القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1940م.

5. القانون المدني الكويتي رقم (67) لسنة 1980م.

6. القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948م.