الخيار في اللغة اسم مصدر7 من الاختيار وهو الاصطفاء والانتفاء , أما المعنى اللّغوي للخيار في موضوعنا فهذا هو كما في النهاية واللسان والتاج ـ اصطفاء خير الامرين : امضاء البيع او فسخه. 8 تعريف الخيار في الشرع: وليس المعنى الشرعي الاصطلاحي ببعيد عن المعنى الذي ذكره علماء اللغة فهذا من امثلة التطابق بين المعنيين اللّغوي والشرعي 9 والخيارفي الاصطلاح الفقهي له تعاريف كثيرة الا انها في الغالب تناولت هذا اللّفظ مقروناً بلفظ آخر لانواع الخيارات دون ان يقصد بالتعريف (الخيار) عموماً على انه يمكن استخلاص تعريف للخيار من حيث هو من خلال تعاريف انواع الخيار بان يقال :هو حق العاقد في فسخ العقد او امضاءه . بظهور مسوّغ شرعي او بمقتضى اتفاق عقدي . ولتحليل هذا التعريف لا بد من تعجيل الاشارة الى هذا المبلغ الفقهي . وهو ان العقد بعد ابرامه يمتنع انفراد احد العاقدين في فسحه , الا بتخويل الشارع العاقد الخيار بين المضي من العقد وبين فسخه وذلك لاحد الاسباب التي اعتبرها الشارع مسوغة لحق الخيار , او لاتفاق سابق بين العاقدين على منح هذا الحق لأخدها او لكليها. درج الفقهاء المصنفون عند بحث المشروعية في صدور الابواب الفقهية على اعتماد دليل الاقرار النبوى في كل ما بعث النبي (صل)والناس يتعاملون به فأقرهم عليه من غير نكيز , كالبيع والاجارة والرهن من حيث اصل تلك المعاملات بعيداً عما يلابسها من شوائب تكفلت النصوص الشرعية الواردة فيها يتنقيها منها وهذا بقطع النظر عن ورود أدلة خاصة بها من النصوص والاجماع. ---

---------- 8 مقاييس اللغة لابن فارس مادة خير (وموقعها فسي ترتيب الخاص ج 2_232)واساس البلاغة للزمحشري , 9 مجامع الحقائق وشرحه منافع الدقائق ص 83 وتنقسم الاحكام في هذا الى قسمين:أحدهما اسلامي المولد لا عهد للعرف به في جاهليتهم والآخر مخضرم , مقصوداً بهذه الكلمة هنا انه معروف من العرب في الجاهلية وتعاملوا به زمنياً قبل ان يقرهم الاسلام عليه بالحال التي كان عليها , النبذة الثالثة:الموقع الفقهي للخيار خيار الشرط خيار العيب لكن خيار المجلس لا يبدأ من صدور الايجاب بل من الحاق القبول به , وهو قوْلُ جُمهورِ السَّلَفِ، وهو اختيارُ ابنُ تَيميَّةَ، وابنِ القيّمِ، عن رسولِ اللهِ صلَّى اللهُ عليه وسلَّمَ، وإنْ تَفرَّقا بعْدَ أنْ يَتبايَعَا، فأراد ألَّا يُقِيلَه، ثم رجَعَ إليه) وَجهُ الدَّلالةِ: وطبَّقَه عَمليًّا؛ فمَشى ثم رجَعَ، وهو راوي الحديثِ، والأعلَمُ بمَعناهُ ثم يَبْدو له، فيَحتاجُ إلى التَّدارُكِ بالفسْخِ، الحِكمةُ مِن خِيارِ المجلِسِ: فإنَّ العقدَ قدْ يَقعُ بَغتةً مِن غيرِ تَروٍّ ولا نظَرٍ في القيمةِ، ويُعيدانِ النَّظَرَ، ويَستدرِكُ كلُّ واحدٍ منهما عَيبًا كان خَفيًّا. يَثبُتُ خِيارُ المجلِسِ في العقودِ اللَّازمةِ الَّتي يُقصَدُ منها العِوَضُ، أنَّه قال: ((إذا تَبايَعَ الرَّجلانِ، فكلُّ واحدٍ منهما بالخيارِ ما لم يَتفرَّقا وكانا جَميعًا، فإنْ خيَّرَ أحدُهما الآخَرَ، فتَبايَعا على ذلك؛ وإنْ تَفرَّقا بعْدَ أنْ يَتبايَعَا، ولم يَترُكْ واحدٌ منهما البيعَ؛ فقدْ وجَبَ البيعُ). وَجهُ الدَّلالةِ: ثانيًا: لأنَّ العقودَ الجائزةَ لا معنى لخِيارِ المجلِسِ فيها؛ لأنَّه مُتمكِّنٌ مِن الفسْخِ متى شاءَ. خِيارُ المجلِسِ في البَيعِ بالهاتِفِ: إذا تَبايَع شَخصانِ بالهاتفِ، ويَنقطِعُ بانتهاءِ المكالَمةِ، وهو قولُ بعضِ العُلماءِ المعاصِرين؛ المعتبَرُ في خِيارِ المجلِسِ في البَيعِ بالكتابةِ هو مَجلِسُ المكتوبِ إليه دونَ الكاتبِ، فلا يُعتبَرُ قبْلَه. ـ الفرعُ الأوَّلُ: إسقاطُ خِيارِ المجلِسِ في الابتداءِ 10 إذا أسقَطَ البائعُ والمُشْتري خِيارَ المجلِسِ ابتداءً بأنْ لا خِيارَ بيْنهما؛ وهو مَذهَبُ الحنابِلةِ، أنَّه قال: ((إذا تَبايَعَ الرَّجلانِ، فكلُّ واحدٍ منهما بالخيارِ ما لم يَتفرَّقا وكانا جَميعًا، أو يُخيِّرُ أحدُهما الآخَرَ، فتَبايَعا على ذلك؛ فقدْ وجَبَ البيعُ، وإنْ تَفرَّقا بعْدَ أنْ يَتبايَعَا، قولُه: ((فقدْ وجَب البيعُ)) أي: لَزِم إذا تَخايَرا ابتداءً فجاز إخلاؤهُ عنه، كخيارِ الشَّرطِ يَنْتهي خِيارُ المجلِسِ باختيارِ إمضاءِ البيعِ في المجلسِ، أنَّه قال: ((إذا تَبايَعَ الرَّجلانِ، أو يُخيِّرُ أحدُهما الآخَرَ، فإنْ خيَّرَ أحدُهما الآخَرَ، فتَبايَعا على ذلك؛ وإنْ تَفرَّقا بعْدَ أنْ يَتبايَعَا، قولُه: ((فإنْ خيَّرَ أحدُهما الآخَرَ، لَزِم البيعُ 10 قال ابنُ قُدامةَ ـ في التَّفريقِ في إسقاطِ الخيارِ ابتداءً وبعْدَ العقدِ: (فالتَّخايرُ في ابتدائِهِ أن يقولَ: بعتُك ولا خيارَ بيْننا. ويَقبَلُ الآخَرُ على ذلك، فلا يكونُ لهما خيارٌ. أو إلزامَه، أو اخترْتُ العقدَ، فيَلزَمُ العقدُ من الطَّرَفين، وإنِ اختار أحدُهما دونَ الآخَرِ، لَزِم في حقِّه وحْدَه، 11 ((المبدع)) لبرهان الدين ابن مُفلِح (3/404، ((الإنصاف)) للمرداوي (4/268). ثانيًا: لأنَّ خِيارَ المجلِسِ حقُّهما، فسَقَط بإسقاطِهما ـ الفرعُ الثَّالثُ: اختيارُ فسْخِ العقدِ في المجلسِ يَنتهي خِيارُ المجلِسِ بفسْخِ العقدِ في المجلسِ، وابنِ عُثَيمينَ؛ المَطْلَبُ الثاني: خِيارِ الشَّرطِ مَعنى خِيارُ الشَّرطِ: حُكمُ خِيارِ الشَّرطِ: يَصِحُّ خِيارُ الشَّرطِ في البيعِ، وذلك باتِّفاقِ المذاهبِ الفِقهيَّةِ الأربعةِ: الحنَفيَّةِ، والمالكيَّةِ، الأدلَّةُ: إلَّا بَيعَ الخيارِ)) 2- قال رسولُ اللهِ صلَّى اللهُ عليه وسلَّم: ((المسْلِمون على شُروطِهم ثالثًا: مِن الآثارِ عن عُمرَ بنِ الخطَّابِ رَضِيَ اللهُ عنه قال: (إنَّ مَقاطِعَ الحقوقِ عندَ الشُّروطِ، لُغةً واصطلاحًا: العَيبُ لُغةً: العَيبُ والعَيْبةُ والعَابُ بمعنًى واحدٍ، يَتعدَّى ولا يَتعدَّى، فهو مَعِيبٌ ومَعْيوبٌ أيضًا على الأصلِ. وتقولُ: ما فيه مَعابةٌ ومَعابٌ، ويُقالُ: مَوضِعُ عَيبٍ حُكمُ خِيارِ العَيبِ: خِيارُ العَيبِ مَشروعٌ في الجُملةِ أوَّلًا: مِن السُّنَّةِ عن أبي هُرَيرةَ ((أنَّ رسولَ اللهِ صلَّى اللهُ عليه وسلَّم قال: لا يُتَلَقَّى الرُّكْبانُ لبَيْعٍ، ولا يَبِعْ بعْضُكم على بَيعِ بَعضٍ، ولا يَبِعْ حاضِرٌ لِبادٍ، ولا تُصَرُّوا الإبلَ والغنَمَ، فمَن ابتاعَها بعْدَ ذلك فهو بخَيرِ النَّظرين بعْدَ أنْ يَحلُبَها؛

lakhasly.com © تم تلخيص النص بواسطة موقع لخصلي

فإنْ رَضِيَها أمْسَكَها، وَجهُ الدَّلالةِ: أنَّ إثباتَ النَّبيِّ صلَّى اللهُ عليه وسلَّم الخِيارَ بالتَّصْريةِ تَنبيهٌ على ثُبوتِه بالعَيبِ عن سالمِ بنِ عبدِ اللهِ: (أنَّ عبْدَ اللهِ بنَ عمَرَ باع غُلامًا له بثَمانِ مائةِ درهمٍ، فقال الذي ابتاعَهُ لِعبدِ اللهِ بنِ عُمرَ: بالغلامِ داءٌ لم تُسَمِّه، فاختَصَما إلى عُثمانَ بنِ عفَّانَ رَضِيَ اللهُ عنه، فقال الرَّجلُ: باعَني عبْدًا، وبه داءٌ لم يُسَمِّه لي، فباعَهُ عبدُ اللهِ بنُ عُمرَ بعْدَ ذلك بألفٍ وخمسِ مائةِ درهمٍ) والقَرافيُّ فعندَ فَوتِه يَتخيَّرُ؛ خامسًا: ما في خِيارِ العَيبِ مِن استدراكِ ما فات المُشْتري مِن نقْصٍ، وإزالةٍ لِما يَلحَقُه مِن الضَّررِ في بَقائِهِ في مِلْكِه ناقصًا عن حقِّه كَيفيَّةُ الرَّدِّ والفسْخِ بعْدَ ثُبوتِ خِيارِ العَيبِ: واختارَهُ ابنُ تَيميَّةَ وذلك للآتي: أوَّلًا: لأنَّ المُشْتريَ لو تَصرَّفَ بالمَبيعِ قبْلَ عِلمِه بالعَيبِ ببَيعٍ أو هِبةٍ، أو عِتقٍ ونحْوِ ذلك؛ فإنَّه يَنفُذُ، ثانيًا: لأنَّ العقدَ لا يَنعطِفُ حُكمُه على ما مَضى، فكذلك الفسْخُ شُروطُ الرَّدِّ بخِيارِ العَيبِ في البيعِ الفَرعُ الأوَّلُ: ثُبوتُ العَيبِ عندَ البائعِ أو المُشْتري مِن شُروطِ خِيارِ العَيبِ أنْ يَثبُتَ العَيبُ عندَ البائعِ أو المُشْتري، والحنابِلةِ؛ وذلك لأنَّ مُطلَقَ العقدِ يَقْتضي سَلامةَ المَبيعِ مِن العُيوبِ، فلا يُعدَلُ عن هذا الأصلِ إلَّا إذا ثَبَتَ خِلافُه الفَرعُ الثَّاني: جَهلُ المُشْتري بوُجودِ العَيبِ مِن شُروطِ ثُبوتِ خِيارِ العَيبِ جَهلُ المُشْتري بوُجودِ العَيبِ، وذلك باتِّفاقِ المذاهبِ الفِقهيَّةِ الأربعةِ: الحنَفيَّةِ، والمالكيَّةِ، والشَّافعيَّةِ، والحنابِلةِ، وحُكِي الإجماعُ على أنَّ العلمَ بالعَيبِ يُسقِطُ الخِيارَ؛ وذلك لأنَّه إذا رآهُ المُشْتري عندَ العقدِ أو القبْضِ فقدْ رَضِيَ به الفَرعُ الثَّالثُ: أنْ يكونَ العَيبُ مُؤثِّرًا يُشترَطُ في الرَّدِّ بخِيارِ العَيبِ أنْ يكونَ العَيبُ مُؤثِّرًا بحيث يَنقُصُ العيْنَ أو القِيمةَ، وذلك باتِّفاقِ المذاهبِ الفِقهيَّةِ الأربعةِ: الحنَفيَّةِ، والمالكيَّةِ، والحنابِلةِ؛ وذلك لأنَّ المَبيعَ إنَّما صار مَحلًّا للعقدِ باعتبارِ صِفةِ الماليَّةِ، فما يُوجِبُ نقْصًا فيها يكونُ عَيبًا الفَرعُ الرَّابعُ: عدَمُ اشتراطِ البَراءةِ مِن العَيبِ\

الفصل الثالث:الخيار في العقود الاسلامية إن المضاربةَ هي دَفْعُ المال إلى مَن يتَّجِر فيه بجزءٍ من ربحه، وهي أداةٌ من أدوات الاستثمار الفردي والجماعي، وهي من العقود المشروعة بإجماع المسلمين، ولا بأس أن يضارب العامل لربِّ مالٍ آخر، ما لم يشغله ذلك عن العمل في المضاربة الأولى. وللمضارب إعادة المضاربة بأن يدفع هذا بأموال المضاربة إلى عاملٍ آخر إذا أُذِنَ له في ذلك أو فُوِّضَ إليه العمل برأيه، ويشترط في ربح المضاربة أن يكون معلومًا، وأن يقسم بين الطرفين على الشيوع، فلو عَيَّنا لأحدهما مبلغًا مقطوعًا- فسدت بلا نزاع؛ لأن هذا يتنافى مع حقيقة المضاربة، وقد أجمع الأئمة الأعلام على أن من شروط صحة المضاربة أن يكون الربح بين رب المال والمضارب على الشيوع دون تحديد قدرٍ معين لأحد منهما. والربح في المضاربة وقاية لرأس المال، فليس للعامل ربح حتى يَسْلَمَ رأس المال، ويقسم الربح بين الطرفين على ما يتفقان عليه، ولا يخسر العامل إلا جهده. ولا ضمان على المضارب في هذا العقد إلا بالتفريط أو التعدي، ولا اعتبار للحِيل التي يُراد بها التحيُّل إلى إبطال هذا الأصل.

والمضاربة من العقود الجائزة، فيجوز فسخها من أحد الطرفين، إلا أنها تلزم بالشروع في العمل في أرجح قولي العلماء، دفعًا للضرر الذي يترتب على الفسخ المفاجِئ. بل وتُعد من أهم صيغ استثمار الأموال فيها. وتستخدم البنوك الإسلامية هذا النوع من العقود بحيث تعقد اتفاق مشاركة بين البنك والمضارب الذي قد يكون فرداً أو شركة لفترة متفق عليها مقدما. يُذكر أن عقود المضاربة كانت موجودة قبل الإسلام، شروط المضاربة إضافة إلى الشروط العامة المطلوبة في أي عقد مثل الإيجاب والقبول والعاقدان والصيغة...هناك مجموعة من الشروط لا بد أن تتوفر حتى يكون عقد المضاربة ناجحا من ناحية استثمارية ومقبولا كذلك من ناحية شرعية. ويمكن تقسيم هذه الشروط الى ثلاثة أقسام، فهناك الشروط المتعلقة برأس المال وتلك المتعلقة بالربح وأخيرا الشروط المتعلقة بالعمل. أولا: شروط رأس المال أو أن يقول مالك السلعة أو العقار للمضارب بعها وضارب في الثمن، وبالتالي يكون وكيلا في بيعها ثم مضاربا في ثمنها بعد قبض مبلغ البيع. 2/ ان يكون رأس المال معلوم القدر و الجنس و الصفة عند التعاقد 3/ألا يكون دينا في ذمة المضارب. 4/تسليم رأس المال الى المضارب وتمكينه ماديا وقانونيا من التصرف فيه حتى يتمكن من استثماره وتوظيفه وفقا للعقد. ثانيا: شروط الربح 1/أن تكون نسبة كل من المضارب ورب المال في الربح معلومة عند التعاقد. 2/أن يكون نصيب كل منهما جزءا شائعا من الربح، وليس من رأس المال. لا حصة في رأس المال. 4/ألا يزاد على حصة أي من الطرفين في الربح منفعة اضافية، 5/ الخسارة يتحملها رب المال إذا لم تكن بسبب تقصير المضارب أو مخالفته لشروط العقد، وأما في حالة العكس فإنه يشترك في هذه الخسارة. فإذا كان البنك الاسلامي هو المضارب فمن الواجب عليه المحافظة على أموال المودعين. ثالثا: شروط العمل 1/العمل من اختصاص المضارب وحده، فصاحب المال مهمته هي تقديم المال وليس العمل. 2/يجوز لصاحب المال أن يشترط على المضارب بأن يمارس عمله في بلد معين، أو نوع معين من السلع أو في العمل الذي يكون فيه مصلحة الطرفين دونما تضييق على المضارب، فيجوز مثلا للمضارب العمل في التجارة وما ينتج عنها كالرهن والإيجار وتأخير الثمن إلى أجل متعارف عليه، 4/ للمضارب أن يدفع المال مضاربة الى غيره، وان يخلط مال المضاربة بمال غيره إذا أطلق صاحب المال يده في التصرف. 5/يجوز للمسلم أن يأخذ المال مضاربة من غير المسلم، فلا يشترط في رب المال

lakhasly.com © تم تلخيص النص بواسطة موقع لخصلي

أن يكون مسلما. وفي حالة المضارب غير المسلم اشترط الفقهاء ألا ينفرد وحده بالتصرف، أي تكون المضاربة مقيدة، ومن ثم تكون المضاربة المقيدة هي الخيار الأمثل. 6/لصاحب المال الحق في فسخ عقد المضاربة متى شاء مالم يبدأ المضارب في العمل. فالمالكية يرون أنه ليس لصاحب المال الحق في فسخ العقد بعد شروع المضارب في العمل، في حين أن الشافعية والحنفية والحنابلة يرون جواز فسخ العقد لصاحب المال. وأما بالنسبة للبنك الإسلامي فإنه ليس له الحق في فسخ العقد لأنه قبل الموافقة يكون قد درس المشروع، إلا في حالة ما إذا كان هناك مشروع أولى منه وهذا إذا لم يكن المضارب قد شرع في العمل. انتهاء المضاربة ● فسخ الشركة بإرادة أحد الطرفين أو كليهما. ● هلاك مال المضاربة. ● موت أحد الشريكين أو فقدانه أهليته أو تصفية المؤسسة المضاربة ● عزل رب المال المضارب وكان المال ناضاً أي نقدا. وفي حال انتهاء المضاربة ومازالت ديونها قائمة فإن كان للمضارب ربح فإنه مجبر على تحصيله لأن هذا من عمله، ولا يأخذ الربح ما لم يقم بتصفية ديون المضاربة. أما المرابحة فهي البيع برأس المال مع زيادة ربح معلوم، وهي صورةٌ من صور البيع، فتحل بما تحل به البيوع، وتحرم بما تحرم به البيوع، والمساومة أحبُّ إلى أهل العلم من المرابحة؛ لأن مبنى المرابحة على الصدق والأمانة، ولا يؤمن هوى النفس في نوع من التأويل أو التدليس، ويجب أن تُصان بيوع المرابحة عن الخيانة والتهمة، وذلك ببيان كل ما يؤثر بيانه في إرادة المشتري ورغبته في الشراء. والصورة الشائعة للمرابحة في الاستثمارات المصرفية المعاصرة أن يتلقى المصرف أمرًا من العميل بشراء سلعة معينة بمواصفات محددة، واعدًا بشرائها بطريق المرابحة، فيقوم المصرف بناء على ذلك بشراء هذه السلعة ثم يبيعها لهذا العميل برأس مالها وزيادة الربح المتفق عليه. وهي على هذا النحو مشروعة، وتبعة الرد بالعيب الخفي ونحوه من موجبات الرد بعد التسليم، وتوافرت فيها شروط البيع وانتفت موانعه. والوعد الذي يصدر من الآمِر أو المأمور على وجه الانفراد يكون مُلزِمًا للواعد ديانةً إلا لعذر، وهو مُلزِم قضاءً إذا كان معلقًا على سبب ودخل الموعود في كلفة نتيجة الوعد. أما المواعدة وهي التي تصدر من الطرفين، فإنها تجوز في بيع المرابحة بشرط الخيار للمتواعدين كليهما أو أحدهما، فإذا لم يكن هناك خيار فإنها لا تجوز؛ لأن المواعدة الملزمة في بيع المرابحة تشبه البيع نفسه، حيث يشترط عندئذٍ أن يكون البائع مالكًا للمبيع؛ لنهي النبي ﷺ عن بيع الإنسان ما ليس عنده12 . 12 فقد أخرج أحمد في «مسنده» (3/402) حديث (15346)، وأبو داود في كتاب «البيوع» باب «في الرجل يبيع ما ليس عنده» حديث (3503)، من حديث حكيم بن حزام قال: أتيت رسول الله ﷺ فقلت: يأتيني الرجل يسألني من البيعِ ما ليس عندي أبتاعُ له من السوق ثم أبيعه؟ قال: «لَا تَبِعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ»، وقال الترمذي: «حديث حسن»، ويُمكن تقسيمُ هذه الصِّيَغ التي يلجأ إليها المصرفُ الإسلامي إلى مجموعتَين رئيسيتَين: وهذه لا تزال ضعيفةً لدَى المصارف الإسلامية؛ لأنَّ الاستثمار فيها يَنبني على مخاطرَ عالية. الثانية: الصِّيغ المعتمدة على الدُّيون، ويقصد بها تلك التي تتمخَّض في دفاترِ البنك عن التزامات مُطلَقة بالدفع مِن قِبل المستفيدين مِن التمويل، وليستِ النقود كما هي البنوك الرِّبوية. بل يُؤجَّل الثمن إلى مَيْسرة في إرفاق يشبه القرض، وهذا فارق مهم. وأهمُّ هذه الصِّيغ المعتمدة على الديون هي صيغةُ المرابحة للآمر بالشراء. وصورته: أن يطلب المشتري مِن المصرف (البنك) سلعةً ليستْ عنده، ● عميل يريد شراءَ البضاعة. ● وبنك ليس لديه هذه البضاعة. ● ومُورِّد يملك البضاعة. وتبدأ هذه العملية مِن تقدُّمِ العميل للمصرف، طالبًا الحصولَ على سلعة لا يملك ثمنها، فيعقد مواعدةً على الشراء من المصرف نسيئةً بربح يتحدَّد كنسبة مئوية من تكاليفِ الحصول عليها، وطلب الضماناتِ الكافية، قام بشراء هذه السِّلْعة، وعندَ ورود مُستندات ملكية البنك للسِّلعة يُوقِّع مع العميل عقدَ بيع يتضمَّن الثمن الفعلي، والمصاريف الأخرى كافَّة، والربح المتَّفق عليه، ثُمَّ يذهب العميلُ ليتسلمَ السلعة من المورِّد. والأصل في البيع أنْ تكونَ السِّلعة المبيعة حاضرةً عندَ البيع لدى البائع، ولكن هذا غيرُ متاح بالنسبة للمصرف؛ لأنَّه بحُكم وظيفة الوساطة المالية التي يتميَّز بها عن التاجر ـ لا يتمكَّن من إيجاد المستودعات المليئة بالسلع والأصول كالسيارات، والطائرات، والمنازل، والأثاث ونحوها؛ لذلك أُدْخِلتْ في العقد فكرةُ (الأمر بالشراء)؛ أي: إنَّ المصرف لا يشتري السلعة إلاَّ إذا أمرَه العميل بذلك. وأنَّ العميل الذي يَعِدُ البنكَ يجب أن يكون جادًّا ملتزمًا بتنفيذ الوعد، فقد أجاز بعضُ الفقهاء المعاصرين أن يلزم المصرف العميل بالتعويضِ عن الضرر الذي يلحق المصرفَ مِن جرَّاء عدم الوفاء، وهذا الضرر يتمثَّل في الخَسارة التي ربَّما لَحِقَتْ بالبنك عندما يَبيع السلعةَ إلى عميل آخر، فإذا باعها بالتكلفة نفسها أو برِبْح، فليس له أن يطالبَ ذلك العميل بأيِّ تعويض، وهو إنْ خسر لا يطالبه إلا بالخَسارة الحقيقيَّة. وفِكرة الإلزام بالوعد عن طريقِ تحمُّلِ الخسائر. أرى أنَّ بيع المرابحة للواعِد بالشراء جائزةٌ بشرْط عدم الإلزام، وأن يكون الخيارُ للبائع والمشتري على حدٍّ سواء، وإذا اشترى التاجرُ أو المصرف البضاعة، وتحقَّق الواعدُ مِن مطابقتها، ورغِب في شرائها كان له ذلك بإيجابٍ وقَبول جديدَيْن. أما الشركة فهي الاجتماع في استحقاق أو تصرف، أو هي استقرار ملكية شيء له قيمة مالية بين اثنين أو أكثر لكلِّ واحد منهما أن يتصرف فيه

lakhasly.com © تم تلخيص النص بواسطة موقع لخصلي

تصرف المالك، ومنها ما يرجع إلى العقد، ومن ناحية مشروعيتها منها ما هو مُتَّفَق عليه، ومنها ما هو مُختلَفٌ فيه، وقد أجمع المسلمون على جواز الشركة في الجملة، وإن كانوا قد اختلفوا في أنواع منها، ويمكن استخدامها في تمويل الأنشطة الاقتصادية المختلفة. ومن أبرز أنواع الشركات في الفقه الإسلامي شركة العنان، وهي أنسب أنواع الشركات لأعمال المصارف فهي تقوم على اشتراك طرفين بأموالهما على أن يعملا فيها والربح بينهما، أو على أن ينفرد أحدهما بالعمل مقابل زيادة في نسبة ما يخصه من ربح، ولا شك أنها على هذا النحو هي النوع الذي يتفق مع طبيعة العمل المصرفي، حيث يقوم المصرف بالمساهمة في المشروع القائم، أو المزمع قيامه مفوضًا إلى شريكه الاضطلاع بكافة المهام الاستثمارية مكتفيًا هو بدور الرقابة العامة والمتابعة الإجمالية. وتكاد تتفق كلمة الفقهاء في الجملة على أن الإسلام ليس شرطًا في صحة عقد الشركة، فالشركة بين المسلم وغير المسلم صحيحة في الجملة، شريطة التأكد من شرعية أعمال الشركة والتزامها بالمعايير الشرعية. هذا، ويتميز أسلوب البنك الإسلامي في التمويل بالمشاركة عن أساليب البنوك التجارية في التمويل الإقراض في أن مشاركةَ البنك الإسلامي تتطلب اشتراك البنك بخبراته المختلفة في البحث عن أفضل مجالات الاستثمار والطرق التي تؤدي إلى ضمان نجاح المشروع وتؤكد ربحيته. أنواع المشاركات في المصارف الإسلامية: أولًا: المشاركة الدائمة: وهي اشتراك البنك في مشروع معين بهدف الربح، دون أن يتم تحديد أَجَلٍ معين لانتهاء هذه الشركة، ومثال ذلك اشتراك البنوك الإسلامية في إنشاء الشركات المساهمة، أو بهدف البقاء فيها لأسباب معينة. ثانيًا: المشاركة المؤقتة: وهي اشتراك البنك في مشروع معين بهدف السرعة مع تحديد أَجَل أو طريقة لإنهاء مشاركة البنك في هذا المشروع في المستقبل، أـ المشاركة في تمويل صفقة معينة: وهي اشتراك البنك الإسلامي مع أحد التجار أو إحدى المؤسسات في تمويل صفقة معينة على أن يقتسما الربح بنسب معينة، فيتم تصفية الصفقة واحتساب حصة كل طرف من الأرباح وتسليمها له بعد إعادة رأسماله له، وبهذا تنتهي الشركة. وهي اشتراك البنك الإسلامي مع طرف أو أطراف أخرى في إنشاء مشروع معين برأسمال معين، على أن يقوم الطرف الآخر (الشريك الآخر، ويصبح الشريك الآخر هو مالك المشروع ويخرج البنك من الشركة. الاستصناعُ لُغةً: صَنَعَه يَصنَعُه صُنْعًا، فهو مَصنوعٌ وصُنْعٌ: عَمِلَه، وهي العطيَّةُ والكَرامةُ والإحسانُ عقْدُ الاستِصناعِ اصطلاحًا: هو عقْدٌ على مَبيعٍ في الذِّمَّةِ شُرِطَ فيه العملُ. حُكْمُ الاستِصناعِ: يَجوزُ الاستِصناعُ بشُروطِه، وبه صدَرَ قَرارُ مَجمَعِ الفِقهِ الإسلاميّ، وحُكِي الإجماعُ العمَليُّ على ذلك الأدلَّةُ: أوَّلًا: مِنَ الكِتابِ قولُه تعالى: قَالُوا يَا ذَا الْقَرْنَيْنِ إِنَّ يَأْجُوجَ وَمَأْجُوجَ مُفْسِدُونَ فِي الْأَرْضِ فَهَلْ نَجْعَلُ لَكَ خَرْجًا عَلَى أَنْ تَجْعَلَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ سَدًّا * قَالَ مَا مَكَّنِّي فِيهِ رَبِّي خَيْرٌ فَأَعِينُونِي بِقُوَّةٍ أَجْعَلْ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ رَدْمًا [الكهف: 94، قال ابنُ عبَّاسٍ: خَرْجًا: أجْرًا عَظيمًا وَجْهُ الدَّلالةِ: وهذا هو الاستِصناعُ بعَينِه، وشَرْعُ مَن قبْلَنا شَرْعٌ لنا ما لم يُنسَخْ. ثانيًا: مِنَ السُّنَّةِ 1- عن نافعٍ، أنَّ عبْدَ اللهِ بنَ عُمرَ رَضِيَ اللهُ عنهما حدَّثه: ((أنَّ النَّبيَّ صلَّى اللهُ عليه وسلَّم اصطَنَعَ خاتمًا مِن ذهَبٍ، أي: أمَرَ أنْ يُصنَعَ له، كما تقولُ: اكتَتَبَ، أي: أمَرَ أنْ يُكتَبَ له 2- عن سَهلِ بنِ سَعدٍ رَضِيَ اللهُ عنه، أجْلِسُ عليهنَّ إذا كلَّمتُ النَّاسَ)) ثالِثًا: لإجماعِ النَّاسِ على ذلك؛ لأنَّهم يَعمَلون ذلك في سائرِ الأعصارِ مِن غَيرِ نَكيرٍ رابعًا: لأنَّ الحاجةَ تَدْعو إليه؛ لأنَّ الإنسانَ قدْ يَحتاجُ إلى خُفٍّ أو نَعلٍ مِن جِنسٍ مَخصوصٍ، ونَوعٍ مَخصوصٍ، على قدْرٍ مَخصوصٍ وصِفةٍ مَخصوصةٍ، وقلَّما يَتَّفِقُ وُجودُه مَصنوعًا؛ فيَحتاجُ إلى أنْ يَستَصْنِعَ، خامسًا: لأنَّ فيه مَعْنى عَقدَينِ جائزينِ ـ وهما السَّلَمُ والإجارةُ ـ؛ واستِئجارُ الصُّنَّاعِ يُشْتَرَطُ فيه العمَلُ، وما اشتَمَلَ على مَعنى عقْدينِ جائزينِ كان جائزًا سادسًا: لأنَّه وإنْ كان مَعدومًا، إلَّا أنَّه أُلحِقَ بالموجودِ؛ كالمُسْلَمِ فيه، فلم يكُنْ بَيْعَ ما ليْس عندَ الإنسانِ على الإطلاقِ. ذهب الفقهاء إلى ثبوت خيار العيب وخيار الوصف للمستصنع. فإذا جاء الصانع بالشيء المطلوب مصنوعا , ولكن تبين أن فيه عيبا , أو أنه قد فقد فيه بعض الأوصاف المرغوبة للمستصنع التي شرطها في العقد , أو أن فيه مخالفة للأصول المتعارف عليها في صناعة مثل ذلك الشيء , يكون الصانع مسئولا , ولا يلزم المستصنع قبول ذلك الشيء المصنوع على حاله. فإن لم يتمكن الصانع من إتمام النقص أو إصلاح العيب على وجه سليم , ومطابق للمواصفات المتفق عليها والأصول المتعارف عليها , فيكون للمستصنع المطالبة بمصنوع آخر بديل مستكمل للشروط والأوصاف المتفق عليها أو فسخ العقد. وإن تراضيا على تعويض عن النقص جاز. ؟ خيار الرؤية وإذا أحضر الصانع العين للمستصنع على الصفة المشروطة , ورآها. الرواية الأولى: أنه إذا أحضر الصانع العين على الصفة المشروطة فقد سقط خيار الصانع , وللمستصنع الخيار أي أنه يكون العقد لازما بالنسبة للأول دون الثاني. وذلك لأن الصانع بائع للمستصنع ما لم يره , فلا خيار له. وأما المستصنع فمشترى ما لم يره , فكان له خيار الرؤية , إذا رآه. وإنما كان كذلك لأن العقد غير لازم , فالخيار كان ثابتا للصانع والمستصنع قبل الإحضار. والصانع بإحضاره المصنوع أسقط خيار نفسه فبقي خيار صاحبه (وهو المستصنع) على حاله , كالبيع الذي شرط فيه شرط الخيار للمتعاقدين , كذا هذا. وهذا هو جواب ظاهر الرواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد رضي الله عنه. وعلى أساسه يسقط

lakhasly.com © تم تلخيص النص بواسطة موقع لخصلي

خيار الصانع بعد إحضار السلعة إلى المستصنع , ويثبت خيار الرؤية للمستصنع لأنه يشتري ما لم يره. الرواية الثانية: روي عن أبي حنيفة رحمه الله أن لكل واحد منهما الخيار. ووجه هذه الرواية أن في تخيير كل واحد منهما دفع الضرر عنه ودفع الضرر واجب. الرواية الثالثة: روى عن أبي يوسف رحمه الله أنه لا خيار لهما , أي أن العقد يكون لازما وذلك لأن الصانع قد أفسد متاعه , وجاء بالعمل على الصفة المشروطة فلو كان للمستصنع الامتناع عن أخذه لكان فيه إضرار بالصانع. بخلاف ما إذا قطع الجلد ولم يعمل , فقال المستصنع: لا أريد , لأنا لا ندري أن العمل يقع على الصفة المشروطة أو لا يقع , فلم يكن الامتناع منه إضرار بصاحبه فثبت الخيار. وقد جاء في بحث العلامة الشيخ مصطفى الزرقا حول هذا الموضوع قوله: اليوم بعد أن أصبح نقل العملات النقدية وحساباتها من المشارق إلى المغارب يتم بفركة زر , وأصبحت الصفقات التجارية الضخمة تعقد على الملايين , وأصبح التاجر والمستصنع والصانع بالوسائل الآلية الهائلة يبني حساباته وحقوقه والتزاماته فيما لديه وما عليه وما إليه , على توقيت زمني دقيق بحيث لو اختلت معه حلقة من ذلك لجرت سلسلة من المشكلات في ارتباطاته المتداخلة والمتشابكة. نقول: في ظروف كهذه اليوم يجب أن يطمئن كل متعامل ومتعاقد إلى أن ما تعاقد عليه قد ثبت ويستطيع أن يبني عليه. . . فهذا يقتضى أن يكون عقد الاستصناع لازما منذ انعقاده. إذ إن الاستصناع لم يبق محصورا في الحاجات البسيطة كالخف والحذاء. . . بل أصبح العدول من أحد الطرفين بعد التعاقد بحكم خيار الرؤية دون عيب أو مخالفة وصف , قد يترتب عليه أضرار عظيمة جسيمة للطرف الآخر , اشتراط البراءة من العيوب أما في خصوص مسألة اشتراط البراءة من العيوب , فلم يتعرض الحنفية ولا غيرهم لهذه المسألة ضمن كلامهم في الاستصناع وتعرض لها فضيلة العلامة الشيخ مصطفى الزرقا ضمن بحثه في الاستصناع , فقال: (أرى أن اشتراط البائع في عقد الاستصناع عدم مسئوليته عن عيوب المبيع الذي سيصنعه أو اشتراطه تحديد هذه المسئولية , لا يصح مطلقا , بل يكون شرطا باطلا , ويبقى الصانع مسئولا مسئولية كاملة عن كل عيب يوجد في المصنوع. وإن كان هذا الاشتراط في البيع العادي معقولا , لأن هذا الشرط يحمي سوء النية من البائع الصانع , ويفسح له مجالا لعدم المبالاة بإتقان عمله والتزام الدقة التقانية (التكنولوجية) فيه , كما يقتضيه العقد. وهذا ينعكس ضررا بالغا على المشترى الذي بنى عقده على الثقة بالمتعاقد معه ولم يقبل بأداء الثمن الذي قد يكون باهظا جدا إلا على أساس تلك الثقة وافتراض حسن النيه وعدم الإهمال. وهذا الاستثناء في عقد الاستصناع من جواز اشتراط عدم مسئولية البائع عن عيوب المبيع سببه أن المبيع في عقد الاستصناع معدوم حين العقد وسيصنعه البائع نفسه , فيكون قصده من هذا الشرط حماية نفسه من مسئولية الإهمال أو الخطأ أو الجهل بأصول صنعته التي يمارسها على أساس متقن لها) . وعلى هذا الأساس لا يجوز في الاستصناع اشتراط البراءة من كل عيب يظهر في المصنوع , وإن أجاز ذلك الحنفية في البيع المطلق. والفرق بين الأمرين: فيرغب في التخلص من تبعتها لئلا تكون مثار نزاع بينه وبين المشتري. ـ أما في الاستصناع فإن الصانع هو الذي يتولى العمل , ويتمكن من الحيلولة دون دخول العيوب في المصنوع سواء من جهة المواد أو من جهة الصنعة , فاشتراطه البراءة من جميع العيوب يتيح له الغش في المواد وفي العمل أو يتيح له تغطية جهله بأصول الصنعة , والتهرب من نتائج تصديه لما هو ليس من أهله. أما اشتراط البراءة من اشتمال المصنوع على عيب معين يبينه للمستصنع , فهو يجوز عند بعض الفقهاء المعاصرين كما يجوز ذلك في البيع المطلق. أو تكون مستعملة لا جديدة , أو يكون في الصنعة نقص من ناحية معينة , فإن حصل اشتراط ذلك برئ الصانع من المسئولية عن ذلك النقص. الإيجار المنتهي بالتمليك:تعود فكرة البيع الإيجاري (الإيجار المنتهي بالتمليك) إلى القانون الإنجليزي حيث لجأ أحد التجار بإنجلترا إلى هذه الطريقة المعروفة في القانون الأنلجو أمريكي باسم (Hir–Pur Chass) قاصداً رواج مبيعاته بتشجيع عملائه على الشراء بالتقسيط مع وجود ضمان كاف للتاجر نفسه حيث تبقى ملكيته للعين، ثم ما لبثت هذه الطريقة أن انتشرت نتيجة إنتاج الصناعات الكثيرة فلجأ إليها العديد من المصانع الكبيرة لتسويق مصنوعاتها مثل مصنع سنجر حيث كان يتعامل مع عملائه عن طريق عقد إيجار يتضمن إمكانية تملك الآلات المؤجرة بعد تمام سداد مبلغ معين يمثل في حقيقته ثمناً لها، ثم تطور هذا العقد عن طريق مؤسسات السكك الحديدية التي كانت تشتري مكائن خاصة لمناجم الفحم من خلال البيع الإيجاري. وذلك منذ بداية هذا القرن. صور الإيجار المنتهي بالتمليك في الفقه الإسلامي للإيجار المنتهي بالتمليك صور حسبما ذكرها المعاصرون من أهمها: الصورة الأولى: أن يتم الإيجار بين الطرفين، ثم يلحق هذا العقد بوعد بيع العين المستأجرة مقابل مبلغ (حقيقي، أو رمزي) يدفعه المستأجر في نهاية المدة بعد سداد جميع الأقساط الإيجارية المتفق عليها. الصورة الثانية: أن يتعاقد الطرفان على تأجير العين (الدار، أي أن المؤجر يهبها للمستأجر بعد انتهاء زمن محدد يدفع فيه جميع الأقساط الإيجارية المستحقة.

lakhasly.com © تم تلخيص النص بواسطة موقع لخصلي