

تاريخ الإرسال (2021-01-21)، تاريخ قبول النشر (2021-03-21)

د. عبد الله محمد احمد أبو شنار

اسم الباحث الأول:

الفقه وأصوله-كلية الشريعة-الجامعة الأردنية

اسم الجامعة والبلد:

* البريد الإلكتروني للباحث المرسل:

E-mail address:

abd1382009abd@gmail.com

تحويل العقود الربوية إلى عقود مضاربة

<https://doi.org/10.33976/IUGJLS.29.3/2021/4>

الملخص:

يتكلم البحث عن مسألة فقهية، ويجب عن سؤال مهم جداً؛ وهو: هل يمكن تحويل العقود الربوية إلى عقود مضاربة؟ وذلك بعد إنشاء العقد الربوي في البنوك التقليدية، ثم بدأ لأحد المتعاقدين التوبة من هذه المعصية وتحويل العقد من عقد محرم إلى عقد مشروع؛ وذلك لصعوبة إلغاء هذه العقود لكثرتها في البنوك، والتزام كل منهما بشروط العقد عند إبرامه، وخضوع البنك التقليدي إلى قوانين البنك المركزي، فجاء هذا البحث ليجد البديل الشرعي دون إلحاق الضرر بأحد المتعاقدين وبما يحقق المصلحة لهما، مع إمكانية تطبيق ذلك، بدراسة الطریق والآثار المترتبة على ذلك، مع التنبيه على أنه لا يجوز إنشاء العقد بهدف التحويل بعد ذلك، لكن الكلام فيمن أنشئ العقد ثم بدى له الرجوع عن ذلك الحرام وكانت تائباً، قال ابن تيمية: (ومن تدبر أصول الشرع علم أنه يتلطف بالناس في التوبة بكل طريق).

كلمات مفتاحية: تحويل - العقود - الربوية - مضاربة.

Converting Usurious Contracts into Speculative

Abstract:

The research talks about a jurisprudential issue, and answers a very important question; Can usurious contracts be converted into speculative contracts? That is after establishing the usurious contract in traditional banks. So we assume that one of the contractors wants to repent from this sin and wants to convert the contract from a forbidden contract to a legitimate contract. Certainly, this will pose a great challenge due to the difficulty of canceling these contracts due to their large numbers in banks, and the commitment of each of the contractors to the terms of the contract when signing it, and the submission of the traditional bank to the Central Bank's laws. This research came to find a legitimate alternative without harming one of the contracting parties and in a way that achieves the interest of both, with the possibility of applying this by studying the methodology and the implications of that, taking into account that it is not permissible to create the contract with the aim of changing it later. We mean here the one who created the contract and then had the intention of repentance.

Ibn Taymiyyah said: "Whoever contemplates the principles of Sharia, knows that it opens all roads for people to repentance.

Keywords: Converting - usurious - contracts - speculative .

مقدمة:

إن الله تعالى أكمل الدين، وأتمه بمنه وكرمه، فالشريعة كاملة لا نقص فيها ولا خلل، قال تعالى: ﴿الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيْتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا﴾⁽¹⁾، ومن مقتضيات كمال الشريعة أنها جاءت من أجل تحقيق المصالح وتكثيرها وتكميلها وطرد المفساد وتقليلها وتعطيلها، وهذا منهج عام في جميع الأحكام الشرعية، يقول العز بن عبد السلام: (من مارس الشريعة، وفهم مقاصد الكتاب والسنة علم أن جميع ما أمر به لجلب مصلحة أو مصالح، أو لدرء مفسدة أو مفساد، أو للأمرين، وأن جميع ما نهى عنه، إنما نهى عنه لدفع مفسدة أو مفساد، أو للأمرين، والشريعة طافحة بذلك)⁽²⁾.

ولما كان من أهم المقاصد الشرعية جلب المصالح، ودرء المفساد شرع الله ما يرفع النزاع بين الناس في المعاملات المالية، فهو من المصالح المعتبرة، فشرع لنا العقود وأمرنا بالالتزام بالشروط التي بنيت على التراضي، ورسم لنا الشارع الحكيم منظومة من العقود تلبي حاجات الناس وترفع عنهم الحرج، بل جعل من أهم قواعدها أن الأصل في المعاملات الإباحة، وكان المحرم منها قليلاً ويسيراً، فجعل منها عقود مشروعة صحيحة، وعقود غير مشروعة وغير صحيحة، وصنفها إلى عقود معاوضة وعقود تبرع وإلى عقود بسيطة ومركبة، وكل ذلك لسد حاجات الناس.

وفي ظل العولمة الاقتصادية وسيطرة النظام الرأسمالي على الأنظمة المالية في البلاد الإسلامية، أصبحت البنوك مرتعاً للربا ومكاناً يعصى الله فيه جهازاً نهاراً، لكن ظهر اتجاه يبحث عن البدائل الإسلامية، فظهر مفهوم التحويل المصرفي، متدرجاً بفتح نوافذ إسلامية أو أسلمت بعض المعاملات حتى وصلت كثير من البنوك إلى التحويل الكامل من بنوك تقليدية إلى بنوك إسلامية، فكثرت الأسئلة عن أحكام المعاملات الربوية بعد التحويل، وهل يمكن إبطالها؟ أم أنه يستمر العمل فيها وذلك بإزالة ما علق من البطان والفساد؟ وكان من أهم البدائل الشرعية تحويل القروض الربوية إلى عقود مضاربة، وهذا فيما يتعلق بالتمويل التجاري، بحيث يكون القرض موجوداً في مشروع استثماري، وهنا ظهر من يطالب بتحويل هذا المشروع الاستثماري بالقرض الربوي إلى عقد مضاربة، بحيث يكون المصرف رب المال، ويكون العميل هو المضارب، فهذا من الناحية النظرية يمكن تطبيقه أما من الناحية العملية يحتاج إلى بيان وتوضيح لكيفية تحويل العقود الربوية إلى عقود مضاربة، وبيان الأحكام الشرعية، والآثار المترتبة عليه، وما يتعلق به من الضوابط الشرعية.

وعند البحث والتقصي لم أظفر ببحث يفصل بشكل كامل موضوع تحويل العقود الربوية إلى عقود مضاربة - في حدود ما علمت - ؛ فانشرح صدري بعد الاستشارة والاستشارة، أن أشرك بمساهمة في تكميل دائرة الدراسات الفقهية الأصولية؛ فكان موضوع بحثي - إن شاء الله تعالى - :

(تحويل العقود الربوية إلى عقود مضاربة)

مشكلة الدراسة: تسعى هذه الدراسة لتجيب الإجابات الفقهية المناسبة حول موضوع من أهم الموضوعات في المصارف التقليدية:

1. هل يمكن تحويل العقود الربوية إلى عقود مضاربة؟
2. ما الحكم الشرعي المتعلق بتحويل العقود الربوية إلى عقود مضاربة؟

1 () (سورة المائدة 3).

2 () أبي قاسم الشافعي، مختصر الفوائد في أحكام المقاصد، (ص 209).

3. ما الفروق بين العقود الربوية وعقود المضاربة؟

4. هل يمكن تصحيح العقود الفاسدة؟

5. ما الضوابط الشرعية لتحويل العقود الربوية إلى عقود مضاربة؟

6. ما الآثار المترتبة على تحويل العقود الربوية إلى عقود مضاربة؟

أهمية الدراسة: تكمن أهمية البحث في أنه :

1. يبحث عن قضية شغلت العلماء المعاصرين والهيئات الشرعية في المصارف الإسلامية.
2. كما تكمن أهميته في أنه بحث يجمع بين الأصالة والمعاصرة إلى حد كبير جدًا.
3. وتظهر أهميته في أنه يشكل مطلب كبير ممن شرح الله صدره لتوبة من الربا.
4. وتتجلى أهمية أيضا في أنه يمكن تطبيقه من الناحية النظرية والعملية.
5. كما يوضح البحث قدرة الشريعة الإسلامية على إيجاد البديل الإسلامي بما يحقق المصالح وفق الشارع الحكيم.

أهداف الدراسة: تهدف الدراسة إلى بعض الأمور منها:

- 1- تعريف التحول الربوية إلى عقود مضاربة.
- 2- بيان الفروق بين العقود الربوية وعقود المضاربة.
- 3- بيان الأدلة الشرعية في جواز تحويل العقود الربوية إلى عقود مضاربة
- 4- تحديد الضوابط الشرعية لتحويل العقود الربوية إلى عقود مضاربة
- 5- بيان الآثار المترتبة على تحويل العقود الربوية إلى عقود مضاربة.

الدراسات السابقة:

هناك دراسات في موضوع التحول بشكل عام فيما يتعلق بالمصارف التقليدية، ومنها:

1. (دراسة تمهيدية في تحول العقود في الفقه والقانون دراسة مقارنة وموازنة إعداد: عبد الحميد محمود البعلبي)، وهذا البحث يتكلم عن تحويل العقود بشكل عام وليس خاص في تحول العقود المحرمة إلى عقود مباحة.
2. (تحول الأحكام في عقود المعاوضات المالية رسالة دكتوراه لطالب محمد فوزي عبدالله الحادر)، وهذا خاص في عقود المعاوضات المباحة، وليس له علاقة بموضوع بحثنا.
3. (و) تحول العقد المالي وأثره في الفقه الإسلامي إعداد: حيدر جبار محمود)، وهذا البحث يتحدث عن الآثار المتعلقة بالتحويل بشكل عام وليس خاص بتحويل العقود الربوية إلى عقود مضاربة.
4. (تحول عقد الشركة في الفقه الإسلامي إعداد أيمن صالح)، وهذا يتعلق بالشركات وليس له علاقة ببحثنا.
5. (أثر التحول المصرفي في العقود الربوية إعداد: عمار احمد عبدالله) لكن هذه الرسائل والأبحاث تتحدث عن تحول العقود المشروعة إلى عقود مشروعة أخرى، ومن طرح التحول من العقود المحرمة إلى عقود مباحة لم يذكرها تحول العقود الربوية إلى عقود مضاربة، ومع ذلك كله فإني أرى أن هذا الموضوع يحتاج إلى بحث مفصل قدر الإمكان.

اتباع الباحث المنهج الوصفي التحليلي القائم على:

استقراء جميع ما كتبه العلماء في تحول القروض الربوية إلى عقود مضاربة ما تيسر الأمر لي، سواء ما كتبه العلماء القدامى أو المعاصرون.

توضيح المسائل الأصولية والفقهية التي وردت في هذه الدراسة، لأن الحكم على الشيء فرع عن تصوره، وبيان الإشكالات التي تظهر في الدراسة وإيجاد الحلول المناسبة لها.

مقارنة أقوال العلماء في المسائل إن وجدت لهم أقوال، أما إن لم توجد لهم أقوال فقد لجأ الباحث إلى تخريج أصول هذه الدراسة على الفروع في كل مذهب ما استطعت إلى ذلك سبيلاً.

وكانت خطة البحث على النحو الآتي:

فكان البحث في مقدمة ومطالب ستة وخاتمه:

المطلب الأول: تعريف التحول.

المطلب الثاني: هل النهي يقتضي الفساد

المطلب الثالث: حكم تصحيح العقد الباطل.

المطلب الرابع: حكم تصحيح العقود الفاسدة.

المطلب الخامس: الفرق بين العقود الربوية وعقد المضاربة.

المطلب السادس: أدلة جواز تحول العقود الربوية إلى عقود مضاربة.

المطلب السابع: ضوابط تحول العقود الربوية إلى عقود مضاربة.

المطلب الثامن: آثار تحول العقود الربوية إلى عقود مضاربة.

المطلب التاسع: كيفية تحول العقود الربوية إلى عقود مضاربة.

وأسال الله . عز وجل . أن يجزي خير الجزاء كل من ساعدني في انجاز هذا البحث من توجيه ونصح، وأختم مقدمتي بقول صاحب القاموس: (ضارعاً إلى من ينظر من عالم في عملي أن يستر عثاري وزللي، وأن يسدد بسداد فضله خللي، ويصلح ما طغى به قلبي، وزاغ عنه البصر، وقصر عنه الفهم، وغفل عنه خاطر، فإن الإنسان محل نسيان)⁽¹⁾.

وقفنا الله لخدمة دينه، وألهما الرشد والسداد، والسير على هدى نبيه محمد صلى الله عليه وسلم وتوج أعمالنا بالإخلاص والرضا والقبول.

(رَبَّنَا لَا تُزِغْ قُلُوبَنَا بَعْدَ إِذْ هَدَيْتَنَا وَهَبْ لَنَا مِنْ لَدُنْكَ رَحْمَةً إِنَّكَ أَنْتَ الْوَهَّابُ)

والله ولي التوفيق.

المطلب الأول: تعريف التحول:

تعريف التحويل: الحاء والواو واللام أصل واحد، و(تَحَوَّلَ) من مكانه انتقل عنه و(حَوَّلْتُهُ) (تَحْوِيلًا) نقلته من موضع إلى موضع، تَحَوَّلَ مِنْ حَالٍ إِلَى حَالٍ، أَوْ أَحَالَ الرَّجُلُ: تَحَوَّلَ مِنْ شَيْءٍ إِلَى شَيْءٍ، وَقَالَ الرَّاعِبُ: حَوَّلْتُ الشَّيْءَ فَتَحَوَّلَ: غَيَّرْتُهُ فَتَغَيَّرَ، إِمَّا

1 () للفيروز آبادي، القاموس المحيط، (1 / 58 . 59).

بالذات أو بالحكم أو بالقول، وقولك: حَوَّلْتُ الْكِتَابَ: هو أن تَنْقُلَ صُورَةَ ما فيه إلى غيره، من غيرِ إِزَالَةِ الصُّورَةِ الْأُولَى، والاسمُ الحَوْلُ والحَوِيلُ كَعَنْبٍ وَأَمِيرٍ ومنه قوله تعالى: (لَا يَبْغُونَ عَنْهَا حِوَالًا)⁽¹⁾.
والتحول التنقل من موضع إلى وضع آخر، والانتقال من حال إلى حال وهو الحد الفاصل بين أمرين يكون الأمر المتحول إليه أحسن من الأمر الأول⁽²⁾.

وبعد هذا العرض يتضح لنا أن التحول أو التحويل يطلق على عدة معاني في اللغة:

1. الانتقال من حال إلى حال أو من شكل إلى شكل، ومنه قوله تعالى: (خَالِدِينَ فِيهَا لَا يَبْغُونَ عَنْهَا حِوَالًا)⁽³⁾، ومعنى ذلك تأكيد الخلود بنفي التحول والانتقال⁽⁴⁾، (قال ابن عباس: لا يريدون أن يتحولوا عنها كما ينتقل الرجل من دار إذا لم توافقه إلى دار أخرى)⁽⁵⁾.
2. التبديل إلى شكل آخر، ومنه قوله تعالى: (فَلَا يَمْلِكُونَ كَشْفَ الضَّرِّ عَنْكُمْ وَلَا تَحْوِيلًا)⁽⁶⁾، أي لا يستطيعون تبديل الضر عنكم إلى غيركم⁽⁷⁾.
3. التغيير لشيء جرت به العادة، ومنه قول تعالى: (سُنَّةَ مَنْ قَدْ أَرْسَلْنَا قَبْلَكَ مِنْ رُسُلِنَا وَلَا تَجِدُ لِسُنَّتِنَا تَحْوِيلًا)⁽⁸⁾، أي لا يستطيعون تغيير وتحويل ما جرت به العادات⁽⁹⁾.
4. الاستحالة: وهي التي ذكرها الفقهاء في تحول الأعيان المحرمة والنجسة عن أوصافها مما يجعلها طاهرة أو مباحة، والاستحالة: (انقلاب حقيقة إلى حقيقة أخرى نحو: خمر صار خلًا)⁽¹⁰⁾.
5. الانقلاب في العقود، وقد يطلق التحول على القلب أو الانقلاب وهي من الكلمات المترادفة، إلا أن التحول يكون التغيير المترتب عليه سريعاً وقد يكون بطيئاً، وأما القلب أو الانقلاب فإنه يكون سريعاً، ولكن تم التعبير في عنوان البحث (بالتحويل)؛ وذلك لأن المعاملات المصرفية هذه الأيام يستحيل قلب العقود فيها بسرعة، فهي تحتاج إلى تدرج وموافقات

1 () ينظر: ابن فارس، معجم مقاييس اللغة (مادة حول) (121/2). الفيومي، المصباح المنير كتاب الحاء مادة: حول، الزبيدي، تاج العروس (366/28).

2 () ينظر: ابن منظور: لسان العرب، (184/11).

3 () (سورة الكهف: 108)

4 () ينظر: الألوسي: روح المعاني (74/9).

5 () (البيغوي، تفسير البيغوي (212/5).

6 () (سورة الإسراء: 56).

7 () ينظر: الألوسي، روح المعاني (142/9)، ابن كثير: تفسير القرآن العظيم، (88/5).

8 () (سورة الإسراء: 77).

9 () ينظر: الألوسي، روح المعاني (190/9).

10 () ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، رد المحتار على الدر المختار (316/1).

قانونية بعد الموافقة من الجمعية العمومية، وكذلك دراسة أثر التحول على اقتصاد المصرف، وكذلك تعديل النظام الداخلي وغير ذلك⁽¹⁾.

تعريف التحول في الاصطلاح:

لم يذكر الفقهاء تعريفاً خاصاً لمصطلح التحول في العقود لكن ذكر معناه ضمن التطبيقات الفقهية في أبواب كثير منها: التحول عن القبلة الأولى إلى الكعبة المشرفة، والتحول من دار الحرب إلى دار الإسلام، ومتى يتحول المسافر إلى مقيم؟ ومتى يتحول المقيم إلى مسافر؟ وفي المعاملات ذكر التحول كثيراً في العقود مثل تحول الاستصناع إلى سلم والسلم إلى بيع، والمفاوضة إلى عنان وغير ذلك.

ولقد ظهر مصطلح تحول العقود في المعاملات المالية في الفكر الفقهي الإسلامي عند وضع القواعد الفقهية، وكذلك عند شرحها وذكر تطبيقاتها، ومن هذه القواعد: (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني)⁽²⁾ (إذا زال المانع عاد الممنوع)⁽³⁾، (إذا بطل الأصل يصار إلى البديل)⁽⁴⁾ (يعتقر في البقاء ما لا يعتقر في الابتداء)⁽⁵⁾ (يلزم مراعات الشرط بقدر الإمكان)⁽⁶⁾. فالتحول في العقود يقصد به؛ أنه إذا كان العقد باطلاً أو يتضمن شرطاً فاسداً فإنه يمكن أن يتحول هذا البطلان⁽⁷⁾ أو الفساد إلى عقد صحيح وتترتب عليه آثاره⁽⁸⁾، ونرى أن تقسيم الحنفية للعقود (صحيح و فاسد وباطل) فيه مرونة عالية تحتاجها المعاملات المالية هذه الأيام في ظل العولمة الاقتصادية، وكثرة الشروط الفاسدة في العقود، وصعوبة إبطال هذه العقود من الناحية القانونية، فكان تقسيم الحنفية له أثر كبير في تحول العقود، وتصحيح الفساد الذي تنطوي عليه بعض العقود، ولذلك جعل بعض العلماء تعريف التحول: هو (الانتقال من وضع فاسد شرعاً إلى وضع صالح شرعاً)⁽⁹⁾، وقد يكون التحول تلقائياً وذلك خاضع لبعض الشروط في العقود، فإنها تتحول إلى عقود أخرى عند اختلال بعض الشروط أو يكون التحول طارئاً وذلك بسبب تصرف بعض أطراف العقد أو اشتراط بعض الشروط الفاسدة مما يجعل وجوب تحويل العقد وتصحيحه وجعله مشروعاً.

(1) ينظر: خطة تحول البنك التقليدي إلى بنك إسلامي، بحث مقدم لمؤتمر دور المؤسسات المصرفية الإسلامية في الاستثمار والتنمية، كلية الشريعة، جامعة الشارقة، 2002م، أيمن صالح، تحول عقد الشركة في الفقه الإسلامي، بحث محكم منشور في مجلة الجامعة الإسلامية للعلوم الإسلامية لبيبا العدد الأول سنة 2003م (ص/112)

2 () ينظر: مصطفى الزرقا، مع التطبيقات على القاعدة في المعاملات، شرح القواعد الفقهية (55- وما بعدها)

3 () ينظر: مصطفى الزرقا، مع التطبيقات على القاعدة في المعاملات، شرح القواعد الفقهية (191- وما بعدها)

4 () ينظر: مصطفى الزرقا، مع التطبيقات على القاعدة في المعاملات، شرح القواعد الفقهية (287- وما بعدها)

5 () ينظر مصطفى الزرقا، مع التطبيقات على القاعدة في المعاملات، شرح القواعد الفقهية (293- وما بعدها)

6 () ينظر: مصطفى الزرقا، مع التطبيقات على القاعدة في المعاملات، شرح القواعد الفقهية (419- وما بعدها)

7 () ذهب بعض العلماء إلى عدم جواز انقلاب العقد الباطل على عقد صحيح بحجة أن العقد الباطل لا يصحح ذلك لان البطلان منطوق على انعدام بعض الأركان والمعدوم لا ينقلب موجوداً، وبعض العلماء يرى جواز انقلاب العقود الباطلة إلى صحيحاً وذلك بالاعتماد على قاعدة (أعمال الكلام أولى من إهماله) (وأعمال الكلام خير من إهماله ما أمكن، وذلك لأنه قد يبطل العقد وتترتب عليه بعض آثاره، ينظر: حاشية ابن عابدين (5/4)، مجلة الأحكام العدلية (المادة/60)، الزرقا، شرح القواعد الفقهية (315 وما بعدها) وتطبيقات ذلك.

8 () ينظر: السنهوري، نظرية العقد (ص/634).

9 () حسنين مخلوف، معاني كلمات القرآن (ص/138).

ونحن نتحدث هنا عن تحويل القروض الربوية إلى عقود مضاربة، لا بد أن نذكر تحول المصارف التقليدية إلى مصارف إسلامية، وذلك لأن تحول العقود المحرمة إلى عقود مباحة متوقف في الغالب على تحول المصرف التقليدي إلى مصرف إسلامي، أو فتح نوافذ إسلامية في البنوك التقليدية، وهو تحول المصارف إلى العمل وفق أحكام الشريعة، ونقل التعامل بالفوائد الربوية إلى مبدأ المشاركة في الربح والخسارة بأحد المعاملات المشروعة بما يحقق مصلحة المصارف وترك كل المعاملات الربوية، ولذلك عرفها بعض الباحثين فقال: (انتقال المصارف التقليدية من التعامل بالمعاملات المخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية وتركها واستبدالها لتصبح جميع أنشطتها متوافقة معها، بعد القيام بعدة إجراءات وتنظيمات شرعية وإدارية وقانونية)(1).

وجاء في مشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد المأخوذ من الشريعة الإسلامية ما يقرر إمكانية تحول العقود المحرمة إلى عقود جائزة ومشروعة: (العقد الباطل في صورته إذا توافرت فيه أركان عقد آخر فإنه ينعقد به ذلك العقد الآخر، إذا تبين أن نية العاقدين كانت تتصرف إليه)(2)، لكن هذه المادة ليس لها علاقة بموضوع البحث، إنما ذكرتها هنا؛ من أجل إثبات أن مبدأ تحول العقود مقرر في علم الاقتصاد الإسلامي ومن المواد أيضاً: (إذا كان سبب فساد العقد قابلاً للزوال وزال قبل الفسخ انقلب العقد صحيحاً)(3) (إذا كان العقد باطلاً أو موقوفاً وتوافرت فيه أركان عقد آخر؛ فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تتصرف إلى إبرام هذا العقد)(4).

وبعد كل ذلك فإنه (يقصد بتحول العقد في الفقه أن العقد الذي حكم ببطلانه بطلاناً كلياً ولكن مشتملاً على عناصر عقد صحيح آخر، فإن العقد الباطل الأصلي يتحول إلى العقد الصحيح الجديد، وبناء عليه تطبق على العقد أحكام العقد الجديد وتترتب عليه آثاره الشرعية)(5).

وبعد هذا المطلب من تعريف التحول لغةً واصطلاحاً، لا بد من بيان بعض المباحث الأصولية المتعلقة بتحويل العقود في الفقه الإسلامي، وذلك مثل: هل أن كل نهى يقتضي الفساد أو البطلان؟ فلا يصح بعد ذلك تحويل هذه العقد إلى عقد صحيح لأنه كل نهى يفيد البطلان أو الفساد كما يقول بعض العلماء، وهل أن وجود شرط فاسد أو باطل يسري على جميع العقد بالفساد أو البطلان؟ أم أن الشرط يكون فاسداً أو باطلاً ويبقى العقد صحيحاً؟ وهل يمكن أن يتحول العقد إلى عقد صحيح مشروع؟

المطلب الثاني: هل النهى يقتضي الفساد

إن مما يتعلق بموضوع تحول العقود الربوية إلى عقود مضاربة، هل النهى عن العقود الربوية يقتضي الفساد والبطلان أم يمكن أن تترتب عليه آثاره، وهل أن كل نهى يقتضي الفساد فلا يكن تصحيح هذه العقود المنهي عنها في المعاملات المالية بشكل خاص؟ أم أن النهى يدل على الحرمة فقط وتبقى آثار العقود قائمة؟

اختلف الأصوليون في ذلك على أقوال:

1 (الجريدان، نايف بن جمعان ، تحول المصارف التقليدية للعمل وفق أحكام الشريعة الإسلامية دراسة تنظيرية تطبيقية، بحث محكم منشور في مجلة الشريعة والقانون والدراسات الإسلامية، العدد23، 2014م (ص/143).

(2) (نص المادة 209).

(3) (نص المادة 2/210).

(4) (نص المادة 144).

(5) (محمود، حيدر جبار، تحول العقد المالي وأثره في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة كلية الشريعة العدد الرابع (ص/212).

القول الأول: أن النهي يقتضي الفساد مطلقاً سواء كان في العبادات أو المعاملات إلا ما دل الدليل على عدم الفساد، وهو قول الجمهور⁽¹⁾.

واستدل أصحاب هذا القول بما يلي:

1. قوله صلى الله عليه وسلم: (من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد)⁽²⁾، وعلق ابن القيم على هذا الحديث فقال: (وهذا تصريح بإبطال كل عمل على خلاف أمره ورده، وعدم اعتباره في حكمه المقبول، ومعلوم أن المردود هو الباطل بعينه، بل كونه رداً أبلغ من كونه باطلاً، إذ الباطل قد يقال لما لا تقع فيه أو لما منفعتة قليلة جداً وقد يقال لما ينتفع به ثم يبطل نفعه، وأما المردود فهو الذي لم يجعله شيئاً ولم يترتب عليه مقصود أصلاً)⁽³⁾. **ولقد اعترض على هذا الاستدلال بأمر كثير منها:** أن هذا الحديث من الأحاد والأصول لا تثبت بالأحاد، كما أن الرد في الحديث لا يدل على أن هذا الشيء غير صحيح إنما يدل على أنه غير مقبول ومحرم⁽⁴⁾.

لكن هذا الاعتراض يمكن أن يرد عليه بسهولة، **ولكن الاعتراض الأفضل** هو أن هذا الحديث خاص بالعبادات بدليل أن الأصل في المعاملات الحل والأصل في الأشياء الإباحة، وبهذا يتبين أن هذا الحديث خاص بالعبادات لأنها عليها الأدلة الإجمالية والتفصيلية والأصل في العبادات التوقف حتى يأتي الدليل عليها، بينما المعاملات فليس فيها هذا التفصيل لأن الأصل أنها مباحة. 2. قارن العلماء بين المفاسد والمصالح في النهي فوجدوا أن المنهي عنه مفسدته راجحة، وإن كان فيه مصلحة فمصلحته مرجوحة بمفسدته، فما نهى الله عنه وحرمه إنما أراد منع وقوع الفساد ودفعه، فعلم أن المنهي عنه فاسد ليس بصحيح معتبر⁽⁵⁾.

ورد على هذا الدليل بأنه ليس كل ما فيه مفسدة راجحة يكون محرم بدليل أن الحدود فيها مفسدة على الجاني كبيرة، فلا يقال أن هذه المفاسد سبب في جعل الحدود محرمة.

3. واستدل بعض العلماء بأحاديث مختلفة في العبادات والعقود، منها: (لا صلاة إلا بطهور)⁽⁶⁾ (لا نكاح إلا بولي)⁽⁷⁾ (لا صيام لمن لم يبيت الصيام من الليل)⁽¹⁾.

(1) ينظر: السبكي، الإبهاج (68/2)، الرازي، المحصول (344/1)، (أصول السرخسي) (80/1)، أبو يعلى، العدة (432/2)، أبو الخطاب، التمهيد (369/1)، ابن قدامة، روضة الناظر (652/2)، الباجي، أحكام الفصول (ص/228)، ابن جزى، تقريب الأصول (ص/188).

(2) البخاري، صحيح البخاري، كتاب الصلح، باب إذا اصطلحو على جور فالصلح مردود، برقم: (2698)، مسلم، صحيح مسلم، كتاب الأفضية، باب نقض الأحكام الباطلة ورد محدثات الأمور، برقم: (1718).

(3) ابن القيم، حاشية بن القيم على سنن أبي داود (6/169).

(4) ينظر: ابن النجار، شرح الكوكب المنير (87/3)، الأمدي، الأحكام في أصول الأحكام (3/231).

(5) ينظر: ابي تيمية، مجموع الفتاوى (25/282).

(6) والحديث ليس في الكتب الستة وضعفه الدارقطني وقال الزيلعي غريب، ينظر: أبو حفص، ذكر المحتاج إلى أحاديث المنهاج (1/25)، الزيلعي، تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في تفسير الكشاف (2/462).

(7) أخرجه احمد في المسند، عن ابن عباس (2148)، وصححه الحافظ و الزيلعي، انظر: ابن حجر، التلخيص الحبير (3/156)، الزيلعي، نصب الراية (3/183).

واعترض على هذه الاستدلالات بأنها ليست مطردة بل فيها استثناءات كثيرة، فمن تزوجت من غير ولي وحملت من زوجها ألا يثبت النسب بهذا الزوج(2).

4. ومن الأدلة إجماع الصحابة حيث استدلووا على فساد العقود إذا جاء النهي عنها بما يلي: كفساد عقد الربا بقوله صلى الله عليه وسلم: (لا تبيعوا الذهب بالذهب وإلا مثلاً بمثل يدا بيد)(3)، وعلى فساد نكاح المشركات بقوله تعالى: (ولا تتكحوا المشركات حتى يؤمن)(4)، وعلى فساد نكاح المحرم بقول صلى الله عليه وسلم: (لا يَنكح المحرم ولا يُنكح)(5)، واعترض على هذا الدليل بأن الإجماع هذا ليس قول كل الصحابة إنما هو قول البعض(6).

القول الثاني: أن النهي عن الشيء لا يفيد الفساد، وهو قول جمهور المتكلمين، وهو اختيار القفال من الشافعية، وأبو الحسن الأشعري والباقلاني(7).

واستدل أصحاب هذا القول بأدلة عقلية فقالوا: لو دل النهي على فساد الأمر بالنهي لناقض تصريح الصحة، وهذا باطل فلو قال الشارع لا تطلق المرأة في الحيض، ثم وأقع الطلاق عليها وقع وترتبه عليه أحكامه(8)، وهذا الاستدلال عقلي خالف فيه بعض الفقهاء، وقالوا بأن طلاق الحائض لا يقع بناء على الأصول التي عندهم وهو المعتمد في كثير من المحاكم(9).

القول الثالث: أن النهي يدل على الفساد في العبادات دون المعاملات، وهو مذهب أبي الحسين البصري واختيار الرازي(10). واستدل أصحاب هذا القول كذلك بدليل عقلي، وهو أن العبادات مأمور بها فلا يمكن أن تكون منهيها عنها في نفس الوقت، لأن الشيء الواحد يتمتع أن يكون مأموراً به وفي نفس الوقت منهي عنه، ولأنها لو وقعت على هذه الصورة فإنها تقع على سبيل النفل ولا نقول ببطلانها، وهذا لا يكون في المعاملات فإنها قد تكون منهي عنها، وتصح المعاملات ويترتب عليها آثارها، وإنما أفاد النهي

1 () أخرجه احمد في المسند، عن حفصة (2525) وهو صحيح، ينظر: ابن حجر، التلخيص الحبير (188/2).

2 () وان كان حكم الزواج باطلا عند بعض العلماء، إلا أن (الراجح والعلم عند الله تعالى: ثبوت النسب بشرط وجود عذر مسقط للحد؛ لأنه إذا قامت شبهة من جهل أو خطأ أو تأويل أو تقليد أعمى أو نحو ذلك سقط الحد، لان الحدود تدرأ بالشبهات وإذا درئ الحد فقد ثبت النسب) ينظر المسألة بشكل مفصل: النفاض، عبدالغني أحمد، أحكام الأبناء غير الشرعيين دراسة فقهية اجتماعية حديثه مقارنة (ص/300).

3 () البخاري، صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب بيع الفضة بالفضة، برقم (2134).

4 () سورة البقرة:221).

5 () مسلم، صحيح مسلم. كتاب الحج، باب النهي عن نكاح المحرم، برقم (1409).

6 () ينظر: الغزالي، المستصفى (203/3).

7 () ينظر: الأنصاري، فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت (397/1)، السبكي، الإبهاج (69/2)، الرازي، المحصول (344/1)، الشيرازي، شرح اللمع (297/1)، ابن الجوزي، التبصرة (ص/100)، الزركشي، البحر المحيط (443/2).

8 () ينظر: الأنصاري، فواتح الرحموت (397/1)، السبكي، الإبهاج (69/2)، الرازي، المحصول (344/1).

9 () ينظر: بن جاد الله، سامي بن محمد بن جاد الله، المسألة بشكل مفصل: الاختيارات الفقهية لشيخ الإسلام ابن تيمية لدى تلميذه (771/2).

10 () ينظر: الأنصاري، فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت (68/2)، الرازي، المحصول (344/1)، أبو الحسين، المعتمد (184/1)، الغزالي، المستصفى (199/3).

الحرمة فقط لا البطلان⁽¹⁾، وهذا الاستدلال قد تجد له أدلة كثيرة في الفقه؛ لكن يحتاج هذا الأصل عند تقريره إلى استقراء، لكن جاءت كثير من الوقائع تبطل الاطراد في هذا المسلك.

القول الرابع: النهي إذا كان يختص بالمنهي عنه؛ فإنه يدل على الفساد، وإذا كان النهي لا يختص بالمنهي عنه؛ إنما لأمر خارجي عنه؛ فإنه لا يدل على الفساد بمعنى إذا كان المنهي لوصف متصل بالمنهي عنه؛ فإنه يدل على صحة أصل الشيء وفساد الوصف المنهي عنه، وهو الظاهر من مذهب الحنفية⁽²⁾.

واستدل أصحاب هذا القول بأن الشيء إذا كان منهي عنه لذاته فإنه يكون فاسداً باتفاق الفقهاء، كما لو نهي عن الغيبة والكفر والعقائد الباطلة، أما إذا كان النهي لوصف فاسد، فإنه يدل على فساد وصف خارجي، ولا يدل على فساد الأمر كله، إلا ترى أن الحائض منهي عن قربها، ومع ذلك لو قرب الرجل منها وحملت فإنها يثبت النسب بهذا رغم النهي، وأن البيع وقت النداء منهي عنه، لكن ترتيبه آثاره رغم النهي، وإذا لم تقل بهذا فإنه سيحصل نزاع بين الناس، والشرع جاء من أجل جلب المصالح ودرء المفاسد ورفع النزاع⁽³⁾.

وهذا القول تجد له تطبيقات كثيرة من فعل الرسول صلى الله عليه وسلم والصحاب الكرام، والذي يظهر للباحث والله اعلم أن مذهب الحنفية هو الراجح، وأنه يحقق مقاصد الشريعة ويرفع النزاع بين الناس في المعاملات، وهو الذي يتوافق من تصحيح العقود الفاسدة في المصارف التقليدية عندما تتحول إلى مصارف إسلامية مما يجعلها تحول هذه العقود الفاسدة إلى عقود صحيحة دون إبطالها وتترتب عليها آثارها.

المطلب الثالث: حكم تصحيح العقد الباطل والفاقد

إن من المسائل الأصولية التي لها علاقة بموضوع تحول العقود: مسألة أثر الشرط الباطل والفاقد على العقد هل يبطله أو يفسده، أم أن الشرط يكون باطلاً أو فاسداً والعقد صحيح؟ وما هو أثر تقسيم العقود إلى صحيح وفاقد وباطل؟
اختلاف الفقهاء في الفرق بين العقد الباطل والعقد الفاسد، فالجمهور يعتبرون غير الصحيح قسماً واحداً يوصف إما بالعقد الباطل أو الفاسد وكليهما لمعنى واحد سواء كان الخلل بالأركان أو الأوصاف⁽⁴⁾، أما الحنفية فيفرقون بين الباطل والفاقد فالباطل ما لم يشرع بأصله ولا وصفه، والفاقد ما شرع بأصله دون وصفه، وذلك مثل الربا فهو عقد فاسد عند الحنفية⁽⁵⁾، وعند ابن تيمية

1 () ينظر: الأنصاري، فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت (68/2).

2 () ينظر: السرخسي، أصول السرخسي (81/1)، النسفي، كشف الإسرار (526/1)، السبكي، الابتهاج شرح المنهاج (69/2)، الأنصاري، فواتح الرحموت (403/2).

3 () ينظر: السرخسي، أصول السرخسي (81/1)، الأنصاري، فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت (403/1).

4 () ينظر: ابن عرفة، حاشية الدسوقي (54/3)، الأمدي، الأحكام (176/1)، ابن قدامة، المغني (252/4).

5 () ينظر: ابن نجيم، البحر الرائق (311/7)، الزيلعي، تبين الحقائق (44/4)، السرخسي، أصول السرخسي (90/1)، أبو زهرة، محمد، الملكية ونظرية العقد (ص/369).

(أن الأصل في الشروط الحل والإباحة إلا ما دل الدليل على تحريمه)⁽¹⁾؛ فالشرط الفاسد عند ابن تيمية وابن القيم له شرطان، الأول المخالفة للنص أو الشرع، والثاني المخالف لمقصد العقد⁽²⁾.

ويسبب هذه الأصول في التفريق بين الشرط الفاسد والشرط الباطل عند البعض وعدم التفريق عند البعض الآخر، **اختلف الفقهاء في تأثير الشرط الفاسد والباطل على العقد هل يجعله باطلاً أم يبطل الشرط ويصح العقد؟ على أقوال:**

القول الأول: يفرق الحنفية بين ما كان العقد فيه مبادلة مال بمال، فإن الشرط الفاسد يفسد العقد، أما إذا كان الشرط في غير المعاوذات المالية فإن الشرط الفاسد لا يبطل العقد، وإن كان الشرط فاسداً كما لو أقرض مالاً على أن يوفيه له ببلد آخر؛ فسد الشرط ولا يفسد العقد⁽³⁾، إما بقية الشروط الفاسدة فإنها لا أثر لها على صحة جميع العقود بل تسقط الشروط الفاسدة ويصح العقد بشرط ألا تكون ملائماً للعقد، أو ورد به نص أو جرى به التعامل⁽⁴⁾.

واستدل أصحاب هذا القول بما يأتي:

- 1- قوله صلى الله عليه وسلم: (كل قرض جر نفعاً فهو ربا)⁽⁵⁾ ووجه الاستدلال أن القرض إذا كان يجر نفعاً بالشرط فيه يكون ربا محرم يبطل به العقد؛ لأن الربا من المعاملات التي لا يعقل معناها.
- 2- أن الشروط الباطلة والفاسدة يكون فيها الغرر والجهالة المؤدية إلى المنازعة بين أطراف العقد، وكل شرط يؤدي إلى هذا فهو مفسد للعقد⁽⁶⁾، وذلك لأن مقصد العقود فض النزاع بين الناس⁽⁷⁾.
- 3- ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع وشرط⁽⁸⁾، فيحمل على الشرط الباطل أو الفاسد لأن الشرط الصحيح معتبر.

القول الثاني: إن كل شرط يؤدي إلى مخالفة ما تقرر شرعاً سواء كان شرطاً مخالفاً للنص، أو يؤدي إلى محذور، أو يؤدي إلى الالتزام بما لا يلزم؛ فإن كل شرط يؤدي إلى هذا يكون باطلاً ومبطلاً للعقد، وهو قول الشافعية⁽⁹⁾.

واستدل أصحاب هذا القول بما يلي:

- 1- أن النهي يقتضي الفساد والبطلان، وهذا الاستدلال ذكره الشوكاني في إرشاد الفحول⁽¹⁰⁾.

(1) ابن تيمية، مجموع الفتاوى (132/29).

(2) ينظر: ابن تيمية، مجموع الفتاوى (156/29)، ابن القيم، إعلام الموقعين (425-424/1).

(3) ينظر: المناوي، فتح القدير (218/5)، ابن عابدين، حاشية الدر المختار (343/4- وما بعدها).

(4) ينظر: الشاذلي، نظرية الشرط (ص/248).

(5) روي الحديث مرفوعاً وموقوفاً ومقطوعاً، ينظر التفصيل كاملاً في الهامش من كتاب المنفعة في القرض عبدالله العمراني، (ص/111- وما بعدها في الهامش).

(6) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع (168/5- وما بعدها) السرخسي، السرخسي، المبسوط (20-19/13).

(7) ينظر: السرخسي، السرخسي، المبسوط (15/13).

(8) أخرجه الطبراني في المعجم الأوسط (335/4).

(9) ينظر: النووي، نهاية المحتاج شرح المنهاج (65/3)، حاشية المحتاج شرح المنهاج (427/2)، الشاذلي، نظرية الشرط (296-299).

(10) ينظر: الشوكاني، إرشاد الفحول (193).

2- ويستدل بعض الفقهاء على قولهم بهذا بحديث: (من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد)⁽¹⁾, وعلق ابن القيم على هذا الحديث فقال: (وهذا تصريح بإبطال كل عمل على خلاف أمره ورده, وعدم اعتباره في حكمه المقبول, ومعلوم أن المردود هو الباطل بعينه, بل كونه ردًا أبلغ من كونه باطلاً, إذ الباطل قد يقال لما لا تقع فيه أو لما منفعته قليلة جدًا, وقد يقال لما ينتفع به ثم يبطل نفعه, وأما المردود فهو الذي لم يجعله شيئاً ولم يترتب عليه مقصود أصلاً)⁽²⁾, لكن الاستدلال بهذا الحديث وتعليق ابن القيم في غير محله؛ إذ أن الأصل في المعاملات المالية الإباحة وليس الحظر, وهذا الحديث خاص بالعبادات بدليل قوله (أمرنا) وهو الدين والمعاملات الجانب الأكبر فيها إنها معقولة المعنى مباحة وليست عبادة وإلا ما دل الدليل على الحرمة وهذا قليل في المعاملات.

القول الثالث: الشرط الباطل يبطل الشرط ويصح العقد, وهو مذهب المالكية⁽³⁾, والحنابلة⁽⁴⁾, ولقد ذكر ابن تيمية وهو أحد مجتهدي المذهب الحنبلي مبحثاً في العقود, والشروط رد فيه على من قال أن الشرط إذا كان فاسداً فإنه يفسد العقد⁽⁵⁾.

واستدل أصحاب هذا القول بما يأتي:

1- قصة بريرة وقد اشترط أهلها الولاء لهم, فقال عليه الصلاة والسلام: (خذيها واشترطي لهم الولاء؛ فإنما الولاء لمن أعتق), ففعلت عائشة رضي الله عنها, ثم قام الرسول صلى الله عليه وسلم خطيباً فقال: (ما بال رجال يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله ما كان ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط, قضاء الله أحق, وشرط الله أوثق وإنما الولاء لمن أعتق)⁽⁶⁾.

ولقد اعترض الجمهور على هذا الاستدلال بأن الشرط لم يكن في نفس العقد بل كان سابقاً أو متأخراً, وقالوا بأن هذا الحكم خاص بقصة عائشة وبريرة رضي الله عنهما لقطع عادتهم⁽⁷⁾, لكن القول بالتخصيص يحتاج إلى دليل والعبرة بعموم الألفاظ لا بخصوص السبب.

والراجح عند الباحث والله اعلم أن ما ذهب إليه القائلون بأن الشرط الفاسد والباطل يكون ساقطاً ويبقى العقد صحيحاً, وهذا متعلق بإمكانية إزالة الشرط الفاسد وتصحيح العقد, وهو الذي يتفق مع واقع المعاملات المالية هذه الأيام.

المطلب الرابع: حكم تصحيح العقود:

اختلف العلماء في إمكانية تصحيح العقود الفاسدة على قولين:

1 () (صحيح مسلم) باب نقض الأحكام الباطلة, (1343/3).

2 () ابن القيم, حاشية ابن القيم (169/6).

3 () ينظر: ابن رشد, بداية المجتهد (161/2).

4 () ينظر: البهوتي, كشف القناع (56/03), الشاذلي, نظرية الشرط (ص/339).

5 () ينظر: ابن تيمية, مجموع الفتاوى (339/3- وما بعدها).

6 () ينظر القصة كاملة: البخاري, صحيح البخاري, كتاب البيوع, باب إذا اشترط شروطاً في البيع لا تحل, في فتح الباري (117-116/5).

7 () ينظر: النووي, المجموع (467-466/9).

القول الأول: العقد الفاسد لا يمكن أن يحول إلى عقد صحيح، حتى لو زال الفاسد تلقائياً أو لأمر طارئ، فأصحاب هذا القول يقولون أن العقد الفاسد منهي عنه، والنهي يقتضي البطلان خاصة في الأبواب الربوية والأنكحة والبيع وغيرها، وهو قول الشافعية والحنابلة والمالكية في قول⁽¹⁾.

واستدل أصحاب هذا القول بما يلي:

- 1- أن النهي يقتض الفساد، ولقد ذكرنا سابقاً تفصيل القول في هذا المسلك.
- 2- حديث: (من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد) وقد سبق الكلام عنه أيضاً.
- 3- أن القول بجواز تصحيح العقد الفاسد جمع بين النقيضين، لأن المصلحة هي ثمرة الصحة، والفساد لا يمكن أن تنشأ عنه مصلحة إذ لا مصلحة في أمر منهي عنه⁽²⁾.

القول الثاني: العقد الفاسد يمكن أن يتحول إلى عقد صحيح بعد تصحيحه بإزالة الفاسد المنهي عنه، وهو مذهب الحنفية والمالكية في قول، واختلفوا في بعض التفاصيل، لكن الحنفية بنو هذا القول على منهجهم في تقسيم العقود إلى صحيح وفاسد وباطل، وقالوا أن الباطل لا يمكن تصحيحه ولا تترتب عليه آثاره، أما العقد الفاسد فإن كان الفساد قليلاً أمكن التصحيح وإن كان الفساد قوياً وكبيراً فلا يمكن تصحيحه⁽³⁾، أما المالكية فقد ذكر ابن رشد أن سبب الخلاف في تصحيح العقد الذي طارئ عليه الفساد مبني على أن العقد هل هو معقول المعنى أم غير معقول؟ فإن كان غير معقول تعذر التصحيح وإن كان معقولاً أمكن أن يرفع الفساد بالتصحيح، والظاهر أن المعاملات المالية في الغالب أنها معقولة المعنى لذي يجري عليها التصحيح.

الراجح عند الباحث ما ذهب إليه الحنفية من جواز تحويل العقود الفاسدة إلى عقود صحيحة، بإزالة ما علق بها من الفساد، وذلك لعدة أسباب:

1. لأن ذلك من التيسير على الناس وفيه رفع الحرج عنهم.
 2. وفي ذلك تحقيق مصلحة مهمة جداً ألا وهي تشجيع البنوك الربوية التقليدية على تصحيح العقود عند تحويل البنك إلى بنك إسلامي، أو بفتح نوافذ إسلامية من غير إبطال العقود التي قد يتعذر على البنك عملها.
 3. أن عدم القول بالجواز قد يصرف البنك التقليدي عن التوبة والتحول، لعدم وجود البديل الشرعي الذي لا يلحق الضرر بكل أطراف المعاملات البنكية.
- أما إذا كان الفساد في العقد بسبب شرط فاسد، فإن أكثر العلماء على أن العقد الذي يتضمن الشروط الفاسدة يصح بإزالة هذه الشروط، ولم يخالف في ذلك إلا الشافعية؛ وذلك لأن الشافعية من أصيق المذهب التي تأخذ بالشروط⁽⁴⁾، فالشروط عنهم غير معتبرة ولا يعمل بها إلا إذا كانت مما يقتضيه العقد⁽¹⁾.

(1) ينظر: الماوردي، الحاوي الكبير (39/6)، الشوكاني، إرشاد الفحول (ص/193).

(2) ينظر: ابن القيم، حاشية ابن القيم (168/6).

(3) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع (178/7).

(4) لا خلاف بين الفقهاء في الشرط الفاسد في عدم اعتباره، وحصل خلاف في غيره من الشروط على قولين: الأول على جواز تلك الشروط وهو قول الجمهور، والقول الثاني: على عدم صحة هذه الشروط إلا ما جاء الدليل على صحته واعتباره، ينظر: الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة (ص/126- وما بعدها).

كما أن الشرط الباطل إذا كان يتوفر في العقد شروط عقد آخر صحيحة وأمكن إزالة هذا الشرط الباطل؛ فإن هذا العقد الأصل أن يتحول من عقد تضمن شرط باطلاً إلى عقد صحيح خالٍ من هذا الشرط، وهذا مما يتناسب مع واقع المعاملات المالية في البنوك هذه الأيام لا سيما عند تحول المصارف التقليدية إلى مصارف إسلامية سواء كان جزئياً أو كلياً - أعني التحول -.

المطلب الخامس: الفرق بين العقود الربوية وعقد المضاربة

صدرت فتوى تبين أنه لا فرق بين الفوائد البنكية وعقد المضاربة، ويراد بهذه الفتوى تحليل الفوائد الربوية وجعل هذه المعاملة من قبيل المضاربة⁽²⁾، واستدل لهذا القول بأدلة رد عليها العلماء، وبينوا الفروق بين العقدين، وهنا أبين أدلة أصحاب هذا المذهب ورد العلماء عليها:

1- يقول: (أن تعيين الربح بمقدار معين من المال لمن أودع ماله في البنك يعتبر مضاربة شرعية)⁽³⁾. وهذا باطل لأن تحديد مقدار معين من الربح لصاحب المال فيه مخالفة لعقد المضاربة؛ لأن من شروط الربح في المضاربة أن يكون جزءاً شائعاً، وهذا الشرط متفق عليه بين الأئمة الأربعة⁽⁴⁾، لكن ورد على كلام الفقهاء شبهة بأن هذا الشرط من كلام العلماء وليس شرطاً منصوباً عليه والأصل في المعاملات الإباحة إلا بدليل⁽⁵⁾، ويرد عليهم أن هذا الشرط قد أجمع عليه العلماء فلا مجال للشك فيه، واشترطه بهذه الصورة وقد نقل الإجماع غير واحد من العلماء⁽⁶⁾، فان قيل أن هذا الإجماع ليس له مستند شرعي، وهذا من قواعد الإجماع، يرد على ذلك بكلام شيخ الإسلام ابن تيمية: (لا يوجد قط مسألة مجمع عليها إلا وفيها بيان من الرسول ﷺ، ولكن قد يخفى ذلك على بعض الناس ويعلم الإجماع فيستدل به كما أنه يستدل بالنص من لم يعرف دلالة النص وهو دليل ثان مع النص.... وعلى هذا فالمسائل المجمع عليها قد تكون طائفة من المجتهدين لم يعرفوا فيها نصاً فقالوا فيها باجتهاد الرأي الموافق للنص، ولكن النص عند غيرهم... ونحن لا نشترط أن يكون كلهم علموا النص فنقلوه بالمعنى كما تنقل الأخبار لكن استقرأنا موارد الإجماع فوجدناها كلها منصوب)⁽⁷⁾

كما أن اشتراط هذا الشرط قد يوقع الضرر بأحد المشتركين، وهذا يؤدي إلى المنازعة، والعقد وشروطها إنما وضعت لرفع النزاع بين الناس، أن الشركة قد لا تريح إلا هذه المقدار فيلحق الضرر بالعامل، والأصل أن كل ضرر لا بد أن يزال. والقرض الربوي يكون مرتبطاً بالزمن فكلما زاد الزمن زادت الفوائد على القرض، وهذا لا يكون أبداً في شركة المضاربة.

1 () ينظر: الشيرازي، المهذب(1/265)، الشربيني، مغني المحتاج(2/131).

2 () ولقد ذكر الدكتور علي السالوس في كتابه: موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي بعض هذه الفتاوى ورد عليها، ينظر: (ص/ 252-312-320-327-330-334).

3 () موقف الشريعة الإسلامية من البنوك (ص/35).

4 () ينظر: السرخسي، المبسوط(22/23)، الكاساني، البدائع الصنائع(6/86)، الجارود، المنتقى من السنن المسندة(5/160)، الشربيني، مغني المحتاج(2/313)، البهوتي، كشف القناع(3/498).

5 () عبد الرحمن، رمضان حافظ، موقف الشريعة الإسلامية من البنوك (ص/37).

6 () ينظر: ابن قدامة، المغني(5/148)، ابن رشد، بداية المجتهد(2/236).

7 () ابن تيمية، مجموع الفتاوى(19/195 وما بعدها).

ومن الفروق بين القروض الربوية وعقد المضاربة أن ضمان رأس المال يكون على رب المال، أما في حال القروض الربوية فإن الضمان يكون على العميل، بل إن اشتراط الضمان على العامل يفسد المضاربة⁽¹⁾، وهذا إن كان العميل هو المضارب، وأما إذا كان البنك هو المضارب فإن المضاربة فاسدة أيضًا⁽²⁾، لأن انقلاب الصورة لا يؤثر في معاني العقود شيئًا فالضمان في المضاربة إذا كان على العامل فسدت المضاربة

2- ولقد تأتي إشكالية أخرى على أن للولي الأمر أن يتدخل في زمن فسدت فيه الذمم فيجعل ضمان المال على العامل في كل الأحوال وهذا من المصالح المرسله التي يكون اعتبارها من أجل حفظ النزاع والخصومات بين المتعاقدين، وأن تصرف ولي الأمر منوط بالمصلحة، والمصلحة هنا حقيقية وليس وهمية.

يرد عليهم أن من شروط المصلحة أن تكون هناك (الملائمة بين المصلحة المحفوظة ومقاصد الشرع في الجملة، بحيث لا تنافي أصلاً من أصوله، ولا دليلاً من أدلته القطعية)⁽³⁾، والمصلحة الملائمة لمقاصد الشريعة هي التي لا تنافي أصلاً من أصوله ولا دليلاً من أدلته المعتمدة شرعاً.

3- ومما يشكل على من اعتبر أن القروض الربوية هي المضاربة المشروعة، هو أنه لا يوجد دليل يمنع المتعاقدين من تحديد مقدار معين من الربح ما دام أن هذا الربح تم بالتراضي بين الشركاء⁽⁴⁾، ويرد عليه: أن الرضا في العقود الأصل أنه ليس على الإطلاق إنما مشروط بإذن الشارع وإلا كان القول بهذا سبباً في فساد عريض، وشر كبير، فكل معصية تتم بالتراضي تكون مشروعة لفتح باب الزنا والقمار وبيع المحرمات وغيرها.

4- إن المبالغ التي تأخذها البنوك من عقود القروض هي بمثابة نفقات العامل المضارب، فلا فرق بين هذه الفوائد ونفقات المضارب فكلاهما حلال ويجوز تحويل عقود القروض في البنوك إلى عقود مضاربة. ويرد عليهم: أن الذي جعل هذه العقود محرمة أن هذه (النفقات) تأخذ بنسبة ثابتة، بل وتأخذ هذه الأموال كل سنة بغض النظر ربح المال أو لم يربح، كما أنها ليست أجرة حقيقية، والعبارة في العقود بالمعاني لا بالألفاظ والمباني⁽⁵⁾.

5- إن شروط العلماء في المضاربة شروط اجتهادية وليست شروط نصية فلا يجوز أن تنسحب هذه الشروط على جميع العقود. يرد عليهم: نعم إن شروط المضاربة اجتهادية قائمة على عرف قد استقر عند الناس وأقره الشرع، أما الفوائد الربوية فهي من المحرمات قطعاً بالنص لفظاً ومعنى.

6- قال تعالى: (لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ)، وجه الدلالة في الآية: أن هذا نص صريح بأن العقود تكون بالتراضي، ولا يوجد نص صريح يمنع أن يقوم أحد المتعاقدين في المضاربة بتحديد مقدار محدد من الربح ما دام أن هذا تم بتراضي الطرفين. وقد سبق الكلام على مثل هذا.

1 () ينظر: الكاساني، البدائع الصنائع(6/87)، الجارود، المنقى من السنن المسندة(5/164)، الشريبي، مغني المحتاج(2/322)، المغني (5/192).

2 () ينظر: ابن قدامة، المغني(5/184)، ابن رشد، بداية المجتهد(2/226).

3 () البغا، اثر الأدلة المختلف فيها، (ص/58).

4 () ينظر: عبد الرحمن، رمضان حافظ، موقف الشريعة الإسلامية من البنوك (ص/54).

5 () ينظر: عبد الرحمن، رمضان حافظ، موقف الشريعة الإسلامية من البنوك (ص/59-وما بعدها).

7- **عدم وجود المخاطرة في عقود القروض الربوية لا يجعلها محرمة؛** فان المخاطرة ليست غاية أو هدفا، إنما هي من باب بيان من الشركاء يتحمل ذلك.

وهناك أدلة أخرى استدلت بها من أجاز القروض الربوية، واعتبرها من المضاربة المشروعة، ولا داعي إلى سرد هذه الأدلة⁽¹⁾، إنما الهدف من المطالب هو بيان أن هناك فروقاً بين القروض الربوية وعقد المضاربة، وسنتكلم في المطالب القادم على كيفية تحويل عقود القروض الربوية إلى عقود مضاربة كبديل إسلامي مشروع، ويمكن أن تتعامل به البنوك الإسلامية.

المطلب السادس: أدلة جواز تحويل العقود الربوية إلى عقود مضاربة

بعد عرض أقوال العلماء في حكم تصحيح العقود، وعرض أدلة كل فريق ومناقشتها تبين رجحان القائمين بجواز تصحيح العقد المتضمن لشروط باطل أو فاسد من بعض الاختلاف اليسير الذي لا يؤثر في جواز القول، واصحاب هذا القول هم الحنفية والمالكية، وعلى هذا يخرج قولهم كذلك في مسألة تحويل العقود الربوية إلى عقود مضاربة، وهنا توسع في الأدلة وتبين وجه الدلالة في ذلك:

أدلة جواز تحويل العقود في الفقه الإسلامي:

1. قوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ ﴿٢٠٨﴾ فَإِنْ لَمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَإِنْ تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلُمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ) (2)

وجه الدلالة: هو أن ما كان محرماً، فإنه يجب على من أسلم وتاب منه، أن يترك الحرام، ويحول القرض الربوي إلى قرض لا ربا فيه، يقول الرازي في تفسير هذه الآيات: (وأعلم أن هذه الآية أصل كبير في أحكام الكفار إذا أسلموا وذلك؛ لأن ما مضى في وقت الكفر فإنه يبقى ولا ينقص ولا يفسخ، وما لا يوجد منه شيء في حال الكفر فحكمه محمول على الإسلام، فإذا تناكحوا على ما يجوز عندهم ولا يجوز في الإسلام، فهو عفو لا يتعقب، وإن كان النكاح وقع على محرم، فقبضته المرأة فقد مضى، وإن كانت لم تقبضه فلها مهر مثلها دون المهر المسمى)⁽³⁾، وهذا دليل فيه جواز تحويل العقود التي تكون عقوداً محرمة إلى عقود مباحة وجائزاً.

2. مما قال صلى الله عليه وسلم في خطبة حجة الوداع: (...وربا الجاهلية موضوع وأول ربا أضع ربانا ربا عباس بن عبد المطلب فإنه موضوع كله...)⁽⁴⁾، وجه الدلالة: أن الرسول صلى الله عليه وسلم أبطل الربا فقط ولم يبطل العقد كله، فهذا فيه دليل على أن العقود الربوية يبطل فيها شرط الربا ويبقى أصل العقد، وإذا لم يبطل أصل العقد فإنه يصح تحويله من عقد محرم إلى عقد آخر مباح.

3. قصة عبد الله وعبيد الله ابني عمر بن الخطاب، (عن زيد بن أسلم عن أبيه أنه قال: خرج عبد الله وعبيد الله ابنا عمر بن الخطاب في جيش إلى العراق، فلما قفلا مرا على أبي موسى الأشعري وهو أمير البصرة فرحب بهما وسهل، ثم قال لو اقدر لكما على أمر أنفعكما به لفعلت، ثم قال بلى ها هنا مال من مال الله أريد إن ابعث به إلى أمير المؤمنين

1 () ينظر: المرجع السابق فقد فصل القول في ذلك بلا مزيد عليه.

(2) سورة البقرة: (278-279)

(3) الرازي، مفاتيح الغيب (86/7).

4 () أخرجه مسلم كتاب الحج، باب: حجة النبي، برقم (3009).

فأسلفكم، ففتبتاعان به متاعاً من متاع العراق ثم تبيعانه بالمدينة؛ فتؤديان رأس المال إلى أمير المؤمنين ويكون الربح لكما، فقالوا: وددنا ذلك، ففعل، وكتب إلى عمر بن الخطاب أن يأخذ منهما المال فلما باعا فأربحا، فلما دفعنا ذلك إلى عمر، قال: أكل الجيش أسلفه مثل ما أسلفكم؟ قالوا: لا، فقال عمر بن الخطاب: ابنا أمير المؤمنين فأسلفكم؟ أديا المال، وربحه، فأما عبد الله فسكت، وأما عبيد الله، فقال: ما ينبغي لك يا أمير المؤمنين هذا، لو نقص هذا المال، أو هلك لضمناه، فقال عمر: أدياه، فسكت عبد الله، وراجع عبيد الله، فقال رجل من جلساء عمر: يا أمير المؤمنين لو جعلته قرضاً، فقال عمر: قد جعلته قرضاً، فأخذ عمر رأس المال ونصف ربحه، وأخذ عبد الله وعبيد الله ابنا عمر بن الخطاب نصف ربح المال⁽¹⁾.

وجه الدلالة: أن عمر بن الخطاب حول القرض الذي أسلفه أبو موسى الأشعري إلى عبدالله وعبيد الله إلى قراض (مضاربة)، بعدما أشار عليه رجل من الجلساء، وهذا الفعل أصل عام في جواز تحويل العقود، وكان بمحض من الصحابة فكان بمثابة إجماع، مع أن القرض الأول لم يكن بفائدة ربوية، فمن باب أولى إن يحول ما كان بفوائد ربوية.

4. إن تحويل العقد من عقد قرض إلى عقد مضاربة من قبيل المسكوت عنه، والأصل في المعاملات الحل ما لم يرد دليل يحرم ذلك.

5. إن من مقاصد الشريعة تحقيق المنافع ودفْع المفساد، وفي تحويل عقود القروض في البنوك إلى عقود مضاربة تحقيق للمنافع والمصالح ودفْع للمفساد، ولأن تصحيح العقود أولى من إبطالها لما فيه من توسعة على المسلمين⁽²⁾.

6. إن تحويل عقد القرض الربوي إلى عقود مضاربة، ليس من العقائد والعبادات التي لا يجوز التغيير فيها أو التبديل، إنما هي من المعاملات الاقتصادية التي تبنى على التراضي من أجل تحقيق مصالح الناس، فلا يجوز إهدار إرادة المتعاقدين وإهدار رضاهما، بل العكس هو الصحيح؛ لأن الرضا في العقود له سلطان قوي، وهذا السلطان مستمد من الشارع الحكيم الذي يحقق مصالح الناس⁽³⁾.

7. إن مبدأ تحول العقود في الفقه الإسلامي مما ظهر له تطبيقات كثيرة جداً، مما يدل على أن هذا الأمر جائز شرعاً.

8. إن الناظر في القواعد الفقهية يجد فيها ما يدل على جواز تحويل العقود المحرمة إلى عقود مباحة أو جائزة، ومن هذه القواعد:

أ- (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني)⁽⁴⁾

ب- (إذا زال المانع عاد الممنوع)⁽⁵⁾,

ج- (إذا بطل الأصل يصار إلى البديل)⁽⁶⁾

(1) (الموطأ) كتاب: القراض، باب: ما جاء في القرض، (687/2)

(2) ينظر: الحفظي، عبدالقادر بن سليمان، تحول العقد وأثره، (282/1).

(3) ينظر: أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، (ص/256).

(4) ينظر مع التطبيقات على القاعدة في المعاملات، (شرح القواعد الفقهية) مصطفى الزرقا، (55- وما بعدها)

(5) ينظر مع التطبيقات على القاعدة في المعاملات، (شرح القواعد الفقهية) مصطفى الزرقا، (191- وما بعدها)

(6) ينظر مع الزرقا، مصطفى، التطبيقات على القاعدة في المعاملات، شرح القواعد الفقهية، (287- وما بعدها)

د- (يعتقر في البقاء ما لا يعتقر في الابتداء)⁽¹⁾

هـ- (يلزم مراعات الشرط بقدر الإمكان)⁽²⁾.

9. إن المتتبع لمنهج القرآن الكريم في التشريع يرى أن طريقة التدرج في التحريم ظهرت في كثير من الأحكام، مثل تحريم الخمر، وتحريم الربا، وذلك لما يترتب على التدرج من قبول الحكم وعدم رفضه، في زمن شاع هذا الحرام واستقر في المجتمعات، وفي ظل القوانين التي يصعب فيها التخلص من الحرام في بعض العقود؛ فإنه يمكن اتباع المنهج القرآني في التدرج، بحيث يكون هذا عند تعذر التغيير المباشر السريع. أو التعذر بسبب النتائج الخطيرة المترتبة على هذا التحويل، فنحتاج إلى هذا التدرج الذي حصل في تحريم الربا زمن التشريع، لكن المقصود بالتدرج ليس التدرج في التحريم لأن التحريم أصبح قطعياً، إنما المقصود التدرج في تطبيق الحكم⁽³⁾،

(وجاء في ندوة البركة السادسة عشرة للاقتصاد الإسلامي ما يؤيد ذلك: (7/1/6) التدرج في تطبيق التحويل للالتزام بالشريعة لا مانع من التدرج في تنفيذ المتطلبات الشرعية للتحويل للالتزام بالشريعة إذا اقتضته الظروف الواقعية للمؤسسة؛ لتجنب حالات التغيير وخطر الانهيار... ومسد ذلك انه قد يكون وسيلة متعينة لتحقيق هذا المقصد الشرعي، وأن نجاح التحويل يتطلب كثيراً من الإجراءات التي تحتاج إلى إعداد، فضلاً عن إيجاد البدائل لما يستبعد من تطبيقات ممنوعة وتأهيل الطاقات البشرية للتنفيذ الصحيح)⁽⁴⁾

وهذا منهج القرآن في التدرج في التحويل من العقود الربوية إلى المعاملة المباحة على النحو الآتي:

المرحلة الأولى: قال تعالى: (وَمَا آتَيْتُمْ مِنْ رَبِّا لِيَرْبُوَ فِي أَمْوَالِ النَّاسِ فَلَا يَرْبُو عِنْدَ اللَّهِ وَمَا آتَيْتُمْ مِنْ زَكَاةٍ تُرِيدُونَ وَجْهَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الْمُضْعِفُونَ)⁽⁵⁾.

المرحلة الثانية: قال تعالى: (فَبِظُلْمٍ مِنَ الَّذِينَ هَادُوا حَرَّمْنَا عَلَيْهِمْ طَيِّبَاتٍ أُحِلَّتْ لَهُمْ وَبِصَدِّهِمْ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ كَثِيرًا () وَأَخَذَهُمُ الرِّبَا وَقَدْ نُهُوا عَنْهُ وَأَكْلِهِمْ أَمْوَالَ النَّاسِ بِالْبَاطِلِ وَأَعْتَدْنَا لِلْكَافِرِينَ مِنْهُمْ عَذَابًا أَلِيمًا)⁶

المرحلة الثالثة: قال تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافًا مُضَاعَفَةً وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ)⁽⁷⁾

المرحلة الرابعة: قال تعالى: (الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ (275) يَمْحَقُ اللَّهُ الرِّبَا وَيُزِيهِ الصَّدَقَاتِ وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ كُلَّ كَفَّارٍ أَثِيمٍ (276) إِنَّ الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ وَآتَوُا الزَّكَاةَ لَهُمْ أَجْرُهُمْ عِنْدَ رَبِّهِمْ وَلَا خَوْفٌ عَلَيْهِمْ وَلَا هُمْ يَحْزَنُونَ (277) يَا

(1) ينظر مع الزرقا، مصطفى، التطبيقات على القاعدة في المعاملات، شرح القواعد الفقهية، (293- وما بعدها)

(2) ينظر مع الزرقا، مصطفى، التطبيقات على القاعدة في المعاملات، شرح القواعد الفقهية، (419- وما بعدها)

(3) ينظر: أبو غدة، عبدالستار، بحوث في المعاملات والأساليب المصرفية الإسلامية (321/3).

(4) قرارات وتوصيات ندوات البركة للاقتصاد الإسلامي جمع وتنسيق وفهرسة عبد الستار أبو غدة وعزالدين خوجه (278) نقلاً عن اثر التحويل المصرفي في العقود الربوية (ص/36).

(5) (سورة الروم: 39).

(6) (سورة النساء: 160 - 161).

(7) (سورة آل عمران: 130).

أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ (278) فَإِنْ لَمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَإِنْ تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ(1).

ومن القواعد المقررة شرعا (إن الضرورات تبيح المحظورات) فإن من الضرورات التي تجعل الاستمرار الآني في المعاملات الربوية حتى نصل إلى مرحلة القضاء على كل هذه العقود الربوية، وتحويلها إلى عقود مشروعة، لكن هذه الضرورة تقدر بقدرها؛ فإن أمكن التحول في أسبوع لا يقبل الشهر، وإذا أمكن التحول في شهر لا يصار إلى السنة وإذا أمكن التحول الكلي لا يقبل الجزئي، وإذا أمكن التحول في الأصول لا يقبل التحول في الفروع، إلا ما كان متوقفاً على بعض القوانين والأنظمة في بعض الدول.

وأخيراً: فالقول بجواز تحويل العقود الربوية إلى عقود مضاربة فيه تشجيع وتحفيز للمصارف التقليدية لترك التعامل بالربا، وفيه مراعاة تحقيق المصالح الراجحة التي تكون في مقابل المفساد المرجوحة؛ لأن بقاء المصارف تتعامل بالربا مفسدة كبيرة وعظيمة، والقول بجواز التحول فيه من المصالح الكبيرة والعظيمة، يقول شيخ الإسلام ابن تيمية: (ومن تدبر أصول الشرع علم أنه يتلطف بالناس في التوبة بكل طريق)(2)

المطلب السابع: ضوابط تحول العقود الربوية إلى عقود مضاربة:

لا بد من تطبيق التحول بضوابط تضمن أن تسير العلمية وفق أحكام الشريعة الإسلامية في كل مراحل التحول مستطيع إلى ذلك سبيلاً، ولا يكون ذلك إلا بضوابط، ومن هذه الضوابط:

1. أن لا يكون التحول سبباً في حدوث النزاع بين أطراف العقود، لأن العقود ما جعلت إلا من أجل رفع النزاع بين الناس.
2. أن لا يترتب على التحول ضررٌ كبيرٌ فاحشٌ، سواء كان هذا الضرر مما يلحق المؤسسة أو العميل، بحيث يصرف أطراف العقد النظر عن التوبة والتحول إلى العقود الإسلامية.
3. أن يكون التحول وفق أحكام الشريعة الإسلامية بشكل كامل، فهذا هو الأكمل، إلا إن تعذر ذلك، فهذا منوط بالاستنطاعة.
4. أن يكون هذا التحول شاملاً لجميع العقود الربوية في المصرف، إلا في حال تعذر ذلك بسبب رفض بعض العملاء مبدأ التحول، فينتقل إلى التحول الجزئي، فما لا يدك كله لا يترك جله.
5. محاولة أن يكون التحول في العقود طويلة الأجل، بحيث يتم التركيز عليها أكثر من غيرها، لأن المشكلة تظهر بشكل كبير وواضح في هذا العقود.

المطلب الثامن: آثار التحول من العقود الربوية إلى عقود مضاربة:

إن عملية التحول تحتاج إلى صدق وهمة عالية من إدارة المصرف من أجل الخروج التدريجي من العقود الربوية بأقل الخسائر، وهذا يتطلب أن يدرك المصرف الآثار المترتبة على هذا التحول من أجل أخذ الحلول لتقليل من الضرر الذي يترتب على هذا التحول، ومن هذه الآثار:

1 () (سورة البقرة 275- 279).

2 () ابن تيمية، تفسير آيات أشكلت، (2/595).

1. التوقف عن إنشاء العقود الربوية بشكل كامل, حتى لو كانت هذه العقود في المراحل النهائية, وهذا يتطلب عدم التزام أطراف العقود بالعقد, لكن يتحمل الطرف المتحول نسبة من الضرر الذي يلحق بالطرف الآخر إذا أثبت ذلك.
2. البنك يحتوي على فوائد ربوية في السنوات السابقة, فلا يلزم البنك بالتخلص منها, وذلك لصعوبة الأمر, وأن ذلك يلحق بالمصرف ضرر يؤدي إلى عدم التحول.
3. ابقاء بعض العقود الربوية والتي تكون مع مؤسسات وطنية أو دولية, وحكومية أو أهلية, ممن لا يستطيع التحول وذلك بسبب عدم قدرت المصرف على التحول من العملاء جميعهم.
4. تغيير القانون الداخلي مع إبلاغ جميع الشركاء بذلك, بما يضمن حقوق الشركاء والعملاء, وذلك وفق هيئة شرعية.
5. إصدار المصرف من الهيئة الشرعية بيان في نسبة الأموال المحرمة والمشبوهة, وكيفية التخلص منها.

المطلب التاسع: كيفية تحول العقود الربوية إلى عقود مضاربة:

سيكون الحديث على آلية التحول عن طريق نقاط يسيّر عليها المصرف, وهذه تختلف باختلاف العقود والمصارف والعملاء والنظام الداخلي أو النظام العام الذي يحكم المصارف في الدولة بشكل عام, وهذا الآلية تتكون من نقاط:

1. اجتماع الهيئة العامة من أجل الحصول على القرار.
 2. طلب تعديل النظام الداخلي من الجهات المختصة.
 3. إحصاء عدد العقود الربوية, والمبالغ المالية, ومدة كل عقد, بحيث يتم دراسة كل عقد على حدة.
 4. يتم حصر الآثار المتوقعة, ويجاد الحلول الشرعية لها.
 5. تعيين هيئة شرعية من أجل متابعة سير عملية التحول بدون الوقوع في المحاذير الشرعية.
 6. الاجتماع مع العملاء وتقسيمهم إلى أقسام ثلاثة: مؤيد, معارض, لا يحدد رأيه, فيتم المباشرة بتحويل عقد المؤيد, أما المعارض فيتم تحويله إلى الهيئة الشرعية ومحاولة إيجاد مخرج لهذا العقد, أما الذي لم يحدد يتم بيان الفوائد والنتائج الإيجابية من ذلك التحول, وبيان الحكم الشرعي.
 7. يتم تعيين لجنة خاصة لمتابعة عقود المضاربة وسير العملية بشكل صحيح على أرض الواقع.
 8. يتم الاتفاق على العقد الجديد وعلى الشروط الجديدة.
- بهذا تكون آلية العمل, ويمكن التعديل عليها بحسب المستجدات والنوازل, وتغير ذلك بالطرق القانونية, بما يضمن تطبيق الشريعة الإسلامية بتحقيق المصالح ودرء المفاسد.

الخاتمة:

في نهاية هذا البحث فقد توصل الباحث إلى النتائج الآتية:

1. التحول في العقود معروف في الفقه الإسلامي من قديم, وله نماذج وأمثلة كثيرة في الفقه الإسلامي.
2. ليس كل نهي يقتضي الفساد, والمعاملات المالية النهي فيها لا يؤدي إلى فسادها, بل يمكن تصحيح العقد وبقاء الأصل.

3. يمكن تصحيح العقود الباطلة و الفاسدة في المعاملات المالية.
 4. ثبت جواز تصحيح العقود وبقاء أثرها في الفقه الإسلامي.
 5. هناك فروق كبيرة بين عقود المضاربة والفوائد الربوية.
 6. هناك أدلة كثيرة على جواز تحول العقود الربوية إلى عقود مضاربة عند تحول المصارف التقليدية إلى مصارف إسلامية.
- وأسال الله . عز وجل . أن يجزي خير الجزاء كل من ساعدني في انجاز هذا البحث من توجيه ونصح، وأختتم بقول صاحب القاموس: (ضارِعاً إلى من ينظر من عالم في عملي أن يستر عثاري وزللي، وأن يسدد بسداد فضله خللي، ويصلح ما طغى به قلبي، وزاغ عنه البصر، وقصر عنه الفهم، وغفل عنه الخاطر، فإن الإنسان محل نسيان)⁽¹⁾.
- وقفنا لله لخدمة دينه، وألهمنا الرشد والسداد، والسير على هدى نبيه محمد صلى الله عليه وسلم وتوج أعمالنا بالإخلاص والرضا والقبول.
- (رَبَّنَا لَا تُزِغْ قُلُوبَنَا بَعْدَ إِذْ هَدَيْتَنَا وَهَبْ لَنَا مِنْ لَدُنْكَ رَحْمَةً إِنَّكَ أَنْتَ الْوَهَّابُ)
- والحمد لله رب العالمين.

المصادر والمراجع:

- الألوسي، : محمود الألوسي أبو الفضل، روح المعاني روح المعاني، الناشر : دار إحياء التراث العربي - بيروت
- الأمدي، ابو محمد، الأحكام في أصول الأحكام، ط2، 1402هـ، تعليق فضيلة الشيخ عبدالرزاق عفيفي، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان.
- البغا، مصطفى، اثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، ط1، 1430هـ - 2009م، دار المصطفى، دمشق
- البغوي، أبو محمد الحسين بن مسعود البغوي، المتوفى 516 هـ، تفسير البغوي، المحقق : حقه وخرج أحاديثه محمد عبد الله النمر - عثمان جمعة ضميرية - سليمان مسلم الجرش الناشر : دار طيبة للنشر والتوزيع
- ابن تيمية، أحمد، مجموع الفتاوى، 1412هـ، تحقيق عبدالرحمن بن محمد قاسم العاصمي النجدي، دار عالم الكتب للطباعة والنشر، الرياض، السعودية.
- الجريدان، نايف بن جمعان، تحول المصارف التقليدية للعمل وفق أحكام الشرعية الإسلامية دراسة نظيرية تطبيقية، بحث محكم منشور في مجلة الشريعة والقانون والدراسات الإسلامية، العدد23، 2014م
- ابن حجر، احمد بن علي العسقلاني، التلخيص الحبير في تخريج احاديث الرافي الكبير، 1384هـ، تحقيق عبدالله اليماني، المدينة المنورة.
- حسين، وليد بن علي، اعتبار مآلات الأفعال وأثرها الفقهي، ط1. 1429هـ - 2008م، تأليف، دار التدمرية، الرياض، السعودية.
- الرازي، فخر الدين محمد بن عمر بن الحسين، المحصول في علم اصول الفقه، ط1، 1433هـ - 2012م، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان.

- ابن رشد, ابو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد القرطبي **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**, ط1, 1416هـ - 1995م, دار ابن حزم, بيروت, لبنان.
- الزبيدي, محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني, أبو الفيض, الملقب بمرتضى, الزبيدي, **تاج العروس**: تحقيق مجموعة من المحققين الناشر دار الهداية.
- الزرقا, احمد بن الشيخ مصطفى, **شرح القواعد الفقهية**, ط10, 1433هـ - 2012م, دار القلم, دمشق, سوريا.
- الزليعي, جمال الدين ابي محمد عبدالله بن يوسف الحنفي, **نصب الراية تخريج احاديث الهداية**, 1416هـ, تحقيق احمد شمس الدين, دار الكتب العلمية, بيروت, لبنان.
- السالوس, علي أحمد, **موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي**, ط7, 1426هـ - 2005م, مؤسسة الريان, بيروت, لبنان.
- السبكي, تقي الدين علي بن عبد الكافي, **الإبهاج في شرح المنهاج**, ط2, 1432هـ - 2011م, دار ابن حزم, بيروت, لبنان.
- السنهوري, عبدالرزاق أحمد, **نظرية العقد**, الجمع العلمي العربي الإسلامي, منشورات محمد الداية, بيروت, لبنان.
- الشاذلي, حسن علي, **نظرية الشرط في الفقه الإسلامي**, ط1, 1430هـ - 2009م, دار كنوز اشبيليا, الرياض, السعودية.
- صالح, أيمن صالح, **تحول عقد الشركة في الفقه الإسلامي**, بحث محكم منشور في مجلة الجامعة الإسلامية للعلوم الإسلامية ليبيا العدد الأول سنة 2003م
- طه, محمد, **تحول البنك التقليدي إلى بنك إسلامي**, بحث مقدم لمؤتمر دور المؤسسات المصرفية الإسلامية في الاستثمار والتنمية, كلية الشريعة, جامعة الشارقة, 2002م,
- ابن عبد البر, ابو عمر يوسف بن عبدالله بم محمد, **التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد**, المكتبة التجارية, مصطفى الباز, مكة المكرمة..
- العمرائي, عبدالله بن محمد, **المنفعة في القرض**, 1431هـ - 2010م, ط2, منشورات مصرف الراجحي, دار كنوز اشبيليا, الرياض, السعودية.
- الغزالي, أبي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي الطوسي, المتوفى سنة 505هـ, **المستصفى** تحقيق وتعليق الدكتور محمد سليمان الأشقر, ط1, 1433هـ - 2012م, مؤسسة الرسالة, الأردن.
- ابن فارس, أحمد بن فارس بن زكريا أبو الحسين, **معجم مقاييس اللغة**, تحقيق: عبدالسلام هارون, دار الجيل, تاريخ النشر 1399هـ - 1979م.
- الفيومي, أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقري, **المصباح المنير دراسة و تحقيق**: يوسف الشيخ محمد الناشر: المكتبة العصرية,
- ابن قاسم الشافعي, سلطان العلماء أبي محمد عزالدين بن عبدالعزيز بن عبدالسلام, المتوفى سنة 660هـ, **مختصر الفوائد في أحكام المقاصد المعروف بالقواعد الكبرى**, وتحقيق وتعليق فضيلة الدكتور صالح بن عبد العزيز بن إبراهيم آل منصور, ط1, 1997م, دار الفرقان, السعودية.

- ابن قدامه, موفق الدين أبي محمد عبدالله بن أحمد, روضة الناظر وجنة المناظر, ط1, 1433 هـ - 2012م, دار كنوز اشبيليا, الرياض, السعودية.
- ابن كثير, أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي, تفسير القرآن العظيم. ط1, 1423 هـ - 2002م, مؤسسة المختار, القاهرة, مصر.
- محمود, حيدر جبار, تحول العقد المالي وأثره في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة , بحث منشور في مجلة كلية الشريعة العدد الرابع.
- مخلوف, حسين محمد, معاني كلمات القرآن, 1418 هـ - 1997م, بيروت, لبنان.
- مسلم, ابو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري, صحيح مسلم, حقق نصوصه ورقمه الشيخ محمد فؤاد عبدالباقي, دار الحديث, القاهرة, مصر.
- ابن منظور, حمد بن مكرم بن علي, أبو الفضل, جمال الدين ابن منظور الأنصاري الإفريقي, لسان العرب, دار بيروت, ط1, 1410 هـ.
- النفاض, أبو هند عبدالغني بن احمد, أحكام الأبناء غير الشرعيين دراسة فقهية اجتماعية حديثة مقارنة, ط1, 1428 هـ - 2007م, دار المؤيد, الرياض, السعودية.
- اليمني, محمد بن عبدالعزيز بن سعد, الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة, ط1, 1427 هـ - 2006م, كنوز اشبيليا, الرياض, السعودية.

قائمة المراجع المرومنة:

- AL- baghawi. A. Tafsir Albaghawi, (in Arabic), Dar Taiba.
- Al- geridan.N.(2014)Thol Almsarf Altkleddh Llaml Ofq Ahkam Alsarit Alislamit, (in Arabic)
- Al -omrani. A. (2010) Almnfiate Fe Alkrt, (in Arabic), Dar Al-ahbelia Treasures, Riyadh, Saudi Arabia.
- Al- senhoury. A. Nadreat Alagd. (in Arabic) Muhammad al-Daya Beirut, Lebanon..
- Al- shazly. H. (2009) Nadaret Alshrt Fe Alfkh Alislamic, (in Arabic), Dar Kunooz Ishbiliyah, Riyadh, Saudi Arabia.
- Al-ausi. M. Tafser Roh Almane, (in Arabic). Dar Heai Atrat Arabic, Beirut
- Alboga. M. (2009) Atr Aladlat Almktalfte Fi Alfkh Islamic, (in Arabic). Dar Al-Mustafa, Damascus.
- Al-fayoumi. A. Almsbah Almner, (in Arabic). Almktaba Alisreate.
- Al-ghazali. A. (2012) Almustasfi, (in Arabic), Alrisalah, Jordan.
- Al-madi.A. (1402) Al-Ahkam fi Usool Al-Ahkam, (in Arabic), Al-mktb Alslame, Beirut, Lebanon.
- Al-nassad. A. (2007) Akam Alabnai Ker Asharien 12-Derasatn Fkheatn Ajtmaih Hadetwh Mkarntn , (in Arabic), Dar Almoayad, Riyadh, Saudi Arabia.
- Al-Razi. F. (2012) Al-Mahsil Fe Alm Asol Alfkh, (in Arabic) , The Resala, Beirut, Lebanon.
- Al-salus. A. (2005)), Mosoat Alkataea Almasrate Oa 15-Alktsad Al aslame (i n Arabic) Al-Rayyan, Beirut, Lebanon.
- Al-sobky. T. (2011) AlIbhaj Fe Sharh AlMinhaj, (in Arabic). 2nd Edition, Dar Ibn Hazm, Beirut, Lebanon.
- Al-yemeni. M. (2006) Alshrt Aljazaie Oa Atroh Fe 18-Alikod Al-maisrat, (in Arabic), Treasures of Seville, Riyadh, Saudi Arabia

- Al-zailai. G. (1416 AH) Nsb Alraeate Tkreg Ahadet 20-Alhdaeate , (in Arabic), Dar Al-Kutub Al-Ilmiyyah, Beirut, Lebanon.
- Al-zarqa. A. (2012) Shrh Alkoaid Alfkheate (in Arabic), Dar Al-qalam, Damascus, Syria
- Al-zubaidi. M. Tag Alaros, (in Arabic) Dar Al-Hidaya.
- Hussain. W. (2008) Atbar Maalat Alafal Oa Atrha Alfkhe , (in Arabic), Written by Dar Al-Tadmuriyyah, Riyadh, Saudi Arabia.
- Ib- abdel Barr. A. Altamhed Lma Fe Almeani, Mn 25-Almiane Oa Aliasaned, (in Arabic), Almktaba Altgareate, Makkah Al-Mukarramah.
- Ibn- faris. A. (1979) Migam Makaes Alkte, (in Arabic), Dar Aljeel.
- Ibn- hijr. A. (1384) Atlkds Alhber Fe Tkreg Ahaded A Irafa Alkber, (in Arabic), Almadenh Almnoarh.
- Ibn- ktheer. A. (2002) TAFSER ALquran Aladem. (in Arabic), Almkhtar, Cairo, Egypt.
- Ibn- manzur.H. (1410) Lisan Alarab, (in Arabic). Dar Beirut.
- Ibn- qadama. M. (2012) Raodat Alnadr Oa Janat Almonadr, (in Arabic), Dar Kunooz Eshbilia, Riyadh, Saudi Arabia.
- Ibn- qasim. A. (1997) Mktasr Alfaoaid Fe Ihkam Almakasd Almirof Balkaoaid Alkbra, (in Arabic), Dar Al-Furqan, Saudi Arabia.
- Ibn- rushd. A. (1995) Bdayat al-Mujtahid Fe Nihayat Al-Muqtasid, (in Arabic), Dar Ibn Hazm, Beirut, Lebanon.
- Ibn- taimia. A. (1412) Majmoo Alfatwas, (in Arabic), Dar Alam Alkutub, Riyadh, Saudi Arabia.
- Mahmud. H. Tahol Aliokd Almale Oa Atarh Fe Alfkx Alislame Drastn Mkarnat, (in Arabic).
- Makhlouf. H. (1997) Meanie Kalamat ALquran, (in Arabic). Beirut, Lebanon
- Muslim. A. Sahih Muslim, (in Arabic), Dar Al-Hadith, Cairo, Egypt.
- Salh. A. (2003). Tahol Akd Alshrkat Fe Alfkx Ajaslame, (in Arabic).
- Taha. M. (2002) Tahol Albnk Altklede Ila Bnk Aslame, (in Arabic), University of Sharjah.