

قراءة فقهية في تكييف الودائع لدى المصارف التجارية

دكتور / أحمد عبد الله حسن كاتب (*)

تقديم وتقسيم:

تتنوع المصارف وتعدد أشكالها وعملياتها ، وقد أفرز الواقع العملي لها عن وجود عدد من الأشكال منها :

- ١ - المصارف المركزية.
 - ٢ - المصارف التجارية.
 - ٣ - المصارف الإسلامية.
 - ٤ - المصارف المتخصصة غير التجارية.
 - ٥ - مصارف (بنوك) الاستثمار والأعمال.
- كما تتداخل عمليات واختصاصات كل نوع إلى الحد الذي أصبحت التفرقة الواضحة بين هذه الأنواع غير حاسمة في معظم الأحوال.
- غير أن جوهر التفرقة بين المصارف التجارية وبين غيرها يتضح من وجوه هي :

- ١ - استهداف تعظيم أرباح المصرف.
- ٢ - تجنب المخاطر بقدر الإمكان.
- ٣ - تلقي الودائع النقدية من العملاء.

٤- منح الائتمان (القروض) لمن يطمئن المصرف إلى سلامة مركزه المالي من العملاء سواء في صورة مباشرة أو غير مباشرة لقاء فوائد محددة.

وقد يضاف إلى وظيفتي قبول الودائع ومنح الائتمان (القروض) أعمال أخرى يقوم بها المصرف التجاري مثل التحويل المصرفي وحسم الأوراق التجارية وتحصيلها إلى غير ذلك من العمليات والخدمات المصرفية التي قد تباشرها المصارف غير التجارية على حد سواء مع المصارف التجارية.

تحديد نطاق البحث:

يعالج البحث المائل مسألة واحدة على سبيل الحصر بين العمليات التي ينهض بها المصرف التجاري وهي : التكيف الشرعي للودائع التي يتلقاها المصرف من عملائه ، وذلك دون خوض في الحكم الشرعي على ما يمنحه المصرف لعميله من فوائد أو عوائد جاذبة للإيداع في وضعها الراهن القائم وقت كتابة هذا البحث ، ودون خوض كذلك في باقي العمليات المصرفية التي تشكل جوهر النشاط المصرفي التجاري

خطة البحث: يعالج البحث المائل موضوعه في أربعة فصول

الفصل الأول : الوديعة (تقسيماتها - خصائصها)

الفصل الثاني : الطبيعة القانونية (النظامية) والتكيف الشرعي المتقدم للوديعة المصرفية

الفصل الثالث : المناقشة الموضوعية للأسس التي بني عليها علماء الشريعة الإسلامية المحدثون تكييفاً تهم للوديعة المصرفية.

الفصل الرابع : التكيف الشرعي الأقرب إلى الصواب للوديعة المصرفية

الفصل الأول

الوديعة (تقسيماتها - خصائصها)

تقديم وتقسيم : على افتراض أن القارئ ليس متخصصا في اقتصاديات النشاط المصرفي ، فإنني أرى من المناسب ، ذكر تقسيمات الوديعة عند إطلاق لفظها ، مع بيان خصائص كل نوع منها كما أوردها العلماء أولاً: تقسيمات الوديعة:

لقد أصبح لفظ الوديعة منصرفاً عند إطلاقه إلى ثلاث معان هي :

- ١- الوديعة الشرعية : المشروعة بالكتاب والسنة والإجماع
- ٢- الوديعة المدنية : بوصفها أحد العقود الواردة على العمل بموجب أحكام المواد من ٧١٨ - ٧٢٨ من الفصل الرابع من الباب الثالث من الكتاب الثاني من القانون المدني المصري والقوانين العربية الناقلة عنه.
- ٣- الوديعة المصرفية : وهي ذلك الشكل الخاص الذي رخص قانون البنوك والائتمان في كل دولة ، للبنوك التجارية ، في قبولها من العملاء بصفة معتادة ، لتدفع عند طلب للعميل ، أو بعد أجل محدد عند الإيداع ، أو بإخطار سابق. والتي لا يتم قبولها أو استغلالها إلا بضوابط خاصة ، يقررها قانون البنوك والائتمان ويراقبها البنك المركزي في كل دولة.

ثانيا: خصائص كل نوع:

١- خصائص الوديعة الشرعية :

- أ- أنها عقد تبرع بحفظ مال الغير بلا تصرف فيه^(١) ومن غير نفع يرجع للمودع^(٢)
- ب - أنها أمانة لا ضمان فيها على المودع لديه إن تلفت بغير تفريط أو تعد منه لحديث : «ليس على المستودع ضمان»^(٣).
- ج - أن أركانها هي نفس أركان الوكالة لأنها نوع منها ، إذ الإيداع شرعا: توكيل من مالك لمال في حفظه والاستيداع: توكل من إنسان^(٤) في حفظ مال غيره تبرعا بغير تصرف فيه.
- د - إذا تعدي المودع في الوديعة بالاستعمال ، فالمشهور عند الحنابلة هو بطلانها ووجوب ردها ، ولا تتحول لا إلى قرض ولا عارية ، ولا تعود وديعة بغير عقد متجدد يقول ابن النجار: «أو أخرج الدراهم المودعة لينفقها ، أو لأن ينظر إليها ثم ردها إلى وعائها ولو بنية الأمانة ، أو خلطها بشيء لا تتميز منه ، بطلت الأمانة فيه ووجب ردها فورا ، ولا تعود وديعة بغير عقد متجدد» ، قال ابن رجب في القاعدة الخامسة والأربعين: إذا تعدي في الوديعة بطلت ، ولم يجز له الإمساك ، ووجب الرد على الفور ، لأنها أمانة محضة وقد زالت بالتعدي فلا تعود بغير عقد متجدد ، هذا هو المشهور ، وقال ابن الزغواني : انه إذا زال التعدي وعاد إلى الحفظ لم تبطل^(٥)

(١) إرشاد أولي النهي - الشيخ منصور البهوتي ، باب الوديعة

(٢) الواضح في شرح مختصر الخرقي - الشيخ الضرير - ج ٣ ص ٣٢٨

(٣) الواضح في شرح مختصر الخرقي - الشيخ الضرير - ج ٣ ص ٣٢٨

(٤) معونة أولي النهي - ابن النجار - ج ٥ ص ٤٨٣ تحقيق د/ عبد الملك دهيش

(٥) معونة أولي النهي ج ٥ ص ٥٠٠ ، راجع: القواعد لابن رجب ط ١ - مكتبة الكليات

الأزهرية ص ٦٤ .

هـ - في الوديعة الشرعية: الإذن المسبق من المودع في استعمال المودع لديه لنقودها، لا يبطل الوديعة ولا يحولها إلى قرض، بل تظل وديعة، وكل ما يوجب هذا الإذن هو ضمانها عند التلف أو الضياع بسبب الاستعمال: يقول ابن النجار: «وإن أخذ المودع من الدراهم المودعة درهما، ثم رده بعينه، أو رد بدله متميزا، أو أذن المودع في أخذه، فرد الآخذ بدله، بلا إذنه، فضاع الكل، أي كل الدراهم المودعة، ضمنه، أي ضمن المودع لديه الدرهم الذي أخذه، أو أذن المودع في أخذه وحده. وعنه: يضمن الجميع، ووجه المذهب: أن الضمان تعلق بالأخذ، فلم يضمن غير ما أخذ بدليل ما لو تلف في يده قبل رده.. ولأن الضمان منوط بالتعدي وهو مختص بالمأخوذ»^(٦).

و- إذا خلط الوديعة الشرعية بما لا تتميز منه من ماله أو مال غيره تظل وديعة مع الضمان، ولا تتحول بالخلط إلى أي عقد آخر، يقول الشيخ الضرير في الواضح في شرح مختصر الخرقى^(٧): «إن المستودع إذا خلط الوديعة بما لا تتميز منه، من ماله أو مال غيره، ضمنها، سواء خلطها بمثلها، أو دونها أو أجود من جنسها، أو غير جنسها، مثل أن يخلط دراهم بدراهم وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي، لأنه خلطها بماله خلطا لا يتميز فوجب أن يضمنها.

(٦) معونة أولي النهي ج ٥ ص ١٠٥٠٠ مرجع سابق

(٧) الواضح ج ٣ ص ٣٢٩ مرجع سابق

ز - إذا خلط المودع لديه مال الوديعة بماله أو بغيره بناء على أمر المودع فلا ضمان عليه ، يقول الشيخ الضرير : « وإن أمره صاحبها يخلطها بماله أو بغيره ففعل فلا ضمان عليه ، لأنه فعل ما أمر به ، فكان نائباً عن المالك »^(٨).

ح - إن قضية كلام الفقهاء في الخاصيتين الرابعة والخامسة المتقدمتين تنحصر فيما لو استعمل المودع لديه الوديعة لمصلحة نفسه سواء كان ذلك بدون إذن مسبق من المودع أو بإذن منه ، لكن ما هو الحكم فيما لو استغلها استثماراً بإذن من المودع وحقق من وراء ذلك أرباحاً ، فما حكم الوديعة ؟ ولمن تكون هذه الأرباح ؟

لقد صرح الفقهاء القدامى بأن المودع لو قال للمودع لديه ضارب بالوديعة ، فإنها تعد رأس مال مضاربه ، وتأخذ كافة أحكامها من حيث الضمان واقتسام الأرباح إن وجدت.

ولكن الفقهاء قد سكتوا عما لو أذن المودع للمودع لديه إذناً مطلقاً باستثمار الوديعة لتحقيق مصلحة مشتركة بينهما وحقق المودع لديه من هذا الاستثمار أرباحاً ، وهو سكوت تستوجب الضرورة الاجتهاد فيه .

إننا لا نستطيع أن نحكم بأن هذا الوضع مضاربة لأن الإذن بالاستغلال لم يتجه إلى صيغة المضاربة ، فهل يا تري يمكن أن تكون هذه الصيغة وكالة في الاستثمار بأجر مع ضمان الوكيل لأصل الوديعة ؟ أم يا تري يمكن أن تكون هذه الصيغة شركة مفاوضة قائمة على تفويض المودع للمودع لديه في استثمار الوديعة مع كفالة (ضمان) الأخير لرأس المال ولنسبة معينة من الربح لصاحب رأس المال ، وهل هناك دليل شرعي يمنع من انعقاد هذه الشركة أو من تحديد نسبة

(٨) المرجع السابق ص ٣٢٩

الربح مقدما لصاحب رأس المال، أسئلة كثيرة تحتاج إلى أعمال الرأي وبذل الجهد فيها، وهو ما سنحاوله بمشيئة الله تعالى في نهاية هذا البحث.

٢- خصائص الوديعة المدنية عند القانونين

أ- أنها عقد يرد على عمل هو : حفظ المودع لديه لمال الوديعة تبرعا من حيث الأصل^(٩).

ب- أنها ترد عينا عند عدم الاتفاق على استعمالها، ومن ثم فإنها في الأصل من عقود الأمانة.

ج- الأصل فيها أن تكون بغير أجر، فإن كانت كذلك فهي من عقود التبرع.

د- جواز الاتفاق فيها على أجر^(١٠) فإن كانت بأجر فهي أقرب إلى عقد الوكالة بأجر، أو الإجارة على الحفظ.

هـ- إمكانية تحويلها إلى قرض بشرطين هما:

(١) أن تكون مبلغا من النقود أو أي شيء مما يهلك بالاستعمال.

(٢) أن يكون المودع لديه مأذونا له في استعمالها، وفي ذلك تنص المادة ٧٢٦ مدني مصري على أنه:

«إذا كانت الوديعة مبلغا من النقود، أو أي شيء آخر مما يهلك بالاستعمال، وكان المودع عنده مأذونا له في استعماله اعتبر العقد قرضا»

و- يجوز أن تكون الوديعة المدنية لأجل يعين في العقد لمصلحة المودع عنده، وفي ذلك تنص المادة ٧٢٢ مدني مصري على أنه: «يجب على المودع عنده أن

(٩) المادتان ٧١٨، ٧٢٤ مدني مصري

(١٠) المادة ٧٢٤ مدني مصري

يسلم الشيء إلى المودع بمجرد طلبه، إلا إذا ظهر من العقد، أن الأجل عين لمصلحة المودع عنده...».

ز- إذا تأخر المودع لديه في الوديعة، بعد مطالبة المودع له بذلك وأعذاره وفقا لنص المادة ٢١٩ مدني مصري، أو الفوائد الاتفاقية وفقاً لنص المادة ٢٢٧ مدني مصري عند عدم الرد من وقت الأعذار.

ح- إذا لم يقوم المودع لديه برد الوديعة عند طلبها كان مرتكباً لجريمة خيانة الأمانة. ثلاثة أثار غاية في الأهمية تترتب على الخاصية الخامسة المتقدمة هي:

- ١- إذا اعتبر العقد قرضاً جازت المقاصة بين البنك والعميل.
- ٢- إذا اعتبر العقد قرضاً لا تسري فوائده التأخير إلا من وقت المطالبة القضائية.
- ٣- إذا اعتبر العقد قرضاً، ولم يقوم المودع عنده بالرد، فلا محل لتحريك الدعوى الجنائية عن جريمة تبديد الأمانة، وإنما يكون المقترض مدنياً بالرد بدين يخضع فيه لقواعد الإعسار ونظرة المسرة.

خصائص الوديعة المصرفية في فقه القانونين التجاري والمدني

١- أنها عقد بمقتضاه يتسلم البنك التجاري مبالغ محددة من العميل المودع، مع حفظ حق الأخير في سحب ما يشاء من هذه المبالغ دفعة واحدة أو على دفعات، سواء عند الطلب أو عند انتهاء الأجل المتفق عليه.

٢- عند تسليم البنك لها من العميل، فإنه لا يحتفظ بها حين طلبها وردها بعينها، بل يمتلكها بمجرد تسليمها، ويمارس عليها جميع حقوق الملكية بالقيود والأوضاع التي يقررها البنك المركزي وقانون الائتمان الساري.

٣. يلتزم البنك برد ما يقابل المبلغ النقدي الذي تسلمه من المودع في أجل المتفق عليه أو بمجرد الطلب مع الفوائد المقررة مسبقاً.
٤. يكون ردها بذات العملة التي تم بها الإيداع ما لم يتفق على خلاف ذلك.
٥. لا يستطيع المودع طلب رد الوديعة لأجل ، إلا عند حلول أجلها المتفق عليه إلا إذا تنازل عن الفوائد المتفق عليها.
٦. تجيز البنوك للمودع الاقتراض منها بضمان الوديعة لأجل ، أو تخصيصها كضمان لصالح الغير ، ويمتنع على العميل في مثل هذه الحالات التصرف في الوديعة ، وعليه الاحتفاظ بها طيلة فترة الضمان المتفق عليها.
٧. يعتبر عقد الإيداع المصرفي من عقود الإذعان^(١١) لانفراد البنك بتحديد شروطه مقدماً في نموذج مطبوع وليس أمام العميل سوي القبول أو الرفض دون المناقشة.
٨. يعتبر عقد الإيداع المصرفي عملاً تجارياً دائماً بالنسبة للبنك ، أما تقدير تجارته بالنسبة للعميل فيتوقف على شخصه وعلي الغرض من الإيداع وبناء على تجارية العقد بالنسبة للبنك فإن للعميل إثبات ما يشاء فيما يتعلق به بكافة طرق الإثبات في مواجهة البنك.
٩. يصبح المودع بعد الإيداع مجرد دائن للبنك بمبلغ معين ، وتنحصر التزامات البنك أمامه في رد ما يساوي القيمة العددية للمبالغ التي تسلمها مع الفوائد المقررة في أجل المحدد أو عند الطلب ، دون اعتبار لتغير قيمة الوحدات

(١١) أ.د/ سميحة القليوبي - الأسس القانونية لعمليات البنوك مكتبة عين شمس
القاهرة ص ١٥-٢٣

- النقدية، حيث لا يلتزم البنك إلا برد مثل ما تسلمه عدداً، وليس قيمة ما تسلمه وفقاً لنص المادة ١٣٤ مدني مصري.
- ١٠- والأخطر من كل هذا أن البنك وفقاً لنص المادة ٧١٨ مدني مصري ليس في مركز المودع لديه بالمقارنة بالوديعة المدنية من حيث إنه:
- أ- غير ملزم برد ذات الوديعة (عينها).
- ب - أن يده على مبلغ الوديعة ليست يد أمانة، بحيث يكون مرتكباً لجريمة خيانة أو تبديد الأمانة عند التصرف فيه.
- ج- أنه لا يمتلك مبلغ الوديعة ملكية تامة وحقيقية كملكية المقرض للقرض.
- د - للبنك بمقتضى العلاقة الناشئة عن الإيداع التمسك في مواجهة العميل بالمقاصة إذا كان دائناً له، وفي هذا الحكم مخالفة للقواعد العامة المنصوص عليها في المادة ٣٦٤ مدني مصري والتي تقضي بأن المقاصة لا تجوز إذا كان أحد الدينين شيئاً مودعاً أو معاراً عارية استعمال، وكان مطلوباً رده.
- هـ- البنك ضامن لمبلغ الوديعة في جميع الأحوال، حتى ولو هلك بسبب قوة قاهرة.

الفصل الثاني

الطبيعة القانونية والتكييف الشرعي المنتقد للوديعة المصرفية

المبحث الأول

الطبيعة القانونية (النظامية) لعقد الإيداع المصرفي

اختلف فقهاء القانون التجاري في كل من فرنسا ومصر في تحديد الطبيعة القانونية لعقد الإيداع المصرفي، ومن المثير للدهشة أنهم مجمعون على أن الوديعة المصرفية لا تخضع لأحكام الوديعة الكاملة المنصوص عليها في القانون المدني، والرأي المشهور عنهم أنها وديعة ناقصة تعتبر بمقتضى المادة ٧٢٦ مدني مصري قرضا، ومع إجماعهم المشار إليه يخضعونها في التحول إلى قرض لقواعد القانون المدني.

ويوجد خمسة اتجاهات في تحديد الطبيعة القانونية للوديعة المصرفية هي:

الاتجاه الأول: أنها أقرب إلى الوديعة المدنية، لأن الهدف الرئيسي منها هو الحفظ وبالتالي فإنها أقرب إلى الوديعة المدنية منها إلى عقد القرض، وهو اتجاه منقول عن الفقيه الفرنسي «ريبير».

الاتجاه الثاني: أنها وديعة شاذة أو ناقصة تقترب فكرتها عند بعض الفقهاء من فكرة القرض، وأساس هذا الاتجاه هو ما تتمتع به الوديعة المصرفية من خصائص تقربها من الوديعة العادية (الحفظ) ومن القرض في نفس الوقت (تملك البنك لها) فهي تقوم على فكرة الحفظ ورد المثل في آن واحد بما يجعلها وديعة شاذة، وينسب

هذا الاتجاه إلى الفقيهين: «ليون كان»، «رينو»^(١٢) وإلى بعض أحكام القضاء المصري حيث يسير قضاء النقض المصري على تكييفها بأنها وديعة ناقصة تعتبر بمقتضى المادة ٧٢٦ مدني مصري قرضاً.

الاتجاه الثالث: أنها من العقود غير المسماة وهو اتجاه منقول عن الفقيه الإيطالي «اسكارا»، والدكتور / على البارودي، ويعتبر عند الدكتور / سميحة القليوبي أقرب الآراء إلى الواقع لأن النتائج المترتبة على عقد الوديعة المصرفية متميزة (وخاصة) - تملك البنك لها وحقه في استعمالها والتصرف فيها دون اعتباره خائناً للأمانة وضمنان البنك لها وجواز إجراء المقاصة بينه وبين العميل كما أن دائني العميل يعتبرون بمثابة دائنين عاديين في حالة إفلاس البنك وليس بوصفهم مالكيين مستردين.

الاتجاه الرابع: أنه عقد قرض: ويتزعم هذا الاتجاه من شراح القانون العرب الأساتذة: عبد الرازق السنهوري وعلي جمال الدين عوض ومحمود سمير الشرقاوي ويذكر الدكتور على جمال الدين عوض أن هذا الاتجاه يستهوى غالبية الفقه الفرنسي ويؤسس هذا التكييف على ما يتحقق لطرفي عقد الإيداع المصرفي من مصالح مرعية، وعلى الأخص: البنك المودع لديه، وعلي مراعاة الوضع الغالب في العمل، فالبنك وهو تاجر في النقود يعطي ائتماناً للغير مضطراً للحصول على ما يقرضه للغير من

(١٢) المرجع السابق ص ٢٤-٢٧

طريق الاقتراض من الغير (المودعين) وليس من رأسماله وهذا هو هدفه وقصده، وأما قصد المودع فإنه قد يتعدى الحصول على الفائدة إلى الحفظ والحصول على الخدمات المصرفية الأخرى.

ويستند هذا الاتجاه بالإضافة إلى نص المادة ٧٢٦ مدني مصري إلى ما يأتي:

- تملك البنك لمال الوديعة.
- التزام البنك لا برد العين بل يرد المثل عدداً.
- عدم التزام البنك بالحفظ مع تحمله خطر الهلاك في جميع الأحوال.
- إمكانية إجراء المقاصة بين البنك والعميل.

الاتجاه الخامس: وهو اتجاه ينسبه الدكتور على البارودي إلى القضاء الفرنسي وهو التردد بين الاتجاهات الأربعة المتقدمة، وفقاً لواقع القضايا التي تعرض أمامه، دون أن يعني بوضع مبدأ قضائي ثابت ينسب إليه^(١٢).

وفي حكم حديث نسبياً لمحكمة النقض المصرية في ١٧/٤/١٩٧٨م في الطعن رقم ٤١٦ لسنة ٤٥ قضائية، يبدو أن المحكمة قد عدلت فيه عن اعتبار الوديعة المصرفية وديعة ناقصة متحولة بمقتضى نص المادة ٧٢٦ مدني مصري إلى

(١٢) راجع د/ عطية عبد الحليم صقر : الوديعة النقدية المصرفية في ميزان الشرعية الإسلامية دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٢

قرض واعتبرتها وديعة ناقصة أقرب إلى عارية الاستهلاك ، وعدلت عن التزام المودع لديه برد المثل وأعطت للمودع حق المطالبة بالقيمة حيث تقول : «الوديعة إذا كان موضوعها مبلغا من المال ، فإنها لا تكون وديعة تامة ، بل تعتبر وديعة ناقصة أقرب إلى عارية الاستهلاك منها إلى الوديعة ، ويكون كل ما للمودع هو المطالبة بقيمة ماله».

خمسة اتجاهات قانونية في تكييف الوديعة المصرفية ، يضاف إليها الاتجاه السادس الحديث لمحكمة النقض المصرية ، ليس بينهما اتجاه قاطع مجمع عليه بين فقهاء القانون ، وإنما جميعها متقدمة.

بيد أن المشهور منها ، والذي تسارع فقهاء الشريعة الإسلامية المحدثين إلى الجزم بصحته هو الاتجاه الرابع ، أنها عقد قرض انعقد بنفس عقد الإيداع بين البنك وعميله ، وإن كان القليل منهم يري ، أنها وديعة ناقصة متحولة بتملك البنك لها واستعماله إياها إلى قرض. ولا تعليق لي على ذلك.

المبحث الثاني

التكييف الشرعي المشهور للوديعة المصرفية ومناقشته شكليا

الرأي الغالب بين علماء الشريعة الإسلامية المحدثين ينهض على اعتبار الحسابات المصرفية بأنواعها (البسيطة والجارية ولأجل وبإخطار) عقد قرض ابتداء وإن سميت باسم الوديعة المصرفية.

ولا أتجاوز الواقع إذا قلت: بأنهم جميعا منساقون وراء التكييف القانوني لها، ووراء ما نصت عليه المادة ٧٢٦ مدني مصري سالف الذكر، على ما في هذه المادة من مخالفة صريحة لأحكام القرض في الشريعة الإسلامية على نحو ما سيأتي قريبا. وهذه طائفة من أقوال بعض علماء الشريعة الإسلامية المحدثين أسوقها كنماذج:

١- يقول صاحب كتاب «الأعمال المصرفية والإسلام»: وهو من سلسلة بحوث مجمع البحوث الإسلامية بالقاهرة السنة ١٦- الكتاب الثاني:

«إن البنك يتسلم الوديعة ويخلطها بغيرها، ثم يتصرف فيها، فهذه دلائل تشير إلى أن عقد الوديعة تحول إلى عقد آخر هو القرض والقرض جائز شرعا بشرط عدم أخذ زيادة (فائدة) على ما استقرض فإذا لم يدفع البنك فائدة للعميل المودع، كانت عملية الإيداع تحت الطلب جائزة شرعا، أما إذا دفع البنك فائدة فالعملية إذن حرام».

ويقول سعادته في موطن آخر من نفس الكتاب:

«ويلاحظ أن حسابات الإيداع لأجل، يتصرف فيها البنك بإذن من المودع، على اعتبار أن تحديد الآجل بين البنك والعميل، إذن بإطلاق يد البنك في

التصرف والاستثمار له خاصة، ليكون على بينة بميعاد استردادها، حتى يستطيع أن يدبر مثل هذه الوديعة عند انتهاء الأجل المضروب، وبهذا تصبح حسابات الإيداع لأجل قرضاً وتأخذ حكم القرض»^(١٣).

ويلاحظ الباحث أن الأستاذ الهمشري قد بني تحول الحساب الجاري إلى قرض على أساسين هما:

أ - خلط الوديعة بما لا تتميز منه.

ب - تصرف البنك في المال المودع.

كما بني سيادته تحول الوديعة لأجل إلى قرض على أساسين هما:

أ - تصرف البنك في مال الوديعة بإذن افتراضي من المودع.

ب - الأجل المضروب للوديعة.

ولا تعليق للباحث مؤقتاً إلى أن يستكمل المزيد من تكييفات علماء الشريعة الإسلامية المحدثين للودائع المصرفية.

٢- يقول صاحب كتاب المعاملات المالية المعاصرة في ميزان الفقه الإسلامي تحت عنوان ودائع البنوك عقد قرض شرعاً وقانوناً، ما نصه: «ذهب أكثر من تكلم عن ودائع البنوك إلى أنها تعتبر قرضاً»، ويشيع بين آخرين أنها وديعة، حيث يقال: نحن لا نقرض البنوك وإنما نودع لديها، وذهب بعض من أراد أن يستحل فوائد البنوك إلى القول، بأن هذه الفوائد تعتبر أجراً لاستعمال النقود، أي أن الودائع تدخل تحت عقد الإجارة ولعل من المفيد أن نذكر ما

(١٣) الأستاذ / مصطفى الهمشري - الأعمال المصرفية والاسلام ص ٢٥٢ وما بعدها

يبين الفرق بين العقود الثلاثة كما جاء بالفقه الإسلامي (القرض، الوديعة، الإجارة).

وبعد أن يذكر فضيلة الشيخ ماهية وخصائص هذه العقود الثلاثة، بما هو ليس موضوع خلاف من أحد يقول:

«وفي ضوء ما سبق يمكن القول: بأن ودائع البنوك سميت بغير حقيقتها فهي ليست وديعة، لأن البنك لا يأخذها كأمانة يحتفظ بعينها، لترد إلى أصحابها وإنما يستهلكها في أعماله ويلتزم برد المثل، وهذا واضح في الودائع التي يدفع البنك عليها فوائد، فما كان يدفع هذه الفوائد مقابل الاحتفاظ بالأمانات وردها إلى أصحابها، أما الحسابات الجارية، فمن عرف أعمال البنوك أدرك أنها تستهلك نسبة كبيرة من أرصدة هذه الحسابات، كما أن البنك في جميع الحالات ضامن لرد المثل، فلو كانت وديعة لما كان ضامنا ولما جاز له استهلاكها».

ومن الواضح الجلي أن ودائع البنوك لا تدخل في باب الإجارة ويكفي أن ننظر إلى طبيعة النقود، وإلى عملية الإيداع من حيث الملكية والضمان والاستهلاك. ثم يستطرد فضيلته فيقول:

«وإذا نظرنا إلى القانون نجد أن تشريعات معظم الدول العربية تعتبر هذه الودائع قرضا، قال العلامة الأستاذ الدكتور/ عبد الرزاق السنهوري في كتابة الوسيط في شرح القانون المدني...».

وينقل فضيلته عبارة مطولة عن السنهوري يختتمها بقول السنهوري «وقد يتخذ القرض صوراً مختلفة أخرى غير الصور المألوفة، من ذلك إيداع نقود في مصرف، فالعميل الذي أودع النقود هو المقرض والمصرف هو المقرض»

ثم ينقل فضيلته عبارة أخرى عن الأستاذ الدكتور/ على جمال الدين عوض من كتابه: عمليات البنوك من الوجهة القانونية يقول فيها: «إذا نظرنا إلى الحالة الغالبة للوديعة المصرفية، وجدناها قرضاً، لأن الوديعة تكون بقصد الحفظ والمودع لديه يقوم بخدمة المودع، في حين أنه في القرض يستخدم المقرض مال غيره في مصالحه الشخصية.....» وبعد أن ينقل فضيلة الشيخ عبارة مطولة عن الدكتور/ على جمال الدين عوض يخلص إلى القول: «ولذلك يمكن القول بالنظر إلى الواقع: إن الوديعة النقدية المصرفية في صورتها الغالبة تعد قرضاً، وهو ما يتفق مع القانون المصري حيث تنص المادة ٧٢٦ منه على ما يأتي:

«إذا كانت الوديعة مبلغاً من النقود أو أي شيء آخر مما يهلك باستعماله، وكان المودع عنده مأذوناً له في استعماله اعتبر العقد قرضاً» وبعد هذا كله نقول: إن ودائع البنوك تعتبر قرضاً في نظر الشرع والقانون، والاتفاق هنا بين الشرع والقانون من حيث الحكم على الودائع بأنها قرض»^(١٤).

والباحث إذا غرض النظر عن العبارات المستفزة في كلام الشيخ السالوس مثل قوله: «وذهب بعض من أراد أن يستحل فوائد البنوك» إذ في مثل هذه العبارة تشييط لعزيمة أي باحث جاد في الاجتهاد والبحث عن الحكم الشرعي الأقرب إلى الصواب في الودائع المصرفية، حتى لا يتهم بأنه يريد استحلال الربا على حد مقولة الشيخ الكريم، فإن للباحث عدداً من الملاحظات الشكلية على ما قاله الشيخ السالوس من أبرزها:

(١٤) أ.د/ على أحمد السالوس - المعاملات المالية المعاصرة في ميزان الفقه الإسلامي - مكتبة الفلاح بالكويت - دار الاعتصام القاهرة ط ١٩٨٧٢

- أ- أن الشيخ يعتبر الوديعة المصرفية قرضاً بنفس عقد الإيداع
- ب- أن الشيخ يؤسس هذا الاعتبار على :
- الفوائد التي تدفعها البنوك للمودعين.
 - ملكية البنك لمال الوديعة.
 - استهلاك البنك للوديعة.
 - ضمان البنك للودائع بأشكالها المختلفة.
- ج- يلحظ الباحث أن الشيخ لم يشر مطلقاً إلى قول أي فقيه من أئمة الفقه الإسلامي سواء فيما يتصل بتوارد العقود المختلفة بعضها على بعض وتداخل أحكامها، أو فيما يتصل بحكم عقود الأمانات عند تعدي الأمين، ولكنه بدلاً عن ذلك اتجه إلى النقل عن أساتذة القانون المدني والتجاري، وكأن الدكتور السنهوري والدكتور / على جمال الدين عوض مع الاحترام الشديد لهما، من أئمة الفقه الإسلامي الذين يؤخذ عنهم في بناء الأحكام الشرعية وفي قضية من أهم ما يشغل بال كل صاحب مال من المسلمين.
- د- ويلحظ الباحث كذلك مدي التطابق بين نص ومضمون عبارة الشيخ السالوس وبين نص ومضمون عبارة الأستاذين السنهوري وعلي جمال الدين وبين نص ومضمون المادة ٧٢٦ مدني مصري. ويرجى الباحث مؤقناً المناقشة الموضوعية لما انتهى إليه فضيلة الشيخ السالوس إلى ما بعد استعراض المزيد من تكييفات علماء الشريعة الإسلامية المحدثين للوديعة المصرفية.

٣. في دراسته الفقهية «فوائد البنوك هي الربا الحرام» يقول الأستاذ الدكتور الشيخ يوسف القرضاوي^(١٥): «وبعبارة موجزة: إن العمل الأصلي للبنك التجاري أن يأخذ القروض من زيد وعمرو بفائدة محددة ١٢٪ مثلاً، ثم يعطيها لآخرين بفائدة أكبر ١٥٪ مثلاً وفرق ما بين الفائدتين هو ربح البنك» ويقول في موطن آخر تحت عنوان علاقة البنك بمودعيه: «ومن غرائب ما قرأت وسمعت اليوم ما قيل: من أن ما يعطي للبنك بقصد الفائدة ليس قرضاً ولا ديناً، فإن مودع المال بالبنك لا يخطر بباله الإقراض، وكيف يقرض الفقير الغني؟ ويكون دائناً له؟ والفرد المودع هو الفقير، والبنك هو الغني.

وربما أكد هذا الوهم عند بعضهم تسمية ما يدفع للبنك بغية الفائدة وديعة لا قرضاً، ولكن لا ينبغي أن نخدعنا الأسماء عن المسميات، وهذا المصطلح (وديعة) مصطلح بنكي وضعي لا مصطلح شرعي فقهي، والوديعة في الشرع لها مفهومها، ولها أحكامها المقررة المعلومة ومنها: أن يد المودع يد أمانة لا يد ضمان، فهو غير مسئول عن تلف المال أو سرقة أو هلاكه بأي وجه من الوجوه إلا إذا خان أو تعدي أو قصر في الحفظ.

ومن المعروف المؤكد، أن البنك ضامن لأموال المودعين لديه وليست يده عليها يد أمانه بحال، سواء أكانت في صورة حسابات جارية أم ودائع بفائدة..... والقول بأن مودع المال في البنك لا يخطر بباله الإقراض، لا يخرج العقد الذي بين المودع والبنك عن حقيقته، وما يترتب عليه من أحكام

(١٥) د/ يوسف القرضاوي - فوائد البنوك هي الربا الحرام - دراسة فقهية في ضوء القرآن والسنة والواقع مع مناقشة مفصلة لفتوى فضيلة المفتي عن شهادات الاستثمار - دار الصحوة - القاهرة - ط ١ - ١٩٩٠ ص ٢٩ وما بعدها

وآثار، فليس من أركان القرض أن يكون من غني لفقير، ولا من شروطه أن يسميه طرفا العقد قرضاً.

وما كتبه بعض إخواننا من حصر القرض فيما يدفع لمحتاج، فهذا مبني على الغالب، ولكنه لا يستوعب كل الصور التي يكتفيها الفقهاء على أنها قرض، وقد يأخذ المال حكم القرض وإن لم ينو صاحبه به القرض أصلاً، كالمودع لديه إذا تصرف في الوديعة فإنها تأخذ حكم القرض، وتصبح يد المودع لديه يد ضمان، ويصبح المال ديناً في ذمته سواء فعل ذلك بدون إذن المودع أو فعله بطلب منه كما كان يفعل الزبير (بن العوام) رضي الله عنه حيث كان الكثير من الصحابة وأبنائهم يودعون عنده المال لحفظه، فيأبى إلا أن يجعله سلفاً وقرضاً خشية أن يتلف أو يضيع في حالة الوديعة فيهلك على ذمة أصحابه.... ومن المعلومات الأولية بالنسبة للبنوك، أن العلاقة بينها وبين المتعاملين معها جميعاً، سواء كانوا أصحاب حسابات جارية، أو ودائع استثمارية هي علاقة الدائن بالمدين وكشوف الحسابات التي تصدر من البنك إلى عملائه واضحة في ذلك» ويقول الباحث:

واضح من كلام الشيخ القرضاوي ما يلي:

أ - أنه يكيف الحسابات المصرفية بجميع أنواعها على أنها قرض بنفس عقد الإيداع

ب - أنه ينكر غرض الحفظ في الودائع المصرفية ولا يعترف إلا بغرض حصول المودع على الفوائد، ومع ذلك فهو يدرج الحساب البسيط في القرض مع أن قصد المودع فيه لم ينصرف إلى الحصول على الفائدة.

ج - أنه قد بني تكييفه على أربعة أسس هي:

- حصول المودع على الفوائد.
- ضمان البنك لأموال المودعين.
- تصرف البنك في أموال الودائع.
- بيانات كشوف الحساب التي يرسلها البنك لعميله.
- د- إنكار الشيخ لركن الصيغة في عقد القرض .
- هـ- إنكار الشيخ للقاعدة الفقهية التي تقول : الأمور بمقاصدها.
- و- عدم اعتداده بما ورد عن أئمة الفقه الإسلامي فيما يتصل بتوارد العقود المختلفة بعضها على بعض وتداخل أحكامها ، وكذا فيما يتصل بحكم عقود الأمانات عقد تعدي الأمين.
- ز- جاء استشهاده بقصة الصحابي الجليل الزبير بن العوام رضي الله عنه في غير محل النزاع.
- ح- الاعتراف بالواقع العملي كدليل على الحكم الشرعي حتى ولو كان هذا الواقع مخالفاً لدليل حكمه.
- ويكتفي الباحث مؤقتاً بتسجيل هذه الملاحظات على تكييف الشيخ القرضاوي لإفساح المجال أمام تكييفات أخرى لبعض علماء الشريعة الإسلامية المحدثين
- ٤- تكييف الأستاذ الدكتور : وهبه الزحيلي
- يذكر فضيلته في مؤلفه (الفقه الإسلامي وأدلته) ما نصه :
- «إن إيداع المال في صندوق التوفير وشهادات الاستثمار ينطبق عليه حكم

القرض، فلا تحمل الفائدة التي يدفعها الصندوق لواضعي أموالهم فيه، إذ ليست العلاقة مجرد وديعة، كما زعم بعض المفتين إذ لو كان هذا المال مجرد وديعة، محضة، لما جاز شرعا للقائمين على هذا الصندوق أن يستغلوه ويستثمروه في الأعمال، إذ الذي يملكه الوديع من الوديعة حفظها فقط، لا التصرف فيها لكن المودع إذا أذن له بالتصرف في الوديعة كانت قرضا، لأن العبرة للمعاني.....»^(١٦).

ويلاحظ الباحث مبدئيا على تكييف الشيخ وهبه الزحيلي ما يلي:

- أ- أنه قد بني تكييفه على الأسس التالية:
 - استغلال الصندوق لمال الوديعة بالتصرف فيها
 - ب- أنه لم يأت بأي دليل شرعي على تكييفه
 - ج- أنه يفسر القاعدة الفقهية التي تقول: العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني، لأعلي معناها الحقيقي وإنما بما يخدم تكييفه
 - ٥- تكييف المستشار: محمود منصور
- في مؤلفه (الربا في الشريعة الإسلامية والقانون) يقول سعادته:
- «تحديد الفوائد على الأموال المودعة في البنوك مقدما من قبيل القرض بفائدة وهو محرم شرعا، وعدم تحديدها مقدماً من قبيل المضاربة في المال وهي جائزة شرعاً»^(١٧).

(١٦) أ.د. / وهبه الزحيلي - الفقه الإسلامي وأدلته - دار الفكر دمشق ط ١ ج ٤ ص ٧٢٧

(١٧) المستشار محمود منصور - الربا في الشريعة الإسلامية والقانون دار حراء بالقاهرة ص ١٣٠

ويلاحظ الباحث مبدئياً على كلام سيادة المستشار ما يلي :

«أنه قد بني تكييفه للوديعة المصرفية على أنها قرض على أساس تحديد الفائدة مقدماً ، ولم يورد سيادته أية أدلة على كلامه».

٦- تكييف الدكتور سامي حسن أحمد حمود^(١٨) (رحمه الله)

بدأ سيادته تكييفه للوديعة المصرفية من الناحية الشرعية في مؤلفه تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية بقوله :

«إن الناظر في الفقه الإسلامي من حيث ما يعتد به الفقهاء في تكييفهم للعلاقات التعاقدية المختلفة ، يجد أن هذا الفقه قد خلا بوجه عام من التردد في مسألة تكييف العقود والسبب في ذلك واضح ، لأن العبرة في العقود كما تقول القاعدة الفقهية للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني».

ويستطرد سعادته فيقول :

«فالوديعة رغم أنها كما يعرفها الفقهاء عموماً ، توكيل أو استنابه في حفظ المال ، إلا أنها إذا كانت مأذوناً فيها باستعمال الشيء المودع تصبح عارية ، وإذا كان هذا الشيء نقوداً أو مثليات مما يهلك باستعماله فإن العارية تنقلب إلى قرض. فقد جاء في كشف القناع : أن الوديعة مع الإذن بالاستعمال عارية مضمونة ، وقال صاحب تحفة الفقهاء : بأن كل ما لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاكه فهو قرض حقيقة ، ولكن يسمى عارية مجازاً . وأوضح الكاساني المسألة بقوله : وعلى هذا تخرج إعارة الدراهم والدنانير أنها تكون قرضاً لا إعارة ، ولأن الانتفاع

(١٨) د/ سامي حسن أحمد حمود - تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية - رسالة دكتوراه - ص ٢٩٠ وما بعدها

المقصود لا يتحقق إلا باستهلاك هذه الدراهم والدنانير وقال شمس الأئمة السرخسي: إن عارية الدراهم والدنانير والفلوس قرض، لأن الإعارة إذن في الانتفاع بالنقود إلا باستهلاك عينها فيصير مأذوناً في ذلك.

وجاء في كتاب المغني أنه لو استعار الرجل الدراهم والدنانير لينفقها فهذا قرض».

ومن هذا كله يتضح أن نظرة الفقهاء لكونها قائمة على الاعتداد بمقصود العقد، وليس على أساس اللفظ المستعمل في التعبير قد تميزت بالثبات والوضوح، وخلت من التردد الذي وقع فيه رجال القانون، وإذا تقرر أن الوديعة المصرفية قرض، فإن معني هذا أن ما يدفعه المصرف زيادة على مقدار الوديعة يكون رباً. اهـ.

وللباحث بعض الملاحظات المبدئية على تكييف الدكتور سامي حمود

يمكن إجمالها فيما يلي :

أ- امتدح سيادته الفقه الإسلامي بما يشبه الذم حيث نعتة بخلوه من التردد في مسألة تكييف العقود، ولو رجع سيادته إلى القاعدة السابعة والثلاثين من كتاب القواعد في الفقه الإسلامي لابن رجب الحنبلي، والتي أوردتها في توارد العقود المختلفة بعضها على بعض وتداخل أحكامها، وما أوردته ابن رجب من صور فقهية تحت هذه القاعدة وخاصة قوله: «إذا أودعه شيئاً ثم أذن له في الانتفاع به» ولا تعليق للباحث.

ب- مع أن سيادته يقطع بخلو الفقه الإسلامي من توارد العقود المختلفة بعضها على بعض وتداخل أحكامها، فإنه ينقل عن الأئمة البهوتي والسمرقندي

والكاساني صوراً تطبيقية لتوارد العقود وتداخل أحكامها وتحولها من الوديعة إلى العارية . ولا تعليق

ج- لقد نسب سيادته إلى الفقهاء ما لم يقولوا به عندما قرر أن الوديعة إذا كانت مأذوناً فيها باستعمال الشيء المودع تصبح عارية ، وإذا كان هذا الشيء نقوداً أو مثليات مما يهلك باستعماله فإن العارية تنقلب إلى قرض .

إن الباحث يقرر أن المقدمة الأولى التي أتى بها الدكتور حمود سليمة وبها قال ابن رجب الحنبلي في القاعدة السابعة والثلاثين نقلاً عن القاضي في خلافه وابن عقيل في نظرياته وصاحب التلخيص وبها قال البهوتي في كشف القناع حيث يقول ما نصه : والوديعة بمعنى العقد عقد جائز من الطرفين لأنها نوع من الوكالة ، فإن أذن المالك للمدفع إليه في التصرف أي استعماله ففعل أي استعماله حسب الأذن صارت عارية مضمونة^(١٩)

غير أن النتيجة التي توصل إليها الدكتور حمود من تحول الوديعة بالإذن باستعمالها إلى عارية ثم تحولها (أي الوديعة) إلى قرض إذا كانت نقوداً تهلك بالاستعمال ، إنما هي نتيجة ملفقه على الأئمة ابن قدامه والبهوتي والسمرقندي والكاساني والسرخسي الذين نقل عنهم الدكتور حمود .

حيث إن قضية كلام هؤلاء الأئمة في عارية النقود التي تتحول بالاستعمال إلى قرض منحصرة فيما لو وقع العقد من بدايته عارية ، لا أن يقع من بدايته وديعة . وقد كانت الأمانة العلمية تقتضي من سيادة الدكتور حمود أن يواصل النقل عن الإمامين البهوتي وابن قدامه في شروط العين المعارة وفي حكم إعارة الدراهم

(١٩) القواعد لابن رجب القاعدة ٣٧ ص ٤٨ ط ١ مكتبة الكليات الأزهرية وكشاف القناع للإمام البهوتي ج ٤ ص ١٦٧ دار الفكر

والدنانير، حيث يقول ابن قدامه في المغني: «ويجوز استعارة الدراهم والدنانير ليزن بها، فإن استعارها لينفقها فهذا قرض، وهذا قول أصحاب الرأي، وقيل: ليس هذا جائزاً، ولا تكون العارية في الدنانير، وليس له أن يشتري بها شيئاً، ولنا: أن هذا معنى القرض فانعقد القرض به كما لو صرح به»^(٢٠).

إن قضية كلام الدكتور حمود أن العقد في البداية كان وديعة ثم بسبب إذن المودع للمودع لديه في استعمال نقود هذه الوديعة تحولت الوديعة إلى عارية، ثم بسبب أن محل الوديعة نقداً يهلك بالاستعمال تحولت العارية إلى قرض، هذا الكلام ممنوع أصلاً ونسبته إلى أئمة الفقه الإسلامي تليفق غير مقبول، ولا تعليق.

فإن قيل: ولماذا كان هذا التحول ممنوعاً قلت: لأسباب منها:

أ - منعاً من التسلسل والدور في توارد العقود بعضها على بعض، وتداخل أحكامها.

ب - ولأن التوارد والتداخل لا يرد إلا بين العقود متحدة أو قريبة المعنى ومن هنا قال الفقهاء إن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني وعلى ذلك فإن كان العقدان مختلفين معني فلا تحول بينهما، ومثال ذلك الإعارة والإجارة يردان على نقل ملكية منافع الأعيان، خلافاً لعقد الوديعة مع الإذن باستعمالها فإنه لا يتحول إلى قرض، حيث لا صلة بين الوديعة المأذون باستعمالها وبين القرض، فصاحب المال في عقد القرض أزال ملكه عن المال المقترض بعوض من غير خيار تقرباً إلى الله وذلك خلافاً لمعنى الوديعة

(٢٠) المغني لابن قدامه ج ٥ ص ٢٢٥ - مكتبة ابن تيمية - القاهرة

المأذون باستعمالها حيث المال فيها باق على ملك صاحبه من غير عوض ، ولهذا صرح الفقهاء القدامى بأن الوديعة مع الإذن باستعمالها تتحول إلى عارية إذ المال في كلا العقدين (الوديعة والعارية) باق على ملك صاحبه

والذي أفاده الإذن بالاستعمال هو إباحة الانتفاع به لا نقل ملكيته وفي المقابل فإنهم لم يصرحوا بأن الوديعة المأذون باستعمالها تتحول إلى قرض لا بطريق مباشر ولا بطريق غير مباشر ، والباحث لم يقرأ عن أحد من أئمة الفقه الإسلامي يتحول الوديعة المأذون باستعمالها إلى قرض ، ويرجح أن الفقهاء المحدثين الشرعيين قد أتوا بهذه المقولة من عند القانونيين بدون تحييص لها .

ج - ومن أسباب منع هذا التحول كذلك أنه يؤدي إلى نفس المحذور الشرعي الذي من أجل منعه قال علماء الشريعة المحدثون بتحول الوديعة المأذون باستعمالها إلى عارية وتحول الأخيرة إلى قرض إذ ماذا لو كان الإذن باستعمال النقود مشروطاً بالحصول على فائدة إن العارية بشرط العوض إجارة فهل يمكن تأجير النقود مع استهلاك عينها لو انقلبت العارية إلى إجارة ، أم يمكن أن يكون القرض بفائدة لو تحولت العارية إلى قرض ، أنه نفس المحذور الشرعي .

د - على أن في طبيعة الوديعة النقدية المصرفية القائمة على ضمان البنك لها بنفس عقد الإيداع وقبل الانتفاع بها ، ما يمنع من تحولها بالإذن باستعمالها إلى عارية ، فقد نقل ابن رجب في قواعده عن ابن عقيل فيما لو أودعه شيئاً ، ثم أذن له في الانتفاع به أن هذا الشيء يصير مضموناً حالة الانتفاع لمصيره

عارية حينئذ إلا أنه لا يضمن بالقبض قبل الانتفاع ، لأن المستعير لم يمسكه لمنفعته نفسه منفرداً ، بل لمنفعته ومنفعة مالكة^(٢١).

ويقول الباحث إن مقتضي ما ذكره ابن عقيل أن الوديعة لا تتحول إلى عارية مضمونة بمجرد الإذن باستعمالها ، بل بالاستعمال الفعلي لها ، وهذا ما يخالف الواقع في البنوك التجارية ، حيث الوديعة لديها مضمونة بمجرد الإيداع حتى ولو لم يتم للبنك استعمالها بعد.

هـ - وأخيراً فإن الباحث يلاحظ على تكييف الدكتور سامي حمود المائل ، تهافت النصوص التي نقلها عن الأئمة البهوتي وابن قدامه والسمرقندي والكاساني والسرخسي ، لأنها واردة في غير محل النزاع (فمحل النزاع) إنما ينحصر في تحول الوديعة النقدية المصرفية بالإذن باستعمالها إلى قرض من الناحية الشرعية ، وجميع النصوص التي نقلها سيادته عن الأئمة المتقدمين إنما تتحدث عن تحول عارية النقود المأذون باستعمالها إلى قرض. ولا تعليق. ولكن يبقى السؤال الملح هل من دليل شرعي أو إثارة من نص فقهي على صحة تحول الوديعة المصرفية المأذون باستعمالها إلى قرض ، كما يشاع على ألسنة علماء الشريعة الإسلامية المحدثين ، جزاه الله خيراً كل من يهدي إلى الباحث هذا الدليل .

(٢١) القواعد لابن رجب - القاعدة ٣٧ ص ٤٨ مرجع سابق

الفصل الثالث

المنافسة الموضوعية للأسس التي بني عليها علماء الشريعة الإسلامية المحدثون تكييفاتهم للوديعة النقدية المصرفية

من استعراض ما تقدم يمكن القول بما يأتي :

- ١- هناك فروق جوهرية بين أنواع الودائع الثلاثة وبصفة خاصة بين الوديعتين الشرعية والمصرفية، بما يمنع من جعل الوديعة الشرعية أصلاً يمكن قياس المصرفية عليه في الحكم أو يعد هذا القياس قياس مع الفارق .
- ٢- ليس هناك فقيه واحد من أئمة الفقه الإسلامي بجميع مذاهبه قال بتحول الوديعة الشرعية المأذون باستعمالها إلى قرض، وقد ناقشنا قريباً هذه القضية.
- ٣- يمكن إجمال الأسس التي بني عليها فقهاء الشريعة الإسلامية المحدثون اعتبار الوديعة قرضاً بنفس عقد الإيداع أو تحويلها بالإذن باستعمالها إلى قرض في الأسس التالية :
 - أ- خلط الوديعة بما لا تتميز منه .
 - ب- تصرف البنك في مال الوديعة واستهلاكه لها .
 - ج- الأجل المضروب للوديعة .
 - د- الفوائد التي تدفعها البنوك للمودعين مع تحديدها مقدماً .
 - هـ- ملكية البنك لمال الوديعة .
 - و- ضمان البنك للوديعة .
 - ز- بيانات كشوف الحساب التي يرسلها البنك للمودع .

هذه الأسس السبع هي عين الأسس التي قال بها القانونيون المصريون نقلاً عن القانونيين الفرنسيين والإيطاليين في تحول الوديعتين المدنية والمصرفية إلى قرض، ولا تعليق.

وقبل أن يناقش الباحث هذه الأسس، فإنه يستأذن في عقد مقابلة فقهية سريعة بين الوديعة والقرض لبيان الفروق الجوهرية في المضمون والمعنى بين العقدين واستحالة التوارد والتداخل بينهما:

- أ - الوديعة من عقود الأمانات والقرض من عقود التبرع والإرفاق .
- ب - الوديعة عقد غير لازم من طرفيه يفسخ بالمطالبة من المودع وبالرد أو التعدي من المودع لديه، والقرض عقد لازم في حق المقرض جائز في حق المقترض^(٢٢).
- ج - الوديعة ترد بعينها خلافاً للقرض فإنه إن شرط رد القرض بعينه لم يصح إذ هو دفع مال إرفاقاً لمن ينتفع به ويرد بدله^(٢٣).
- د - أركان الوديعة هي عين أركان الوكالة لأنها نوع منها^(٢٤) خلافاً للقرض فإن له أركاناً ذاتية أخرى .
- هـ - تبطل الوديعة بالتعدي ويجب ردها^(٢٥) وتتحول إلى عارية بالإذن باستعمالها^(٢٦) خلافاً للقرض فإنه يجوز للمقترض أن ينقل ملكية ما

(٢٢) الإقناع في فقه الإمام أحمد للشيخ موسي الحجاوي - دار المعرفة بيروت ج ٢ ص ١٤٧

(٢٣) كشاف القناع للبهوتي ج ٤ ص ٦٥ مرجع سابق

(٢٤) معونة أولي النهي لابن النجار ج ٥ ص ٤٨٣

(٢٥) نفس المرجع ص ٥٠٠

(٢٦) القواعد لابن رجب القاعدة ٣٧

أقترضه إلى الغير بغير إذن المقرض ، لأنه مالك للشيء المقرض ملكاً تاماً.

و - لا يشترط في الوديعة فك (فض) حرزها لمعرفة قدرها ووصفها خلافاً للقرض الذي يشترط فيه معرفة قدر محله ووصفه كسائر عقود المعاوضات.

ز - المودع لا يشترط فيه أن يكون جائز التصرف (التبرع) خلافاً للمقرض الذي يشترط فيه صحة تبرعه لأن القرض عقد على مال فلا يصح إلا من جائز التصرف^(٢٧).

ح - لا يجوز للمودع شرط ضمين (كفيل) أو رهن في مقابل الوديعة ، خلافاً للقرض الذي يجوز فيه ذلك ، لما في الحديث المتفق عليه أنه صلى الله عليه وسلم استقرض من يهودي شعيراً ورهنه درعه .

ط - الوديعة لا تضمن إلا بالتقصير في الحفظ أو بالتعدي والقرض يضمن بالقبض.

هذه هي أهم الفروق بين القرض والوديعة والتي من أجل مراعاتها لم ينقل عن أحد من أئمة الفقه الإسلامي القول بتحول الوديعة الشرعية إلى قرض.

والآن مع مناقشة أسس انعقاد الوديعة المصرفية قرضاً أو تحولها إليه سالف الذكر:

(٢٧) معونة أولى النهي ج ٤ ص ٣٠٥

أولاً: ملكية البنك لمال الوديعة:

يعرف الشيخ على الخفيف نقلاً عن الحاوي الملك بأنه^(٢٨): الاختصاص الحاجز بمعنى: أن ملك الشيء هو: الاختصاص به اختصاصاً يمنع غير مالكة من الانتفاع به أو التصرف فيه، إلا عن طريقه أو بتوكيل منه بمعنى: أن يكون للمالكة القدرة التي يمنع بها غيره من التصرف فيه والانتفاع به إلا عن طريقه، وذلك من حيث إن مقتضي الاختصاص هو التسلط والاستبداد الذي يقضي أن لا يكون لأحد غير صاحبه تدخل فيه بالإلغاء.

ويقسم فضيلته الملك بالنظر إلى محله إلى قسمين هما^(٢٩):

- ١- ملك عين.
- ٢- ملك منفعة.

ويعرف كلا النوعين بقوله:

فأما ملك العين ويسمى أيضاً بملك الرقبة فهو: ملك ذات الشيء ومادته، ولا يقبل الملك من الأعيان إلا ما كان له منفعة لم يحرمها الشارع، فما كان له منفعة حرمها الشارع على المسلمين لا يقبل الملك أو لا يملك، ويستترد فضيلته فيقول:

وملك الشيء والاختصاص به، إنما يكون للانتفاع به، فإذا لم يكن من ورائه منفعة، أو كانت منافعه محظورة، كان الاختصاص به عيناً لا يقره العرف، وانتفي أن يكون محلاً لأي حكم.

(٢٨) الشيخ على الخفيف: الملكية - دار الفكر العربي بالقاهرة ١٩٩٦ ص ١٨

(٢٩) نفس المرجع ص ٥١

ثم يعرف فضيلته الملك الناقص بقوله : ما اقتصر على الرقبة فقط أو على المنافع فقط^(٣٠) ، (وعلي ذلك فإن ملك المنفعة ليس ملكاً للرقبة).

ومن التقسيم السابق للشيخ على الخفيف يمكن تقسيم الملك كذلك إلى نوعين آخرين هما :

١- الملك التام. ٢- الملك الناقص.

أما خصائص الملك التام في الفقه الإسلامي فهي^(٣١) :

١- للمالك مطلق التصرف في العين ومنافعها ، بكافة التصرفات المشروعة ولا يتقيد هذا الإطلاق إلا بعدم الإضرار بالغير .

٢- للمالك حق الانتفاع بالشيء المملوك بأي وجه من وجوه الانتفاع غير متقيد بزمان محدد ولا بمكان معين ولا بشكل خاص ما لم يكن ذلك محرم شرعاً .

٣- أن هذا النوع من الملك ليس له زمن محدد ينتهي عنده ، فلا ينتهي إلا بهلاك العين المملوكة ، أو نقل ملكيتها إلى الغير بتصرف شرعي ناقل للملك أو بالميراث عند موت المالك الأصلي .

٤- عدم ضمان المالك أو مؤاخذته على ما أتلفه من ماله اللهم إلا إذا اعتبر هذا الإلتاف إضراراً بالمصالح العامة فيكون للإمام تعذيبه .

٥- أنه لا يقبل الإسقاط بل لا بد من بقاءه على ملك صاحبه .

(٣٠) نفس المرجع ص ٥٥

(٣١) د/ محمد على عثمان الفقي - فقه المعاملات - دار المريخ بالرياض ص ٨٩

أما خصائص ملك المنفعة وحدها (الملك الناقص) فهي :

١- أنه يقبل التقييد بالزمان والمكان والصفة ابتداء .

٢- أن مالك المنفعة يضمن العين إذا تعدي عليها ويضمن نقصانها إذا تعيبت بتعديه عليها .

٣- أنه يستوجب حيازة العين التي تعلق بها عندما يكون ذلك هو السبيل إلى استيفاء المنفعة^(٣٢)

والباحث يطرح عدداً من الأسئلة حول نوع ونطاق وحدود ملكية البنك لمال الوديعة ، وهل تتطابق هذه الملكية مع ملكية المقترض للمال المقترض في الفقه الإسلامي ، حتى يمكن أن نحكم شرعاً على الوديعة المصرفية بأنها قد وقعت قرضاً ابتداءً أو تحولت بالإذن باستعمالها إلى قرض إنتهاءً ، ويستأذن الباحث أولاً في عرض نوع ونطاق وحدود ملكية كل من المقترض الحقيقي والبنك المودع لديه :

نوع ونطاق وحدود ملكية المقترض الحقيقي لمال القرض
١- أما نوع الملك في القرض الحقيقي:

فهو الملك التام بجميع خصائصه أنفة الذكر ، يقول ابن النجار في معونة أولي النهي: «ويملك المال المقرض»^(٣٣) ومقصوده هنا هو الملك التام بدليل قوله عقب ذلك مباشرة «فلا يملك مقرض استرجاعه ، لأنه قد لزم من جهته فلا يملك الرجوع فيه كالمبيع ، لكونه أزال ملكه عنه بعقد لازم من غير خيار»

(٣٢) الشيخ على الخفيف ص ٧٩ مرجع سابق

(٣٣) معونة أولي النهي ح ٤ ص ٣٠٦، ٣٠٧

وبدليل قوله بعد ذلك : « وإن شرط رده لم يصح هذا الشرط لمنافاته لمقتضي العقد ، لأن مقتضاه التوسع بالتصرف ، ورده بعينه يمنعه من ذلك »^(٣٤)

وعلى ذلك فإن الملك في القرض الحقيقي ملك تام يرد على عين الشيء المقترض ومنافعه معاً ، والفقهاء عندما يريدون إيراد العقد على ملك المنفعة وحدها ينصون على ذلك ، يقول ابن النجار في تعريفه للإجارة : « عقد على منفعة مباحة معلومة »^(٣٥) ويعرف الشيخ الضرير العارية بأنها « إباحة الانتفاع بعين من أعيان المال »^(٣٦).

٢- وأما نطاق الملك في القرض الحقيقي لمال القرض :

فإنه لا ينتهي إلا بهلاك العين ، إذ ليس للقرض زمن محدد ينتهي عنده ، يقول ابن قدامه في المغني : « والمقترض متى شاء رده »^(٣٧).

نوع ونطاق وحدود ملكية البنك لنقود الوديعة :

بمعيار الفقه الإسلامي ، البنك غير مالك لعين الوديعة ولا لمنافعها وإنما هو مالك فقط لحق الانتفاع بنقود الوديعة ملكية تجيز له نقل حيازتها إلى الغير باعتباره السبيل إلى استيفاء المنفعة منها.

أما أنه غير مالك لعين نقود الوديعة ، فإنه يرجع إلى انعدام وجود سبب شرعي ظاهر لكسب ملكية هذه النقود ، فعقد الحساب المصرفي المبرم بينه وبين عميله ، والذي بموجبه تمكن من حيازة نقود الوديعة ليس من أسباب

(٣٤) معونة أولي النهي ح ٤ ص ٣٠٦، ٣٠٧

(٣٥) نفس المرجع ح ٥ ص ٦

(٣٦) الواضح في شرح مختصر الخرق ح ٣ ص ٥٢

(٣٧) المغني ح ٤ ص ٢٣٦ مرجع سابق

كسب الملكية ، وليس من العقود الناقلة للملك شرعاً ، بل إن هذا مقرر حتى في نطاق النظم والقوانين المنظمة للبنوك والائتمان ، خلافاً لعقد القرض الحقيقي ، فإنه من العقود الناقلة للملكية في كل من الفقه الإسلامي والقانون. وأما أن البنك غير مالك لمنفعة نقود الوديعة بمعيار الفقه الإسلامي فإنه يرجع إلى أنه يراعى في أموال المودعين لديه ، وقد قرر فقهاء الشريعة أنه إذا كانت منافع الشيء محظورة ومحرمه شرعاً ، فإن هذا الشيء ومنافعه لا يقبل الملك ولا يملك^(٣٨).

والأمر على خلاف ذلك من الناحية القانونية ، حيث يعتبر البنك مالكاً لمنافع نقود الودائع لديه ، لكون هذه الودائع تقبل التقييد بالزمان (الودائع لأجل وبإخطار) ولكون البنك حائزاً فعلياً لها وضامناً لأعيانها .

وبالنظر إلى عنصرى الحيابة والضمان يمكن القول : بأن البنك لا يملك على نقود الودائع لديه من الناحية الشرعية إلا حق الانتفاع المخول له بمقتضى إذن المودعين ، وهذا هو أحد الوجوه في نقض دعوى ملكية البنك لأعيان الودائع.

أما نطاق وحدود ملكية البنك لمنافع نقود الودائع لديه من الناحية القانونية ، فإن قانون البنوك والائتمان في كل دولة - على اختلاف مسمياته - يقيد يد البنوك التجارية في الانتفاع بنقود الودائع لديها بالعديد من القيود التي تهدف إلى أحكام رقابة البنك المركزي عليها درءاً للاضطرابات الاقتصادية والمالية.

(٣٨) الشيخ على الخفيف ص ٥١ ، ص ٣٤٥ مرجع سابق وأغلب ظني أنه يمتنع عند الشافعية قرض المنفعة ، لامتناع السلم فيها .

وكقاعدة عامة: فإن قانون البنوك والائتمان في أية دولة ، لا يخلو من تقييد البنوك التجارية بهذه الطائفة من القيود التي تخرج ملكية البنك للوديعة من نطاق الملك التام

أ - المراقبة الدائمة من البنك المركزي بما يكفل سلامة المركز المالي للبنك التجاري .

ب - إمساك قدر من الأموال في داخل دولته تعادل قيمة جميع ديونه ورأس ماله المدفوع .

ج - إبراء ذمته من حقوق المودعين والدائنين قبل التوقف عن النشاط .

د - الاحتفاظ في خزانته بنسب سائله يحددها البنك المركزي من رصيد الودائع لديه لمواجهة طلبات السحب من جانب المودعين .

هـ - منع استثمار الودائع في الأنشطة التي يحظرها البنك المركزي .

و - عدم مجاوزة السقوف الائتمانية التي يحددها البنك المركزي لكل بنك تجاري .

ز - الاحتفاظ لدي البنك المركزي وبدون فائدة برصيد دائم بنسبة معينة مما لديه من الودائع يعينها البنك المركزي ولاشك أن هذه القيود القانونية تجعل ملكية البنك لمنافع نقود الودائع لديه ملكية ناقصة ، عند مقارنتها بملكية المقترض الحقيقي لعين ومنافع المال المقترض ، فضلاً عن أن هذه القيود وعلى فرض التسليم جداً باعتبار الوديعة المصرفية قرضاً ، إنما هي بمنزلة الشروط التي تتنافى مع مقتضى عقد القرض .

وللباحث أن يتساءل بعد هذا العرض : أين هي الملكية المزعومة للبنك على نقود الوديعة ، والتي يستند إليها فقهاء الشريعة الإسلامية المحدثون في وقوع الوديعة المصرفية قرضاً بنفس عقد الإيداع أو في تحولها إلى قرض بالإذن باستعمالها .

لقد جهد القانونيون في إثباتها للبنك على نقود الودائع ، لأنهم ربما لا يعاؤون بالمعايير الشرعية في نوعها ونطاقها وحدودها فهل يسوغ لعلماء الشريعة اقتفاء أثر القانونيين دون الاحتكام إلى المعايير الشرعية الحاكمة لموضوع النزاع . ولا تعليق إن القول بأن البنك مالك لنقود الوديعة كملكية المقترض الحقيقي يقتضي ما يأتي :

أ- أن تكون هناك ازدواجية في ملكية نقود ودائع البنوك بين البنك والعميل .
ب- أو أن يكون العميل قد أزال ملكه نهائياً عن نقود وديعته . والواقع على خلاف ذلك :

- فالوديعة مازالت على ملك صاحبها وإن قيدت في سجلات البنك في جانب أصوله .
- والبنك واقف على أهبة الاستعداد لردها في أي لحظة من ساعات الليل والنهار ، سحباً مباشراً أو آلياً .
- والعميل لا يخضع في تعامله على الوديعة لقواعد نظرة الميسرة ولا لقواعد إعسار المدين .

ثانياً: خلط الوديعة بما لا تتميز منه :

لقد ساق أنصار اعتبار الوديعة المصرفية قرضاً أو تحولها إلى قرض ، هذا السبب كأساس لما ذهبوا إليه ، وهو أساس وإِ قال به القانونيون ولم يحصه علماء الشريعة المحدثون ، حيث إنه لا يغير من طبيعة الوديعة كعقد ولا يحولها إلى قرض ، وكل ما يرتبه هذا الخلط في بعض صوره هو ضمان المودع لديه لمال الوديعة للخلط المفضي إلى عدم تميزها وإمكانية ردها بعينها عند الطلب ، يقول ابن النجار في معونة أولي النهي ما نصه «وأما كونه يضمنها (أي الوديعة) بخلطها بما لا تتميز منه فلأنه صيرها في حكم التالف ، وفوت على نفسه ردها ، أشبه ما لو ألقاها في لجة بحر ، وسواء كان الخلط بماله أو مال غيره وسواء بنظيرها أو أجود منها أو أدون منها قال الحارثي : وعن أحمد لا يضمن بخلط النقود...»^(٣٩) ولا تعليق

ثالثاً: تصرف البنك في نقود الوديعة واستهلاكه لها:

استند فقهاء الشريعة المحدثون في وقوع الوديعة النقدية المصرفية قرضاً بنفس عقد الإيداع أو تحولها إلى قرض بإذن المودع البنك في استعمالها إلى أن البنك يتصرف فيها ويستهلك عينها بموجب هذا الإذن المسبق.

ويري الباحث أن إذن المودع للبنك في استعمال نقود الوديعة موجب فقط لتحويلها إلى عارية مضمونة على المستعير^(٤٠) وذلك لأن حدود هذا الإذن قاصرة على مجرد الانتفاع بالعين وهو معني عارية الاستهلاك ولو تحولت العارية إلى قرض على حد اجتهاد الدكتور سامي حمود لكان معني ذلك أن هذا الإذن

(٣٩) معونة أولي النهي ح ٥ ص ٤٩٩ - ٥٠٠ مرجع سابق .

(٤٠) بالقيمة إن تلفت بغير الاستعمال المأذون فيه وإن لم يفرط .

تعدّي معناه الحقيقي وأفاد نقل ملكية عين الوديعة ومنافعها من المودع إلى البنك، فلا يكون إذناً في هذه الحالة بل يكون إسقاطاً أو تنازلاً أو إزالة للملك، وكل هذه المدلولات لا وجود لها في واقع الأمر ولا في بنود عقد فتح الحساب المصرفي بين البنك والعميل، هذا من جهة.

ومن جهة ثانية: فإن القول بتحول العارية إلى قرض تحت دعوي أن النقود تهلك بالاستعمال، ممتنع من الناحية الشرعية من حيث إن مورد كل من العقدين يختلف عن مورد الآخر، فالقرض يرد على تملك العين، أما مورد العارية فهو تملك / أو إباحة الانتفاع بالمنافع المتولدة عن العين للمستعير بغير عوض في الأصل واستثناء بعوض.

والسؤال هو: كيف يتحول عقد يرد على إباحة المنفعة إلى عقد يرد على تملك العين.

ومن جهة ثالثة: فإن هذا التحول ممتنع من حيث اختلاف طبيعة كل من العقدين (العارية والقرض) في اللزوم وعدم اللزوم فالقرض عند الخنابلة^(٤١) عقد لازم في حق المقرض جائز في حق المقرض، أما العارية فإنها تبرع بالمنافع وهي عقد غير لازم.

ومن جهة رابعة: فإن هذا التحول ممتنع لاختلاف كلا العقدين في نوع الضمان ومقداره، فالأصح عند الشافعية أن العارية تضمن بقيمتها يوم التلف متقومه كانت أو مثلية كما هو ظاهر كلامهم وكما جري عليه الإسنوي وغيره وجزم به في الأنوار، وقال الروياني في البحر: لا يضمّن بالمثل بلا خلاف،

(٤١) الإقناع للشيخ موسي الحجاوي ج ٢ ص ١٤٧ .

فالمذهب عندهم أنه يضمن بالقيمة وإن كان مثليا ، (ويمكن توجيهه بأن رد مثل العين مع تلفها أو تلف جزء منها متعذر ، فيرجع إلى القيمة) وذلك خلافاً للقرض فإنه مضمون بالمثل أو بالقيمة يوم القبض إلى يوم التصرف عند من يقول منهم بأنه لا يملك إلا بالتصرف^(٤٢).

ويقول الباحث: هذا فضلاً عن كون الضمان في العارية أوثق من الضمان في القرض، حيث يظل لازماً في العارية من منطلق قوله صلى الله عليه وسلم: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»^(٤٣) بينما هو في القرض يخضع لنظرة الميسرة وقواعد إعسار المقرض.

ويقول الباحث: أنه وبالنظر إلى هذه الاعتبارات وما سبق أن ذكره الباحث أثناء مناقشاته الأولية للدكتور سامي حمود توقف أئمة الفقه الإسلامي عن القول بتحول عارية الوديعة المأذون باستعمالها إلى قرض.

والأمر على خلاف ذلك إذا أعيرت النقود ابتداء لإنفاقها بما يترتب على الإنفاق هلاك عين النقود، فإن الفقهاء يصرحون بتحول العارية إلى قرض، من حيث إن العقدين معاً (العارية والقرض) من عقود الإرفاق، وقد أذن المعير بموجب عقد العارية للمستعير في إتلاف العين المعارة حيث المفترض أن يكون على بينة بأن إنفاق النقود يعني إتلافها وإهلاكها ، وكذا لأن الإتلاف فعل يصح فيه الإذن، فصح أن تتحول العارية في هذه الصورة إلى قرض . والله أعلم .

(٤٢) نهاية المحتاج للرملي ح ٥ ص ١٤٢ وراجع أيضاً : الكافي في فقه الإمام أحمد لابن قدامة المقدسي - المكتب الإسلامي ح ٢ ص ٣٨٢ .

(٤٣) أخرجه أبو داود في سننه - كتاب البيوع - باب في تضمين العارية .

رابعاً: الأجل المضروب لبعض أنواع الودائع المصرفية:

استند الأستاذ مصطفى الهمشري في الدعوى التي نقلناها عنه بأن الأجل المضروب لنوع الودائع المصرفية لأجل ، هو إذن بإطلاق يد البنك في التصرف ، ومن ثم فإنه وبالنظر إلى هذا الأجل تتحول الوديعة لأجل إلى قرض.

ويبدو أن سعادته قد غاب عنه أن يدل القرض يثبت حالاً في ذمة المقترض ، وأن القرض قد منع فيه الأجل كالصرف يقول الإمام ابن قدامة في المغني: «وإن أجل القرض لم يتأجل وكان حالاً ، وكل دين حل أجله لم يصير مؤجلاً بتأجيله»^(٤٤) ويقول ابن النجار في معونة أولي النهي: «ويثبت البدل في ذمة المقترض حالاً ، لأنه عقد منع فيه من التفاضل ، فمنع الأجل فيه كالصرف ، أو لأنه سبب يوجب رد المثل في المثليات فأوجبه حالاً كالاتلاف ، ولو منع تأجيله ، لأنه وعد لا يلزم الوفاء به ، ولأن مقتضى القرض رد البدل حالاً ، فإذا قال أقرضتك استقر بذلك ، فشرط الأجل زيادة بعد استقرار العقد فلا يلزم»^(٤٥).

يقول الباحث: وهذا بخلاف الوديعة فإن الأجل فيها غير ممتنع ، حيث يمكن اشتراط الأجل فيها خاصة إذا كان فيه مصلحة تعود على مالكيها أو على الغير ، كما لو كان المالك قاصراً واشترط فيها عدم استرداده لها إلا بعد بلوغه سن الرشد ، أو كانت الوديعة تأميناً لدخول مزاد علني .

خامساً: الفوائد التي تدفعها البنوك للمودعين مع تحديدها مقدماً:

يري فقهاء الشريعة الإسلامية المحدثون أن التحديد المسبق لنسبة الزيادة عن أصل رأسمال الوديعة المصرفية فيما يعرف باسم الفائدة ، مع التزام البنك

(٤٤) المغني لابن قدامة ح ٤ ص ٢٣٧ مرجع سابق .

(٤٥) معونة أولي النهي ح ٤ ص ٣١١ مرجع سابق .

بدفعها للمودع، يحول الوديعة بنفس عقد الإيداع إلى قرض، وعلى حد قول بعضهم بأن البنك ما كان ليدفع هذه الفوائد مقابل الاحتفاظ بالأمانات وردها إلى أصحابها.

ويرى الباحث أن التزام البنك بدفع فائدة على الودائع الآجلة سواء كانت هذه الفائدة محددة مسبقاً أو غير محددة يخرج الوديعة عن طبيعتها التعاقدية، غير أن هذه الفائدة لا تحول الوديعة المصرفية إلى قرض، إذ ليست الفائدة من أركان القرض ولا من شروطه حتى يمكن القول بأن الوديعة بفائدة تتحد أو تتداخل في معناها مع القرض ومن ثم تتحول إليه إعمالاً للقاعدة الفقهية «العبرة في العقود للمقاصد والمعاني»، بل أن العكس في ذلك هو الصحيح فإن شرط أي زيادة أو نفع في القرض لصالح أي من طرفيه يخرج القرص عن موضوعه من حيث إن القرض يقتضي المثل فشرط الزيادة أو النقصان أو النفع فيه يخالف مقتضاه بما يجعله قرضاً فاسداً أو باطلاً، وفي هذه الحالة يتوقف أعمال القاعدة الفقهية سالفة الذكر، ذلك لأن اعتبار المقاصد والمعاني في العقود، مقيد بما إذا لم يعارضه مانع شرعي يمنع اعتبار المقصد والمعنى، ويصرفه إلى جهة أخرى، فلو عارضه تعتبر تلك الجهة وإن قصد غيرها^(٤٦).

ويرى الباحث أن اشتراط الفائدة أو تحديدها على الودائع المصرفية يعد في ذاته مانع شرعي من تحولها إلى قرض وينبغي والحالة هذه الاجتهاد في التكييف الشرعي الصحيح لهذه الودائع تكييفاً يعدل من طبيعة بنود عقد فتح الحسابات المصرفية القائمة، ولا يلتبس تخريجاً شرعياً لها لأننا وعلى فرض التسليم الجدلي بصحة قول القائل بأن اشتراط الفائدة على الوديعة المصرفية أو تحديدها مقدماً

(٤٦) الشيخ أحمد بن محمد الزرقا- شرح القواعد الفقهية ط٢- دار القلم دمشق ص٧٣.

يقتضي تحولها إلى قرض فإن هذا التسليم يتناقض مع قاعدة: «إذا تعارض المانع والمقتضى يقدم المانع» حيث تدل هذه القاعدة على أنه إذا كان للشئ أو العمل محاذير تستلزم منعه، ودواع تقتضي تسويغه، يرجح منعه^(٤٧).

سادساً: ضمان البنك للوديعة

لقد بنى فقهاء الشريعة الإسلامية المحدثون تحول الوديعة المصرفية إلى قرض على أساس أن البنك ضامن لها في جميع الأحوال وقالوا بأنها لو كانت وديعة شرعية تامة لما كان البنك ضامناً لها إلا إذا تعدى أو فرط أو قصر في الحفظ، وهو قول وجيه بالفعل فيما لو كانت الوديعة المصرفية وديعة شرعية كاملة أو تامة، غير أن هذا الافتراض لم يقل به أحد، إذ يتفق الجميع على وجود فوارق جوهرية بين الوديعتين الشرعية والمصرفية.

ويرى الباحث أن الضمان ليس خاصية ذاتية للقرض وحده بل هو أصل في كل ما أخذت اليد بقرض أو عارية أو غصب أو لقطة أو إجارة أو إتلاف، لما رواه الحسن عن سمرة عن النبي ﷺ قال: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي» والمعنى في هذا الحديث الشريف الذي جعل أصلاً للقاعدة الفقهية أن اليد إذا كانت آخذة، صار الأداء لازماً، عينا إذا كانت العين موجودة أو قيمة إذا استهلكت العين، إذ الأصل فيما يقبضه الإنسان من مال غيره: الضمان^(٤٨) وذلك انطلاقاً من حرمة أكل أموال الناس بالباطل. وبناء عليه:

(٤٧) د/علي أحمد الندوي - جمهرة القواعد الفقهية في المعاملات المالية ج ١ ص ٥١٥ شركة الراجحي المصرفية للاستثمار .

(٤٨) د/علي أحمد الندوي ص ٢٠٤ مرجع سابق .

فإن ضمان البنك لنقود الودائع لديه، إنما يتقرر وفقا للأصل السابق بيانه، ولا يدل بذاته على تحول الوديعة المصرفية إلى قرض لأنه ليس من الخصائص الذاتية للقرض وحده.

سابعاً: بيانات كشوف الحساب:

استند الفقهاء المحدثون في إثبات دعوى تحول الوديعة المصرفية إلى قرض، على بيانات كشوف الحساب الدورية المرسلة من البنك إلى عملائه حيث تحتوي هذه البيانات على عمودين دائن/و مدين أو أصول/و خصوم، حيث يعد تدوين مثل هذه البيانات في كشوف الحساب، إقرار من البنك بالدائنية والمديونية وهما صفتان ملازمتان للقرض كما يعد قبول العميل لهذه البيانات، اعترافاً ضمناً بدائنيته أو مديونيته للبنك، ومن ثم إقراره أو اقتراضه من البنك، إذ القرض والسلف والدين مترادفات لفظية.

ويرى الباحث أن بيانات كشوف الحساب لا تصلح أن تكون دليلاً يستنبط منه حكم شرعي يتعلق بالحلال والحرام لأنها واقع موهم يجب تعديله وفقاً للتكييف الشرعي الصحيح للوديعة النقدية المصرفية.

ومن جهة أخرى فإن فقهاء الشريعة المحدثين قد رفضوا الاعتراف أو الأخذ بينود وبيانات عقد فتح الحساب المصرفي المحرر بين البنك والعميل، وعلى حد قول بعضهم: «إن ودائع البنوك سميت بغير حقيقتها، فهي ليست وديعة» واستصحاباً لهذا الرفض فهم ملزمون من باب أولي بعدم الاحتجاج بينود كشوف الحساب.

و بعد:

فإنه يتبقى أمام الباحث مناقشة واحدة موضوعية لعبارة أوردها الدكتور الشيخ يوسف القرضاوي في تكييفه السالف بيانه يقول فيها بالحرف الواحد: «والقول بأن مودع المال في البنك لا يخطر بباله الإقراض، لا يخرج العقد الذي بين المودع والبنك عن حقيقته، وما يترتب عليها من أحكام وآثار، فليس من أركان القرض أن يكون من غني أو فقير، ولا من شروطه أن يسميه طرفا العقد قرضاً».

ومع احترام الباحث وتقديره الشديدين للشيخ القرضاوي فإن عبارته المتقدمة تنطوي على رفضين وتحالف - على الأقل - قاعدتين فقهيتين كليتين على النحو التالي:

- ١- فالشيخ يرفض قصد طرفي عقد الوديعة المصرفية (العميل والبنك) الذي تظاهره نصوص العقد.
- ٢- والشيخ يرفض اعتبار الصيغة ركناً من أركان عقد القرض.
- ٣- وعبارة الشيخ تحالف القاعدة الفقهية التي تقول: الأصل في العقود رضا المتعاقدين، وموجبها هو ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد.
- ٤- وعبارة الشيخ تحالف كذلك ما ذكره ابن تيمية من كون: الأصل في عقود المعاملات المالية أنها تنعقد بكل ما دل على مقصودها من قول أو فعل. وتفصيل ذلك:

أن الشيخ (يرحمه الله) يحل محل القصد الحقيقي لطرفي عقد الوديعة المصرفية، والذي تظاهره نصوص هذا العقد، في الحكم والأثر، قصداً افتراضياً، على الرغم من أن الفقهاء يقرون أن الحكم الذي يترتب على أمر، يكون على مقتضى ما هو المقصود من ذلك الأمر.

إن من الغريب حقا أن يقول العميل أنا لا أقرض ولا أقصد بوديعتي إقراض البنك، فنقول له لا بل أنت مقرض ووديعتك قرض، من الغريب حقا أن تخلو كل بنود عقد فتح الحساب المصرفي من أية إشارة أو دلالة على اعتبار العقد قرضا، فنلغي بنود العقد، ونحل محلها بنودا افتراضية لعقد آخر هو القرض، من الغريب حقا أن يقرر أئمة الفقه الإسلامي أعمالا لقاعدة (الأموار بمقاصدها) أن الأحكام الشرعية في أمور الناس تكيف حسب قصدهم من إجراءاتها، ثم يأتي الفقهاء المحدثون ليقرروا معنى آخر لهذه القاعدة هو أن الحكم الشرعي يكيف لا حسب قصد الفاعل. وإنما تبعا لقصد افتراضي لعقد غير قائم، إن الفعل الواحد كما يتكيف حكمه بناء على قصد فاعله، فانه كذلك يتغير حكمه من جهة وصفه بالحل والحرمة بناء على قصد فاعله، أن من غير المفهوم حقا أن يكيف فقهاء الشريعة الإسلامية المحدثون الوديعة المصرفية خلافا لقصد طرفيها على أنها قرض بفائدة ربوية، ثم لا يحرمون عملية الإيداع المصرفي في ذاتها ولو على الأقل سدا للذريعة.

أن مقتضى رفض قصد الفاعل في ترتيب الحكم الشرعي المناسب لفعله هو إيقاف العمل بالحديث الشريف المتفق عليه وهو: «إنما الأعمال بالنيات» ولا أظن أن الفقهاء المحدثين ينكرون هذا الحديث أو يهدفون إلى تعطيل العمل به.

أن الشيخ (يرحمه الله) ينكر بنص عبارته سالفه الذكر أن تكون الصيغة ركنا من أركان عقد القرض، وهي دعوى خطيرة وخارقة لإجماع الفقهاء باعتبار الصيغة ركنا جوهريا في كافة العقود وشرطا لانعقاد أي عقد، وإذا لم تكن الصيغة بالذات هي ركن القرض الأعظم وشرط انعقاده فما الذي يميز بينه وبين: الهبة والصدقة، والوديعة، والعارية، والبيع، والسلم، والصرف، والإجارة، والشركة.

أن الهبة والصدقة فيهما نقل للملك بلا عوض ، والقرض نقل للملك برد
البدل المماثل ، والوديعة والعارية يجب رد عينهما والقرض يجب فيه رد البدل ،
والعوض في العقود الباقية غير متماثل مع محلها صفة وقدرًا خلافاً للقرض.

إن الذي يميز ويعين القرض في كل ما مر هو ركن الصيغة ويكتفي الباحث
هنا بأن يضع عبارة الشيخ القرضاوي في مقابلة عبارة الإمام الكاساني في بدائع
الصنائع ، ولا تعليق للباحث.

يقول الشيخ القرضاوي : « ليس من شروط (القرض) : أن يسميه طرفا العقد
قرضاً » ويقول الكاساني : « كتاب القرض » : أما ركنه فهو الإيجاب والقبول ،
والإيجاب : قول المقرض أقرضتك هذا الشيء أو خذ هذا الشيء قرضاً ونحو
ذلك ، والقبول هو : أن يقول المستقرض : استقرضت أو قبلت أو رضيت أو ما
يجري هذا المجرى^(٤٩).

والشيخ (يرحمه الله) عندما يقيم عقداً افتراضياً (القرض) ويحمله محل عقد
فتح الحساب المصرفي الأصلي ، دون أن تتجه إليه إرادة طرفيه أو يتراضيا عليه ،
فإنه بذلك يهدر القاعدة الفقهية التي تقول : « الأصل في العقود رضا المتعاقدين ،
وموجبها هو ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد وذلك بما يجعل التراضي بين طرفي
العقد شرطاً لانعقاده ، ما لم يتضمن هذا العقد حراماً ».

كما أن فيما ذهب إليه الشيخ (يرحمه الله) مخالفة صريحة لما ذكره الإمام ابن
تيمية من أن « الأصل في عقود المعاملات المالية أنها تنعقد بكل ما دل على
مقصودها من قول أو فعل » حيث لا تهدر هذه القاعدة ما اصطلاح الناس عليه

(٤٩) بدائع الصنائع - للكاساني - ج ٧ - ص ٢٩٤ - دار الكتب العلمية بيروت

من صيغ العقود، و لا تلتزم بنوع معين من الاصطلاحات في المعاملات ، بل تصح العقود بكل ما دل على مقصودها، مما يكشف عن تراضي طرفيها وتلاقي ارادتهما عليه. وجملة القول في كل ما تقدم:

فإن الباحث يرى: أن الوديعة النقدية المصرفية ليست قرضاً وإنما هي عقد مصرفي ذو طبيعة خاصة، يتهل الباحث أن يوفقه الله عز وجل إلى التكيف الشرعي لهذا العقد، والله الموفق والهادي إلى سواء السبيل.



الفصل الرابع

التكييف الشرعي الأقرب إلى الصواب للوديعة النقدية المصرفية

المبحث الأول

أنواع الحسابات المصرفية وماهية كل نوع

تتنوع الحسابات المصرفية لدى البنوك التقليدية إلى خمسة أنواع هي :

١- الحساب البسيط (العادي)

٢- الحساب الجاري

٣- صناديق التوفير

٤- الودائع الآجلة

٥- حسابات الإخطار (الودائع بشرط الإخطار السابق)

ومن المفيد أن نذكر تعريفا موجزا بكل نوع من هذه الأنواع

١- الحساب البسيط : ويطلق عليه الحساب العادي أو حساب الودائع والشيكات أو حساب العناصر المتميزة ، وهو الذي يكون مصدر الرصيد فيه وديعة يودعها العميل لدى البنك ثم يقوم بالتعامل عليها بعدة معاملات تحتفظ كل واحدة فيها بذاتيتها وصفاتها ، إما سحباً مباشراً أو بشيكات أو بتسديد فواتير ، والذي يميزه هو أن العميل فيه دائن للبنك بصفة مستمرة ولا يستحق فوائد بنكية (وإن كانت بعض البنوك التجارية تعطي فوائد مخفضة على الحساب البسيط).

٢- الحساب الجاري: وهو أداة ائتمانية تعبر عن الترجمة العددية للعقود والعمليات التي تدور بين البنك والعميل، والتي تسفر بالضرورة عن مديونية أحدهما للآخر، والذي يتعدد مصدر الرصيد فيه ليشمل:

- أ- ما يقدمه البنك للعميل من مبالغ بموجب عقد فتح اعتماد بسيط .
 - ب- ما يقوم البنك بتحصيله من أوراق تجارية مسحوبة لصالح العميل .
 - ج- ما يقوم البنك بتحصيله من أرباح الأسهم وفوائد السندات المملوكة للعميل والتي يعهد إلى البنك بحفظها وتحصيل عائدها
 - د- ما يقوم العميل بإيداعه في هذا الحساب .
 - هـ- ما يسحبه العميل من أوراق تجارية لصالح الغير
 - و- ما يستحق على العميل للبنك من فوائد وعمولات ومصاريف .
- ويتميز الحساب الجاري بثلاث خصائص رئيسية هي:
- أ- اتصال المدفوعات أي تواليها واستمراريتها .
 - ب- تبادل المدفوعات بما من شأنه أن يكون كل من البنك والعميل دائنا أحيانا ومدينا في أحيان أخرى.
 - ج- تشابك المدفوعات أي تداخل بعضها في بعض .
- ويتنوع الحساب الجاري إلى نوعين رئيسيين هما :

أ - حساب مكشوف من جانب واحد: وهو ما يتم الاتفاق فيه بين البنك والعميل على أن يكون الحساب دائما معبرا عن رصيد دائن لصالح أحدهما. وله صورتان:

الأولى: إذا منح البنك ائتماناً (قرضاً) للعميل فإن نتيجة التعامل في الحساب لا تسفر عن مديونية العميل للبنك، بل لابد وأن يكون دائماً دائن للبنك

الثانية: إذا منح البنك قرضاً للعميل فإن التعامل في الحساب الجاري يسفر غالباً عن مديونية العميل للبنك

ب - حساب مكشوف من الجانبين: وهو ما يتم الاتفاق فيه بين البنك والعميل على جواز أن يكون الرصيد فيه لصالح أي من طرفيه والقاعدة العامة في الحساب الجاري هي عدم التجزئة على معنى:

فقدان حقوق كل من طرفيه لذاتيتهما، واختلاطها وامتزاجها ببعضها داخل الحساب، بحيث لا يبقى أحد الطرفين دائناً أو مديناً بكل عملية وإنما يوجد دائن احتمالي لا يتحدد إلا عند استخراج رصيد الحساب بعملية مقاصة واحدة تجري عند قفل الحساب^(٤٨).

٣- صناديق التوفير: وهي وعاء ادخاري لجذب المدخرات الصغيرة يعبر دائماً عن رصيد وديعة دائن لصالح العميل، يمنح البنك بموجبه للعميل دفترًا اسمياً، تسجل فيه بطريقة خاصة إيداعات ومسحوبات العميل لدى البنك، ولا يجوز السحب منه بشيكات، وتحتسب فوائد التوفير على أقل رصيد موجود أثناء الشهر وعلى اعتبار السنة ٣٦٥ يوماً وتصرف نقداً أو تقيّد في الدفتر خلال الشهر الأخير من السنة المالية.

(٤٨) أ.د/ محيي الدين إسماعيل علم الدين - موسوعة أعمال البنوك ج ١ ص ٣٣٤ مطابع الطناني - عابدين ١٩٨٧ م.

٤- الودائع الآجلة : وهي عقد بموجبه يتم الاتفاق بين البنك والعميل على أن يثبت الأخير وديعته أي يحدد لها أجلاً ثابتاً لا يطلبها خلاله لقاء فائدة تزيد كلما زادت مدة الوديعة تدفع في نهاية مدة الوديعة فإن سحبت كاملة أو جزء منها قبل سبعة أيام من الإيداع أو التجديد فلا تدفع للعميل فوائد ، أما إذا سحبت قبل نهاية أجلها وبعد سبعة أيام أو أكثر من الإيداع أو التجديد فإن العميل يستحق فائدة عن فترة الإيداع مخفضة بواقع ١٪ عن معدل سعر الفائدة المعمول به أو المتفق عليه مع البنك أيهما أقل .

٥- حسابات الإخطار : وهي الودائع التي لا يجوز للعميل سحب أية مبالغ منها إلا بعد توجيه إخطار للبنك برغبته في السحب والمبلغ المزمع سحبه ، مع الاتفاق على مهلة الإخطار عند فتح الحساب بحيث لا تقل عن سبعة أيام ، وذلك لقاء فائدة معينة عند نهاية مهلة الإخطار التي قد تمتد إلى خمس سنوات ، دون أن تستحق فائدة عن المبلغ الذي يسحبه العميل قبل انتهاء مهلة الإخطار مع تحويل الوديعة إلى حساب جاري تحت الطلب (بسيط) عند انتهاء مهلة الإخطار ، بدون فوائد^(٤٩) .

كيفية فتح الحساب المصرفي : يبدأ فتح أي نوع من الحسابات المصرفية سألقة التعريف بطلب يقدمه العميل إلى البنك ، يكون عادة على نموذج مطبوع لدى البنك ، مليء بالشروط التي سيجري التعامل عليها بين البنك والعميل ، وهي بصفة عامة شروط إذعان تنطوي على إعطاء البنك مكنات كبيرة وحرية في التعامل مع العميل إضافة إلى عدد من الاحتياطات لمنع العميل من إساءة التعامل على الحساب وضمان حق البنك في مصاريف البريد والتمغة والمصروفات المتعلقة

(٤٩) المرجع السابق ص ٣٤٤

بإمساك حساب للعميل وفي خصمها من حسابه دون الرجوع للعميل ، واعتبار جميع الحسابات المفتوحة باسم العميل بالبنك وفروعه وحدة لا تتجزأ في ضمان الوفاء بما يستحق للبنك على العميل .

ونصل بعد هذا التقديم الموجز لأنواع الحسابات المصرفية وماهية كل نوع وكيفية فتح الحساب المصرفي لدى البنوك التقليدية نصل إلى التكييف الشرعي الأقرب إلى الصحة من وجهة نظرنا وهو ما سنتناوله في البحث الثاني .



المبحث الثاني

التكييف الشرعي للحسابات المصرفية

إننا وبالإحالة إلى ما ذكرناه في خصائص الوديعة المصرفية^(٥٠) وما انتهينا إليه في مناقشة دعوى تحول الوديعة المصرفية إلى قرض^(٥١) ومن رفض هذه الدعوى، وما ذكرناه حالا في التعريف بأنواع الحسابات المصرفية، وبالنظر إلى الاعتبارين التاليين:

- ١- ما تقرره البنوك التجارية من عائد محدد منسوب إلى رأس مال الوديعة يدفع بالشروط المحددة في العقد المبرم لكل نوع منها .
 - ٢- ضمان البنك لأصل الوديعة ونسبة العائد دون وضع أدنى احتمال للخسارة أو الرجوع بأي من تبعاتها على العميل .
- إننا نقف في التكييف الشرعي للحسابات المصرفية أمام مشكلة حقيقية يرجع منشؤها إلى سببين رئيسيين هما:

- ١- واقع بنود وشروط عقد فتح الحساب المصرفي في أي من أنواعه بين البنك والعميل .
- ٢- استثمار البنك لأموال المودعين وتحقيقه لأرباح طائلة برضاهم الافتراضي أو الصريح.

(٥٠) سبق شرحه.

(٥١) سبق شرحه.

إننا وبالنظر إلى هذين السببين إزاء مشكلة حقيقية في تكييف استثمار البنك لأموال المودعين لديه، وتوزيع الأرباح الناتجة عن هذا الاستثمار بينه وبين المودعين.

فهل يكون البنك مضارباً بمال الودائع؟ إن بنود عقود فتح الحسابات المصرفية أنفة الذكر تجعل المضاربة ممتنعة شرعاً، صحيح: أن المضاربة تتضمن وكالة عامة من صاحب رأس المال للعامل، والعامل يستحق نصيباً من أرباحها بعمله، وقد يصدق هذا بالنسبة لاستثمار البنك لأموال الودائع لديه، لكن اشتراط وتحديد نسبة العائد الذي يدفعه البنك لرب المال بصرف النظر عن تحقيق ربح أو خسارة وإمكانية سحب المودع لمال وديعته من البنك يخرجان عقد الإيداع المصرفي عن نطاق المضاربة الشرعية، ولذلك يثور تساؤل آخر.

هل يكون البنك شريكاً بالمفاوضة مع العميل وهي شركة صحيحة عند الحنفية على اعتبار أن شركة المفاوضة تشتمل على أمرين جائزين هما:

الوكالة والكفالة وكل منهما جائزة حال الانفراد فكانتا جائزتين حال الاجتماع وبناء عليه يكون البنك وكيلاً بالعمل في المال وكفيلًا بأصله وربحه لصاحبه إنه احتمال وجيه للوهلة الأولى بيد أن بنود العقد بين البنك والعميل والشروط التي وضعها فقهاء الحنفية لصحة شركة المفاوضة يمنعان هذا الاحتمال للأسباب الآتية:

- ١- عدم المساواة بين البنك وعميله في رأس المال والربح والتصرف.
- ٢- ولأن العائد الذي يحصل عليه العميل (المودع) ليس جزءاً شائعاً في الجملة وإنما هو معين ومحدد مسبقاً لحظة (حين) الإيداع.

٣. ولأن عقد شركة المفاوضة في الأصل يقتضي الشركة في الربح وتعيين نسبة العمل من هذا العائد يقطع هذه الشركة لجواز ألا يحصل من الربح إلا القدر المعين للعمل فلا تتحقق مشاركة البنك في الربح .

ولذلك يثور تساؤل ثالث هو : هل يكون البنك وكيلًا مفوضًا تفويضًا عامًا من العمل في الحفظ والاستثمار ويكون الربح بينهما على ما شرطاه في عقد الوكالة؟ والجواب أننا لا نستطيع أن نكيف عقود فتح الحسابات المصرفية بوضعها القائم حالياً على أنها وكالة بالاستثمار وإن كان هذا التكييف هو أقرب التكييفات الشرعية إلى الصحة في حكم العلاقة بين البنوك التجارية والمودعين والأمر يحتاج فقط إلى توافق بعض بنود وشروط عقود فتح الحسابات المصرفية مع هذا التكييف.

ومما يدعونا إلى القول بصحة هذا التكييف ما يلي :

١- الوكالة في الاستثمار جائزة قياساً على جوازها في الشركة والمضاربة والإقراض والاستقراض^(٥٢) وذلك لأن صاحب المال يملك استثماره بنفسه فيملك تفويضه إلى غيره.

٢- التوكيل العام الشامل لجميع وجوه استثمار المال وتنميته صحيح حتى مع الجهالة الفاحشة لأن الموكل فوض الرأي إلى الوكيل قياساً على التوكيل العام بالبيع والشراء^(٥٣).

(٥٢) بدائع الصنائع للكاساني ٦ ص ٣٢ دار الكتاب العربي بيروت

(٥٣) نفس المرجع والصفحة.

٣. أن ولاية الوكيل في التصرف مستفادة من قبل الموكل فيلي من التصرف قدر ما ولاه الموكل وذلك لأن الوكيل يتصرف بطريق النيابة عن الموكل وتصرف النائب كتصرف المنوب عنه .

٤. اختلاف الوكالة في الاستثمار عن شركتي المضاربة والمفاوضة وإن كانتا تتضمنان وكالة عامة من حيث الأركان والشروط اختلافا يمنع من تقييدها بنفس قيودهما في التفويض وتوزيع الربح.

٥. إن التوكيل بالاستثمار على جزء من أرباحه ليس من جنس المعاوضة المحضة وإنما هو قريب من جنس المشاركة فينتفي بشأنه ما يمكن أن يثبت في حق عقود المعاوضات من الغرر وأكل المال بالباطل .

٦. إن الوديعة التي قبل البنك التوكيل في استثمارها عين تنمو بالعمل عليها فجاز العمل عليها ببعض نمائها قياسا على رأس مال المضاربة.

٧. إن المال المستفاد من التوكيل بالاستثمار إنما حصل بمجموع منفعة عمل البنك وخبرته في الاستثمار ومنفعة رأس مال الوديعة ولهذا يرد إلى المودع مثل رأس ماله ثم يقتسمان الربح على ما شرطاه هذا بالنسبة لصحة عقد الوكالة بالاستثمار .

وأما بالنسبة لحصول رب المال (الموكل) على الجزء المشروط في العقد من ناتج الاستثمار فإنه يتخرج على أصلين شرعيين هما :

أولهما : الأصل الذي ذكره الحنفية في استحقاق الربح وهو : أن الربح إنما يستحق إما بالمال وإما بالعمل وإما بالضمان.

أما ثبوت الاستحقاق بالمال فظاهر لأن الربح نماء رأس المال فيكون للمالكه ولهذا استحق رب المال الربح في المضاربة (وإذا ثبت استحقاق الربح بالمال للموكل في عقد الوكالة المائل فإن له أن يتنازل لو كيله عن القدر المشروط له في العقد المبرم بينهما).

وأما ثبوت الاستحقاق بالضمان فإن المال إذا صار مضمونا على المضارب فانه يستحق جميع الربح ويكون ذلك بمقابلة الضمان خراجا بضمان لقوله صلى الله عليه وسلم: «الخراج بالضمان» بمعنى أنه: إذا كان ضمانه عليه فخراجه له^(٥٤) وعلى ذلك: فإن البنك باعتباره ضامنا لرأس المال المستثمر (أصل الوديعة) ولنسبة العائد المشروطة للمودع في عقد الوكالة بالاستثمار يكون مستحقا لربح الاستثمار وناتجه وله أن يتنازل لموكله عن القدر المشروط له من ناتج الاستثمار.

والثاني: الأصل الذي ذكره شيخ الإسلام ابن تيمية - رحمه الله - وهو أن الأصل في العقود رضا المتعاقدين وموجبها هو ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد لقوله تعالى ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تَحَكْرَةً عَنْ رَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩] وقوله عز وجل من قائل: ﴿فَإِنْ طَبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنَيْئًا مَرِيئًا﴾ [النساء: ٤].

حيث علق جواز الأكل بطيب النفس تعليق الجزاء بشرطه فدل على أنه سبب لذلك الحكم وإذا كان طيب النفس هو المبيع لأكل الصداق فكذلك سائر التبرعات قياسا عليه بالعلة المنصوصه التي دل عليها

(٥٤) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٢، ٦٣ مرجع سابق

القرآن وكذلك قوله تعالى ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونُ بِحُكْمٍ عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾^(٥٥) لم يشترط في التجارة إلا التراضي وذلك يقتضي أن التراضي هو المبيع للتجارة وإذا كان ذلك كذلك فإذا تراضى المتعاقدان بتجارة أو طابت نفس المتبرع بتبرع ثبت حله بدلالة القرآن إلا أن يتضمن ما حرمه الله ورسوله كالتيجارة في الخمر^(٥٥).

وبناء على هذين الأصلين نقول: إن المودع الذي هو الموكل في عقد الوكالة باستثمار الوديعة يستحق جانباً من ناتج الاستثمار بالمال وكذا الوكيل (البنك) يستحق جانباً من نفس الناتج بالعمل والضمان والفيصل بينهما في تحديد مقدار استحقاق كل منهما هو ما شرطاه بتراضيهما في العقد المبرم بينهما اعتراض ودفعه فإن قيل:

وهل يصح أن تكون نسبة الموكل (المودع) من الربح مشروطة ومقطوعة ومعلومة مسبقاً قبل تحقق هذا الربح وحصوله؟ وهو اعتراض هام ووجيه، ويتخرج الجواب عليه بالإيجاب على خمسة اعتبارات هي:

١- أن عقد الوكالة باستثمار مال الوديعة المفترض ليس قرضاً ولا قراضاً ولا مشاركة تامة ولا يدخل في جنس المعاوضات المالية حتى يمكن القول بأن هذا الشرط قد أحل حراماً.

٢- أن اشتراط مبلغ مقطوع لرب المال في هذا العقد لا يتنافى مع مقتضاه حتى يلحقه البطلان، بل هو على العكس يمكن أن يكون من مقتضى العقد منعاً

(٥٥) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية مجلد ٢٩ ص ١٥٥ - مكتبة المعارف - الرباط

من الجهالة التي قد تفضي إلى النزاع بين طرفيه أو إلى فساد العقد، وعلى هذا:

فمن قال: هذا الشرط ينافي مقتضى العقد قيل له:

أينافي مقتضى العقد المطلق أو مقتضى العقد مطلقاً؟ فإن أراد الأول، فكل شرط كذلك وإن أراد الثاني لم يسلم له ذلك

فالمحذور في الشروط على حد قول شيخ الإسلام ابن تيمية - رحمه الله - هو: أن ينافي الشرط مقصود العقد (الذي هو الصحة وعدم الفساد على معنى أنه) إذا شرط ما يقصد بالعقد، لم يناف مقصوده^(٥٦) (وما يقصد بالعقد المائل هو: استثمار مال الوديعة وتوزيع ناتج الاستثمار بما يترضى عليه الطرفان، والشرط المائل لا يتنافى مع هذا المقصود).

٣. ليس هناك دليل يمنع من صحة هذا الشرط والأصل في العقود والشروط كما يذكر شيخ الإسلام ابن تيمية - رحمه الله - الجواز والصحة، ولا يحرم منها ويبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله نصاً أو قياساً، وأصول الإمام أحمد المنصوصه عنه أكثرها يجري على هذا القول، والإمام مالك قريب منه، لكن الإمام أحمد أكثر تصحيحاً للشروط، وعامة ما يصححه الإمام أحمد من العقود والشروط فيها يثبتها بدليل خاص من أثر أو قياس، لكنه لا يجعل حجة الأولين مانعاً من الصحة، ولا يعارض ذلك بكونه شرطاً يخالف مقتضى العقد أو لم يرد به نص^(٥٧) ويعضد هذا الأصل الذي أورده شيخ الإسلام ما قرره الفقهاء فيما ذكروه من قواعد فقهية منها:

(٥٦) فتاوى ابن تيمية حـ ٢٩ صـ ١٣٨

(٥٧) نفس المرجع والجزء صـ ١٣٣

أ - ما ذكره الإمام السرخسي في المبسوط من أن «تصحيح العقود بحسب الإمكان واجب»^(٥٨).

ب - وما ألح إليه الزركشي بقوله : «العقود الجارية بين المسلمين محمولة على الصحة إلى أن يتبين خلافه»^(٥٩).

٤- إن الكتاب والسنة قد جاءا بالأمر بالوفاء بالعقود والشروط ، قال تعالى :

﴿بِأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ وهذا عام يدخل فيه كل ما عقده المرء على نفسه ، وقال صلى الله عليه وسلم : «إن أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج» وهو أيضاً عام يدل على استحقاق الشروط بالوفاء. وإذا كان جنس الوفاء بالعقود والشروط مأموراً به علم أن الأصل هو : صحة العقود والشروط ، إذ لا معنى للتصحيح إلا ما ترتب عليه أثره

وحصل به مقصوده ، ومقصود العقد والشرط هو الوفاء به ، فإذا كان الشارع قد أمر بمقصود العهود دل على أن الأصل فيها الصحة والإباحة^(٦٠).

٥- أن العقود والشروط كما يذكر شيخ الإسلام ابن تيمية - رحمه الله - من باب الأفعال العادية والأصل فيها عدم التحريم فيستصحب عدم التحريم فيها حتى يدل دليل على التحريم^(٦١) وبناء عليه نقول : إن على المعارض إقامة دليل المنع منظورا فيه تحقق الرضا من طرفي الشرط عليه.

(٥٨) المبسوط ج ٢٠ ص ١٣٥

(٥٩) د/علي الندوي -جمهرة القواعد الفقهية - ١ ص ٢٩٧ مرجع سابق

(٦٠) مجموع فتاوى شيخ الاسلام ابن تيمية - ٢٩ ص ١٣٨ مرجع سابق

(٦١) نفس المرجع ص ١٥٠

اعتراض ثان ودفعه فان قيل :

بأن تعهد البنك (الوكيل) بدفع نسبة أرباح محددة مسبقا الى الموكل على استثمار وديعته قبل تحقق الربح وتيقن وجوده فيه جهالة وغرر من حيث إنه يحتمل ألا يحقق الوكيل أرباحا أو يحقق أرباحا أقل أو أكثر .

قلنا : إن هذا الافتراض صحيح بالنسبة لكل عميل على حدة أو لكل وديعة على حدة ، أي فيما لو قام البنك باستثمار وديعة عميل واحد ، أو باستثمار وديعة كل عميل على حدة وفي وجه واحد فقط من وجوه الاستثمار لكن واقع الأمر على خلاف ذلك ، فلدى كل بنك مئات الآلاف من الودائع المجمعة ، يرتكز البنك فى استثمارها على خبرات واسعة وإدارات واعية وإحصاءات دقيقة ينتفى معها عنصر احتمال تحقق الخسارة أو تحقيق نسب أرباح متدنية عن النسب المشروطة للعملاء .

إن البنك بتجميعه للودائع واستثماره لمجموعها يرتكز على قانون علمى ثابت هو قانون الأعداد الكبيرة فى نظرية الاحتمالات من علم الرياضيات ويتلخص هذا القانون فى أن التغير الاحتمالى (الخسائر) فى استثمار المبالغ الكبيرة وفى وجوه استثمارات متعددة أقل بكثير منه فى الاستثمارات الصغيرة أو المحدودة وإن شئت فقل : إنه أكثر ثباتا إلى الدرجة التى يمكن معها للبنك معرفتها وتحديد بها بدقة ، ومن ثم فإنه يستطيع أن يطرح نسبة هذا التغير الاحتمالى من الربح المتوقع له ، لكى يصير الباقي ربحا أكيدا لمجموع الاستثمارات ، فيصل بذلك إلى إمكانية تحديد نسبة كل موكل على حدة تحديدا مسبقا .

والواقع القائم فى البنوك التجارية يشهد بصحة ذلك فإنها توزع فوائد بنسب محددة مسبقا على الودائع الآجلة وبإخطار وتحقيق فائضا رهيبا من الأرباح

سنوياً، ونادراً ما تسمع عن خسارة بنك تجارى تنتج فى الغالب الأعم عن مغامرات غير محسوبة لمدير البنك أو عن قروض ضخمة غير مضمونة يعطيها هذا البنك لأشخاص معينين .

أضف إلى ذلك: أن أصول المذهب الحنفى فى الجهالة المانعة من صحة العقد أو الشرط، تحصرها فى الجهالة المفضية إلى نزاع مشكل، وهو الذى تتساوى فيه حجة الطرفين، أما حيث لا تؤدى الجهالة إلى هذا النزاع فإنها لا تمنع من صحة العقد أو الشرط المنطوى عليها، والحال أن طرفى عقد الوكالة فى الاستثمار المائل تراضيا على بنود العقد المبرم وشروطه

أضف إلى ذلك: أن كثيراً من الفقهاء خاصة فقهاء الحنفية قد قبلوا عنصر الاحتمال فى الكفالة ولو عظم، حيث نصوا على صحة الكفالة مع جهالة المكفول به كما لو قال الكفيل للمكفول له: تعامل مع فلان وما يثبت لك عليه من حقوق فأنا كفيل بها، صحت الكفالة رغم احتمال وجود الدين وعدم وجوده مستقبلاً، بل وجهالة مقداره بل أنهم صرحوا كذلك بصحة تعليق الكفالة على الخطر المحض فى الشرط الملائم، كما لو قال الكفيل للدائن:

إن أفلس مدينك فلان فأنا كفيله^(٦٢) ثم أليس عقد السلم قد أجاز للحاجة مع وجود غرر فى محل العقد، وقياس الوكالة بالاستثمار على السلم صحيح إذا سلمنا بوجود الغرر فى محل العقد.

والقول عندنا: أن عنصر الاحتمال أو الجهالة فى الشرط المائل فى عقد الوكالة بالاستثمار، ومع استصحاب الإمكانات الهائلة للبنك فى عمليات الاستثمار، إنما هو ضئيل جداً بمقابلته بمثيله فى عقد الكافة.

(٦٢) حاشية ابن عابدين - كتاب الكفالة - مطلب الكفالة بالمال وتعليقها

إعتراض ثالث ودفعه : فإن قيل : وهل للوكيل أن يحدد لموكله

(صاحب رأس المال) نسبة معلومة من ناتج الاستثمار، ويستأثر هو
بالباقى بدون تحديد؟ والجواب : إن هذا يمكن إدخاله فى باطل التجارة الحاصلة
بالتراضى ، وهو المستثنى فى قوله تعالى : ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا
أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونُوا بَحْرَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ حيث المراد
من الاستثناء هنا ، التسامح بما يكون فيه أحد النصيبين أكبر من الآخر، بسبب
براعة الوكيل فى الاستثمار أو عجز الموكل عن استثمار ماله بنفسه، من غير
غش ولا خداع .

❖ إعتراض رابع ودفعه : فإن قيل :

أن البنوك التجارية تستثمر أرصدة الودائع لديها فى الإقراض بالربا، بما
من شأنه أن يسترد الموكل لها أصل وديعته وأرباحها (عائدها) وهو مشوب بالربا.
والجواب إننا نتكلم عن التوكيل بالاستثمار من حيث هو عقد مقترح
ومشروع ولا نتكلم فى عمليات البنوك الأخرى من حيث هى مشروعة أو ممنوعة
فتلك قضية أخرى تحتاج إلى بيان لاحق

قائمة بأهم مراجع البحث

- ١- إرشاد أولى النهى - الشيخ منصور البهوتي
- ٢- الإقناع في فقه الإمام أحمد - الشيخ موسى الحجاوي - دار المعرفة بيروت ح٢
- ٣- القواعد - ابن رجب الحنبلي - مكتبة الكليات الأزهرية - القاهرة
- ٤- الكافي في فقه الإمام أحمد - ابن قدامة المقدسي - المكتب الإسلامي - ح٢
- ٥- المغني - ابن قدامة - مكتبة ابن تيمية - القاهرة ح ٥
- ٦- الواضح في شرح مختصر الخرقي - الشيخ الضرير ح ٣
- ٧- بدائع الصنائع - الكاساني - دار الكتب العلمية بيروت ح ٧
- ٨ - نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج - ابن شهاب الدين الرملي - دار إحياء التراث العربي بيروت
- ٩- كشف القناع - الشيخ منصور البهوتي - دار الفكر ح ٤
- ١٠- مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية - مكتبة المعارف - الرباط / المغرب ج٢٩
- ١١- معونة أولى النهى - ابن النجار - تحقيق د/ عبد الملك بن دهيش ح ٥
- ١٢- حاشية ابن عابدين - محمد أمين - دار الكتب العلمية بيروت ح ٣ ، ٤
- ١٣- القانون المدني المصري (الكود)
- ١٤- الشيخ / أحمد بن محمد الزرقا - شرح القواعد الفقهية - دار العلم دمشق ط ٢

- ١٥- أ.د/ سامى حسن أحمد حمود - تطوير الأعمال المصرفية - رسالة دكتوراه - جامعة القاهرة.
- ١٦- أ.د/ سميحة القليوبى - الأسس القانونية لعمليات البنوك - مكتبة عين شمس.
- ١٧- أ.د/ عطية صقر الوديعة المصرفية فى ميزان الشريعة الإسلامية - دار النهضة العربية القاهرة - ١٩٩٢م.
- ١٨- أ.د/ على أحمد السالوس - المعاملات المالية المعاصرة - مكتبة الفلاح الكويت ١٩٨٧م.
- ١٩- د/ على أحمد الندوى - جمهرة القواعد الفقهية - شركة الراجحى المصرفية الرياض ط ١.
- ٢٠- الشيخ/ على الخفيف - الملكية - دار الفكر العربى - القاهرة ١٩٩٦م.
- ٢١- د/ محمد على عثمان الفقى - فقه المعاملات - دار المريح - الرياض.
- ٢٢- المستشار محمود منصور - الربا فى الشريعة الإسلامية والقانون - دار حراء القاهرة.
- ٢٣- د/ محيى الدين علم الدين - موسوعة أعمال البنوك - مطابع الطنانى عابدين.
- ٢٤- الأستاذ/ مصطفى الهمشرى - الأعمال المصرفية والإسلام - مجمع البحوث الإسلامية بالقاهرة.
- ٢٥- أ.د/ وهبه الزحيلى - الفقه الإسلامى وأدلته - دار الفكر دمشق.
- ٢٦- الشيخ الدكتور/ يوسف القرضاوى - فوائد البنوك هى الربا الحرام - دار الصحوة القاهرة.