جامعة الشارقة
ملتقى الحضارات

مجلة جامعة الشارقة

دورية علمية محكمة

للعلوم الشرعية والدراسات الإسلامية



المجلد 16، العدد 1
شوال 1440 هـ / يونيو 2019 م

الترقيم الدولي المعياري للدوريات 2616-7166

عقد التأمين التجاري بين الغرر والحاجة الفقهية

(دراسة تحليلية مقاصدية)

ماهر حسين حصوة

كلية القانون – جامعة العين للعلوم والتكنولوجيا

أبوظبي – الإمارات العربية المتحدة

تاريخ الاستلام: 28–05–2018 **تاريخ القبول: 30–08–2018**

ملخص البحث:

تتناول هذه الدراسة أثر الغرر والحاجة الفقهية في مشروعية عقد التأمين التجاري، وتبين المقصود بالغرر محل التحريم، وأثر الغرر على العقود، وتبرز الإشكالية في تحقيق مناط تحريم الغرر، كما تبرز رتبة وعلة تحريمه، مناقشة ضابط التمييز بين الغرر اليسير والغرر الكبير في العقود، كما تستظهر الدراسة رؤية المجيزين لعقد التأمين من خلال النظرة الكلية خلافا للنظرة التقليدية، كما تبين الدراسة المقصود بالحاجة الفقهية مفرقة بينها وبين الحاجة بالمعنى الأصولي، كما تحاول الدراسة تنزيل جملة من القواعد الفقهية والأصولية وربطها ربطاً أصوليا وتأصيليا بالغرر، ومنها قاعدة ما حرم سداً للذريعة أجيز للمصلحة الراجحة، وقاعدة بناء الأحكام على الحاجي الكلي، والاستحسان بالضرورة والمصلحة، كما اشتملت الدراسة على جملة من الاجتهادات والمؤيدات والفتاوى الفقهية التي أفتى بها الفقهاء من المذاهب الأربعة في زمانهم وكيف وازنوا فيها بين المصلحة واشتمال تلك العقود على الغرر.

الكلمات الدالة: التأمين، الغرر، الحاجة.

المقدمة:

الحمد لله الذي قدّر وهدى، والصلاة والسلام على الرحمة المهداة سيدنا محمد وعلى من سار على دربه واقتفى أثره إلى يوم الدين.

أهمية وإشكالية الدراسة:

إن التطور الهائل في شتى مجالات الحياة، وتزايد أعداد السكان بشكل هائل، وتشابك العلاقات بين الدول، والنزوح نحو اللامركزية في الإدارة، ينبيء عن مدى أهمية نظام التأمين، ومنها عقد التأمين التجاري في تحقيق مصالح متعددة سواء للأفراد أو الشركات أو الدول، سواء في المجال الصحي أو الاقتصادي وغيرها كثير، وبنظرة فاحصة إلى أدلة القائلين بمنع التأمين التجاري، تجد أن قيام عقد التأمين على الغرر هو أقوى أدلة المنع لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر [1]، ولكن ما المقصود بالغرر المانع من صحة العقود؟ وما رتبة الغرر في التحريم؟ وهل لقاعدة الغرر من مستثنيات عند التطبيق؟ كلها أسئلة تمهد الطريق للتحقق من مناط المنع الذي ذهب إليه الجمهور، كما أن بناء الأحكام على المصالح والحاجيات من القواعد المقررة عند جمهور العلماء، فهل يتحقق في عقد التأمين التجاري مناط الحاجة والمصلحة التي هي مقصد الشارع من الأحكام أم أنها مصلحة متوهمة، أو مصلحة ملغاة في نظر الشارع؟ كل هذه الأسئلة تحتاج إلى بيان وتحرير وتحليل دقيق للوقوف على مشروعية هذا العقد الذي لا ينفك عنه إنسان في واقعنا المعيش.

إنّ الدافع وراء تحرير هذه الدراسة –على الرغم من كثرة الأبحاث في مجال التأمين– إنما هو ملاحظة التخبط في تحرير الأدلة وتنزيلها على التأمين، وعدم إعمال نظرية العقد في دراسة عقد التأمين، من عدم مراعاة البواعث والغايات، ومدى سلطان الإرادة في إنشاء العقود والشروط. مع إنّ كثيراً من العلماء مع مرور الزمن بدأ ينحى نحو جواز التأمين.

المنهج المتبع:

اتبعت الدراسة المنهج التحليلي مسترشدة بمقاصد الشريعة في تناول الموضوع، واشتملت على تمهيد و مبحثين الأول: يتعلق بطبيعة الغرر في عقد التأمين التجاري، والمبحث الثاني: في أثر الحاجة الفقهية في عقد التأمين التجاري.

(1) انظر مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، ترتيب محمد فؤاد عبد الباقي، (بيروت: دار إحياء التراث، د.ت) ط1 كتاب: البيوع، باب: بطلان بيع الحصاة، والبيع الذي فيه غرر، رقم: 1512، ج: 3، ص: 1153.

تمهيد:

اختلفت نظرة الفقهاء المعاصرين إلى نظام التأمين من حيث طبيعته وتكييفه فمنهم من يرى أنه نظام جديد لا يقاس على غيره من العقود، ولا ينظر إلى العقد بمفرده وإنما ينظر إليه كنظام كلي جديد، ذي أهداف اقتصادية تنموية يخفف المخاطر عن الإنسان، ويتيح له الدخول في أنشطة ذات مخاطر عالية، ويرون أن الحاجة ملحة في الأخذ بهذا النظام، وأن الشريعة على الراجح من أقوال الفقهاء تستجيب لحاجات ومصالح الإنسان؛ لا سيّما أن الأصل في العقود هو الإباحة، و الشريعة لم تحصر الناس في أنواع معينة من العقود من بيع وإجارة وهبة ورهن وشركة وصلح وقسمة وإعارة وإيداع وغيرها، بل للناس أن يبتكروا أنواعا جديدة تدعوهم حاجاتهم الزمنية إليها بعد أن تستوفي الشرائط العامة وكان أول من تبنى هذه الرأي مصطفى الزرقا [1] وتبعه كثير من العلماء منهم عبد الله صيام، و عبد الوهاب خلاف، و علي الخفيف، وعبد الرحمن عيسى، ومحمد يوسف، و محمد أحمد فرج السنهوري، [2] ومحمد سلام مدكور[3]، و رفيق المصري[4]، وهناك جملة من كبار علماء المملكة العربية السعودية افتوا بجواز التأمين التجاري منهم عبد المحسن آل عبيكان، و صالح بن حميد رئيس مجلس الشورى سابقا، وعبد الله بن منيع عضو هيئة التمييز، وعبد الله البسام رئيس محكمة التمييز، وعبد الله بن محمد بن إبراهيم وزير العدل السابق، و عبد الله المطلق عضو هيئة كبار العلماء و صالح السدلان.[5] ومنهم أيضاً محمد حسن آل الشيخ[6]. والهيئة الشرعية لشركة الراجحي المصرفية [7]ومنهم عبد الله بن زيد آل محمود[8] و منهم برهام محمد عطا [9]

(1) مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، (دمشق: دار القلم، 1998) ط1، ص: 634.

(2) انظر دبيان محمد الدبيان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، (الرياض: مكتبة الملك فهد الوطنية، 1432) ط2، ج: 4، ص: 138.

(3) انظر محمد حسن آل الشيخ، بحث عقد التأمين التجاري للتعويض عن الضرر حقيقته وحكمه، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، شوال 2011، العدد: 8، ص:281.

(4) رفيق يونس المصري، فقه المعاملات المالية (دمشق، دار القلم، 2011 م) ط3، ص: 279

(5) انظر نقلاً عن موقع الشيخ آل عبيكان، www.alebikan com.

(6) انظر محمد حسن آل الشيخ، عقد التأمين التجاري للتعويض عن الضرر حقيقته وحكمه، ص:264.

(7) انظر قرارات الهيئة الشرعية بمصرف الراجحي (الرياض: دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، 2010) ج:1، ص: 78، رقم قرار الهيئة رقم (40) تاريخ 6/ 12/ 1410.

(8) انظر عبد الله زيد آل محمود، مجموعة رسائل الشيخ عبد الله زيد آل محمود، (قطر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، 2008) ط2، م: 4، ص: 62. يرى جواز التأمين التجاري باستثناء التأمين على الحياة.

(9) برهام عطا الله، التأمين وشريعة الإسلام، مجلة المسلم المعاصر، العدد:102، ص:101–127 من الموقع الإلكتروني www.Almuslimalmuaser.org.

يقول الصديق الضرير: «عقد التأمين من العقود المستحدثة التي لم تكن معروفة قبل القرن الرابع عشر الميلادي ؛ ولهذا فلن نجد في حكمه نصًا خاصًا، أو رأيًا خاصًا للمتقدمين من الفقهاء، كما أني لا أعتقد أن هناك عقدًا من العقود المعروفة في الفقه الإسلامي يمكن قياس عقد التأمين عليه، لا من العقود الصحيحة، ولا من العقود غير الصحيحة، وقد حاول بعض فقهاء هذا العصر قياسه على بعض العقود فلم يوفق في ذلك» [1]

ويرى د. رفيق المصري أن نظام التأمين – كمنظومة مستحدثة – يعتبر وسيلة للحفاظ على مستوى الثروة، والكفاءة الإنتاجية، لأنه يعّوض المصاب بالكارثة، حتى لو كان غنياً بأموال أخرى يمتلكها.[2]

في المقابل نجد الغالبية من الفقهاء في هذا العصر تحكم على عقد التأمين بمفرده وتقيسه على غيره من العقود المسماة، وترى أنه عقد لا يصحّ ؛ لكونه عقد غرر، فالغرر ركنه الأساس، فالمشترك لا يدري كم من الأقساط يدفع، ولا يدري إن كان سيأخذ عوضا عما دفع، ولا يدري أيحصل الخطر من عدمه وإن حصل فمتى..الخ وهذا الرأي هو رأي أغلب أعضاء مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة التعاون الإسلامي[3] وأغلب أعضاء المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي.[4] ومجلس هيئة كبار العلماء في السعودية [5]

وأصحاب هذا الرأي من العلماء أقروا بالحاجة الملحة لنظام التأمين، وحاولوا أن يجدوا له صيغة تكون مقبولة شرعا في نظرهم، منطلقين من قاعدة (يغتفر في التبرعات ما لا يغتفر في المعاوضات)، فأجازوا عقود التأمين التي ينص فيها بأن من يدفع الأقساط يدفعها على أساس التبرع لا على أساس المعاوضة، وبذلك رأوا أن حل المشكلة يكمن في النص بالعقد على التبرع حتى يخرج العقد من دائرة المعاوضات إلى التبرعات، واستعانوا ببعض الآراء الفقهية التي تمكّن من إلزامية الوعد ومنها إلزامية التبرع للغير[6]. كما

(1) الصديق محمد الأمين الضرير، الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي (السعودية: سلسلة صالح كامل للرسائل الجامعية في الاقتصاد الإسلامي، 1995) ط2، ص: 646.

(2) رفيق يونس المصري، الخطر والتأمين، هل التامين التجاري جائز شرعا،(دمشق: دار القلم، 2001م) ط1.

(3) تم اتخاذ القرار في الدورة الثانية المنعقدة في جدة في المملكة العربية السعودية سنة 1985م، انظر مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، العدد: 2، ج:2 ص: 545.

(4) قرار رقم (1) في الدورة الأولى التي عقدت في مكة المكرمة في 10 شعبان 1398 ه.

(5) انظر قرار مجلس هيئة كبار العلماء في السعودية رقم (55)، في دورته العاشرة بمدينة الرياض، بتاريخ 4/ 4/ 97

(6) استقصى د. محمد الأشقر– رحمه الله – مسألة الوعد الملزم، وحقق فيما نسب إلى ابن عرفة في ذلك، وبين أن الوعد الذي يتحدث عنه المالكية ليس الوعد التجاري أو ما يدخل في المعاوضات. انظر محمد الأشقر، بيع

فصلوا بين حساب المؤسسين وحساب المشتركين، وسموا هذا النوع من التأمين بالتأمين التكافلي.

ولكن ثمة مجموعة من الإشكاليات نتجت من التأمين التكافلي، يمكن الإشارة إلى بعضها منها كيفية تأمين رأس المال الاحتياطي اللازم في اقتصاديات التأمين، وكذلك الافتقار إلى طريقة شرعية واضحة لمكافأة رأس المال الاحتياطي.[1]

يقول د. عيسى شقرة – وهو ممن يرون التفريق بين التأمين التجاري والتكافلي– إلى أن الفائض التأميني الناتج من استثمار أموال المشتركين والمساهمين في التأمين التكافلي لا تنطبق عليه معايير الربح التجاري، ولذلك لا يصح أن يوزع على المساهمين كله أو نسبة منه، فهو لا ينتج عن أصل يملكونه حتى يتبع هذا الأصل في ملكيتهم له وما ينتج عنه من أرباح سواء أكان أرباحاً استثمارية أم فائضاً زائداً عن الحاجة[2].

وقد كان للقائلين بجواز التأمين التجاري ردود قوية على العلماء الذين ذهبوا إلى حرمة هذا العقد، وأجازوا عوضا عنه التأمين التبادلي[3]، ومن هنا جاءت الحاجة ماسة

المرابحة كما تجريه البنوك الإسلامية ضمن كتاب بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، (عمان: دار النفائس،) ج:1، ص: 88.

(1) «محمد أنس »مصطفى الزرقا، نظرة اقتصادية إسلامية إلى خمس قضايا في التأمين التعاوني مخطط ورقة مقدمة الى مؤتمر التأمين التعاوني: أبعاده وآفاقه وموقف الشريعة الإسلامية منها المنعقد في عمان، الجامعة الاردنية 11–13–نيسان 2010 منشور في مركز أبحاث فقه المعاملات الإسلامية www.kantakji.com.

(2) عيسى شقرة، قصد الاسترباح في عقود التأمين التكافلي، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، 2016 م، العدد: 104، جامعة الكويت، ص: 540.

(3) من أهم هذه الردود:
أولاً: نظرهم إلى مقصد وحقيقة العقد بغض النظر عن تسميته، فالناظر في عقود التأمين التي ينص على أنها تبرع هي في حقيقتها عقود معاوضة، لأن دافع القسط يهدف إلى الحصول على التعويض في حال وجود الخطر تخفيفا لمصابه في أغلب العقود، وهو نفس هدف دافع القسط في التأمين التجاري، فالعبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني. انظر السنهوري، الوسيط، م:7، ج:2، ص: 1089الحاشية
ثانياً: كفاءة التجاري أعلى من الخيري والتعاوني.
فالدوافع في المعاوضات مبنية على المصلحة الشخصية (الأثرة)، في حين أن الدوافع في التبرّعات مبنيّة على مصلحة الآخرين (الإيثار). والدوافع الأولى هي الدوافع العاديّة التي ينبني عليها النشاط الاقتصاديّ، والدوافع الأخرى هي دوافع استثنائيّة ينبني عليها العمل الخيريّ. فالتأمين الخيريّ قائم على التبرّعات، والتبرّعات نادرة، لا يقوم بها الناس إلا قليلاً، لِما جُبلت عليه النفوس من شح، أما التأمين التعاوني والتجاري فهو قائم على المعاوضات، وهي أكثر حفزًا للناس، وانتشارًا بينهم، لما جُبلت عليه النفوس من غريزة حبّ المال والربح.
ومَثَلُ مَن يقول بجواز التأمين الخيري والتعاوني، ومنع التأمين التجاري، مَثَلُه مَثَلُ مَن يقول بجواز الوكالة بلا أجر ومنع الوكالة بأجر، أو جواز الإعارة ومنع الإجارة، أو جواز الإجارة ومنع الجعالة، أو جواز الهبة ومنع البيع!. انظر رفيق المصري، الخطر والتأمين ص: 186.
ثالثا: نفي الغرر باعتباره نظاما متكاملا وليس عقدا منفردا. وهذه ما سنفصله في المباحث القادمة.

لتجلية هذه المسألة من خلال النظر فيها عبر مبحثين، طبيعة الغرر ورتبته وأثره في عقد التأمين التجاري، وأثر الحاجة الفقهية فيه.

المبحث الأول: طبيعة الغرر في عقد التأمين التجاري.

المطلب الأول: تعريف الغرر والجهالة.

أولاً: الغرر في اللغة: مصدر للفعل غررّ، وهو دائر على معاني: النقصان، والخطر، والتعرض للهلكة والجهل، يقال: غرّر بنفسه وماله، أي عرضهما للهلكة من غير أن يعرف، ومِنَ الْبَابِ: بَيْعُ الْغَرَرِ، وَهُوَ الْخَطَرُ الَّذِي لَا يُدْرَى أَيَكُونُ أَمْ لَا، كَبَيْعِ الْعَبْدِ الْآبِقِ، وَالطَّائِرِ فِي الْهَوَاءِ. فَهَذَا نَاقِصٌ لَا يَتِمُّ الْبَيْعُ فِيهِ أَبَدًا.[1] وذكر ابن منظور أن من الأقوال في بيع الغرر المنهي عنه: هو ما كان له ظاهر يغّر المشتري وباطن مجهول، قال الأزهري: ويدخل في بيع الغرر البيوع المجهولة التي لا يحيط بكنهها المتبايعان حتى تكون معلومة.[2]

ثانياً: الغرر في اصطلاح الفقهاء.

فقد عرفه الكاساني الحنفي بأنه:« الخطر الذي استوى فيه طرفا الوجود والعدم، بمنزلة الشك »[3]. وعرفه ابن عرفة المالكي بأنه:« ما شك في حصول أحد عوضيه أو المقصود منه غالباً » [4]

ولا تخرج تعاريف سائر الفقهاء عن هذين التعريفين، وقد استعرض د. ياسين درادكة في رسالته للدكتوراة تعريف الفقهاء للغرر في المذاهب، وانتهى إلى ترجيح تعريف الماوردي من علماء الشافعية، إذ عرف الغرر بأنه: ما انطوت عنا عاقبته، إذ يشمل هذا التعريف المجهول والشك وعدم القدرة على التسليم، والمعدوم، وما لا يرى وجميع أبواب الغرر.[5]

(1) انظر أحمد بن فارس، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام محمد هارون (بيروت: دار الفكر، 1979) ط1، مادة غرّ، ج: 4، ص: 380 وما بعدها.وانظر محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب (بيروت: دار صادر، 1404ه) ط 3، مادة غرر، ج:5، ص: 13.

(2) انظر ابن منظور، لسان العرب مادة غرر ج:5، ص: 13.

(3) انظر علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع، (بيروت: دار الكتب العلمية،د.ت) ط2، ج:5:، ص:163.

(4) انظر محمد بن قاسم الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، (المكتبة العلمية، 1350 هجريا) ط 1، ج: 1، ص: 254.

(5) انظر ياسين درادكة،، نظرية الغرر في الشريعة الإسلامية (الأردن، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، 1973م) ط1، ص:78.

ثالثاً: الفرق بين الغرر والجهالة.

الغرر إنما يكون في حالة الشك بحصول المعقود عليه، أمّا إن كان حصوله مظنوناً فإنه لا يدخل في دائرة الغرر عند الفقهاء، ومن هنا فرّق القرافي بين الغرر والجهالة.

فالجهالة لغة: من جهلت الشيء خلاف علمته، ومثلها الجهل.[1] وعند الفقهاء – في باب العقود والمعاملات: ما علم حصوله وجهلت صفته أو مقداره، وقد ذكر القرافي في الفرق 193 بين قاعدة الغرر والمجهول أن العلماء يتوسعون في إطلاق عبارتي الغرر والجهالة، فيستعملون إحداهما موضع الأخرى، ولكن القرافي يفرق بينهما، فيقول: أصل الغرر هو الذي لا يدرى هل يحصل أم لا؟ كبيع الطير في الهواء، فإنه لا يدري هل يتم البيع أم لا؟ وأمّا ما علم حصوله وجهلت صفته أو مقداره فهو المجهول، كبيع الإنسان ما في كمه، فهو يحصل قطعاً، لكن لا يدري ما صفة المبيع أو مقداره، وعليه فالغرر والمجهول بينهما عموم وخصوص وجهي، بمعنى أن كل واحد منهما أعم من الآخر من وجه، فيوجد كل واحد منهما مع الآخر وبدونه. [2]

المطلب الثاني: أثر الغرر في العقود.

إن الغرر وإن كان من القواعد العامة لتحريم العقود المالية كالربا والظلم إلا أنه يختلف عنهما من جانب آخر، فقد عفا الشارع عن الغرر الذي لا يمكن الاحتراز منه أو الغرر الذي تدعو إليه الحاجة، وقد نص على ذلك كثير من الفقهاء.

يقول ابن القيم:« فليس كل غرر سبباً للتحريم، والغرر إذا كان يسيراً أو لا يمكن الاحتراز منه لم يمنع من صحة العقد » [3]

وقد ذكر ابن رشد أن الفقهاء اتفقوا على أن الغرر غير المؤثر في صحة العقد هو الغرر اليسير أو الذي تدعو إليه الضرورة (الحاجة) أو ما جمع الأمرين.[4]

يقول ابن تيمية:« ومفسدة الغرر أقل من الربا، ولذلك رخّص فيما تدعو إليه الحاجة

(1) انظر لسان العرب، مادة جهل.

(2) شهاب الدين القرافي، أنوار البروق في أنواق الفروق المشهور ب (الفروق) (بيروت: عالم الكتب، د.ت) ج:3، ص:270.

(3) محمد بن أبي بكر ابن القيم، زاد المعاد في هدي خير العباد،(بيروت: مؤسسة الرسالة، 1994م) ط27 ج: 5، ص: 727.

(4) محمد بن احمد ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، (القاهرة: دار الحديث، 2004م) ط1. ج:3، ص:176.

منـه » [1].

أولاً: معيار الغرر اليسير.

قـرر الفقهـاء أن مـا لا حـدّ لـه لغـة ولا شـرعاً فتقديـره يرجـع فيـه للعـرف.[2] ونظيـر ذلـك مـا يحصـل بـه القبـض، والتفـرق عـن المجلـس، وإحيـاء المـوات [3]، ومـا يتحقـق بـه الإيجـاب والقبـول.

وقـد وضـع الدسـوقي فـي حاشـيته معيـارا للغـرر اليسـير بأنـه:« مـا مـن شـأن النـاس التسـامح فيـه » [4] وهـو معيـار يرجـع إلـى عـرف النـاس، و هـو معيـار زكاه السـنهوري فـي مصـادر الحق لمرونتـه فقـال:« الواجـب يقتضينـا أن نسـجل هنـا للفقـه الإسـلامي حسـنة مـن حسـناته الكبـرى، فهـو قـد اتخـذ للغـرر معاييـر مرنـة، أمكـن معهـا تغايـر الحلـول عنـد تفـاوت الظـروف واختـلاف الملابسـات، فيسـتطيع الفقـه الإسـلامي مـن وراء هـذه المعاييـر مسـايرة الحضـارات المتطـورة فـي العصـر » [5]

وقد رجح هذا الاتجاه أيضا د. ياسين درادكة[6] والدكتور الصديق الضرير [7]

ثانياً: معيار تحديد الغرر اليسير والكبير منوط بأهل الخبرة.

ذكـر ابـن القيـم فـي كتابـه إعـلام الموقعيـن معلقـاً علـى مسـارعة بعـض الفقهـاء بالحكـم أن هـذا العقـد فيـه غـرر وجهالـة بقولـه:« إنّ هـذا ليـس حـظ الفقيـه، ولا هـو مـن شـأنه، وإنمـا هـو مـن شـأن أهـل الخبـرة بذلـك[8]، فـإن عـدوه قمـاراً أو غـرراً فهـم أعلـم بذلـك، وإنمـا حـظ الفقيـه أن يحـل كـذا لأن الله أباحـه، ويحـرم كـذا لأن الله حرمـه. أَمَّـا أَنْ يَـرَى هَـذَا خَطَـرًا وَقِمَـارًا أَوْ غَـرَرًا

(1) أحمد بن عبد الحليم ابن تيمية، مجموع الفتاوى، (بيروت: دار الكتب العلمية، 1987) ج:29، ص: 25.

(2) انظر محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج،(مصر: مطبعة البابي الحلبي، 1958م)ط1، ج:2، ص:45. و عبد الله ابن قدامة، المغني، (بيروت: دار الكتاب العربي، 1972م) ط1، ج:4، ص:7.
وابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج: 29، ص: 227. وعبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي (بيروت: دار إحياء التراث، د.ت) ط1، ج:1، ص: 51.

(3) انظر محمد يونس عمر البيرقدار، عقد الصيانة في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة الكويت 2002م، (الكويت: شركة شورى للاستشارات الشرعية، 2014م) ط1، ص: 120.

(4) محمد بن أحمد الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير(بيروت، دار الفكر، د.ت) ج: 3، ص: 60.

(5) السنهوري، مصادر الحق، ج: 3، ص:51.

(6) ياسين درادكة، نظرية الغرر في الشريعة الإسلامية، ص:100.

(7) الصديق الضرير، الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، ص: 593.

(8) وغني عن القول أن أهل الخبرة هم من جمعوا بين المعرفة الفنية إضافة إلى المعرفة الشرعية.

فَلَيْسَ مِنْ شَأْنِهِ بَلْ أَرْبَابُهُ أَخْبَرُ بِهَذَا مِنْهُ، وَالْمَرْجِعُ إِلَيْهِمْ فِيهِ، كَمَا يَرْجِعُ إِلَيْهِمْ فِي كَوْنِ هَذَا الْوَصْفِ عَيْبًا أَمْ لَا، وَكَوْنِ هَذَا الْبَيْعِ مُرْبِحًا أَمْ لَا، وَكَوْنِ هَذِهِ السِّلْعَةِ نَافِقَةً فِي وَقْتِ كَذَا وَبَلَدِ كَذَا، وَنَحْوِ ذَلِكَ مِنْ الْأَوْصَافِ الْحِسِّيَّةِ، وَالْأُمُورِ الْعُرْفِيَّةِ».[1]

وعليه فأهل كل فن أقدر على تحقيق مناط الغرر من عدمه، وتحديد قليله من كثيره، ولعل علة تحريم بيع الغرر تنبىء لنا عن مقدار الغرر الكبير، فإن كان الغرر عرفا يؤدي إلى نزاع فهو من الغرر الكبير، وإن لم يؤدِ إلى النزاع في العرف فالغرر يسير.

ثالثاً: رتبة وعلة الغرر في المنهيات.

اعتبر الأبياري [2] نهي الشارع عن الغرر في العقود إنما هو من مكملات الحاجي قائلا:« إنه تكملة لها لما يتوقع من خصام ونزاع، ونفي جميع الغرر يضيق أبواب المعاملات ويحسم جهات المعاوضات، والتكميلات إنما تراعى إذا لم يفضِ اعتبارها إلى إبطال المهمات، فإن أفضى إلى ذلك وجب الإعراض عن التتمة تحصيلاً للأمر المهم، فوجب المسامحة في الأغرار التي لا انفكاك عنها مع يسارة ما يفوت، وبين اليسير والكثير فروع تجاذب العلماء النظر فيها، فمن مائل إلى جانب العفو، ومن مائل إلى جانب المنع » [3] وقد أيّد ذلك الشيخ بن بيه في مقاصد المعاملات ومراصد الواقعات [4]، وبالتالي فرتبة النهي عن الغرر في العقود تقع في دائرة مكملات الحاجي، ولذلك أجاز الفقهاء كثيراً من العقود التي تشتمل على الغرر اليسير لئلا يعود المكمل على أصله بالإبطال، وبالتالي إذا تعارض الحاجي مع مكمله (النهي عن الغرر) يقدم الحاجي، وهذه النظرة المقاصدية تكشف لنا رتبة الغرر في الميزان المقاصدي مرشدة إلى فقه الموازنات والأولويات تجلية للفقه التطبيقي الواقعي.

---

(1) ابن القيم، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج4، ص4.

(2) أبو الحسن علي بن إسماعيل الأبياري، شمس الدين، فقيهٌ مالكي، وأصوليٌّ مبرِّز، من مؤلفاته: التحقيق والبيان في شرح البرهان في أصول الفقه، وسفينة النجاة في التصوف والسلوك، وغيرهما، توفي بمصر سنة (618 هـ). ينظر ترجمته في: إبراهيم بن علي ابن فرحون، الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب،(بيروت، دار الكتب العلمية، د.ت) ج:2، ص: 110.

(3) نقل النص الشيخ عبد الله بن بيه في كتابه مقاصد المعاملات ومراصد الواقعات (لندن، مؤسسة الفرقان للتراث الإسلامي، 2013) ط3، ص: 84. والنص موجود في كتاب الضياء اللامع شرح جمع الجوامع في أصول الفقه للشيخ حلولو، أحمد بن عبد الرحمن الزليطني القروي المالكي ت 898ه، وهذه النسخة قديمة من مطبوعات فاس لم يتيسر الاطلاع عليها، ويوجد جزء من النسخة محققه من مطبوعات الرشد، وهو عبارة عن مجلدين فقط الرياض تحقيق د. عبد الكريم النملة، (الرياض، مكتبة الرشد، 1999م) ط2، ولم يوجد فيها النص المذكور.

(4) عبد الله بن بيه، مقاصد المعاملات ومراصد الواقعات (لندن، مؤسسة الفرقان للتراث الإسلامي، 2013) ط3، ص: 84.

المطلب الثالث: الغرر في التأمين التجاري.

انتقد السنهوري تعريف القوانين العربية لعقد التأمين التجاري والذي جاء تعريفه بأنه « عقد يلتزم به المؤمِّن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمَّن له، أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغًا من المال، أو إيرادًا مرتبًا، أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث، أو تحقق الخطر المبين بالعقد، وذلك في نظير قسط، أو آية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمَّن له للمؤمِّن»[1]

وقد انتقد التعريف بقوله:« التعريف على هذا النحو يصلح تعريفًا وافيًا لعقد التأمين من أحد جانبيه، جانب العلاقة ما بين المؤمن والمؤمن له، ولكن للتأمين جانبًا آخر، ولا يمكن فهم التأمين على الوجه الصحيح دون أن يوضع هذا الجانب محل الاعتبار الأول، فشركة التأمين لا تبرم عقد التأمين مع مؤمن له واحد، أو مع عدد قليل من المؤمن لهم، ولو أنها فعلت لكان عقد التأمين مقامرة، أو رهانًا، ولكان عقدًا غير مشروع، إذ تكون الشركة قد تعاقدت مع مؤمن له، على أنه إذا احترق منزله مثلاً – في التأمين على الحريق – دفعت له قيمته، وإذا لم يحترق كان مقابل التأمين الذي دفعه المؤمن له حقًا خالصًا لها، وهذا هو الرهان بعينه، ولكن الشركة تتعاقد مع عدد كبير من المؤمن لهم، وتتقاضى من كل منهم مقابلاً، ومن مجموع ما تتقاضاه من هؤلاء جميعًا تعوض العدد القليل الذين تحترق منازلهم، فيفي ما تتقاضاه من المؤمن لهم بما تدفعه من التعويض لبعضهم؛ لأنها تحسب مقابل التأمين على أساس فني مستمد من الإحصاء،، فالتأمين إذا نظرنا إليه من الجانب الآخر، وهو العلاقة ما بين الشركة ومجموع المؤمن لهم، لا يحمل طابع المقامرة، أو الرهان، والشركة إذا حددت مقابل التأمين تحديدًا دقيقًا على الأسس الفنية الصحيحة، وأحسنت إدارة أعمالها، لا تتعرض لخطر يزيد على الخطر الذي تتحمله الشركات عادة في أعمال التجارة الأخرى غير أعمال التأمين، فالمؤمن لهم وجميعهم معرضون لخطر واحد يتحقق في العادة بالنسبة إلى عدد قليل منهم، ولا يتحقق بالنسبة إلى الغالبية العظمى، يتعاونون جميعًا في تعويض العدد القليل منهم الذين يتحقق الخطر بالنسبة إليهم، لا يتحمل هؤلاء الأخيرون الخسارة وحدهم، وبذلك يكفل التأمين للجميع توزيع الخسارة عليهم، فلا يخسر أي منهم، إلا مقابل التأمين الذي دفعه.[2]

هذه النظرة الجديدة لطبيعة العقد الناتجة من الوظيفة التي يؤديها نظام التأمين جعلته يعرفه على النحو التالي: «تعاون منظم تنظيمًا دقيقًا بين عدد كبير من الناس معرضين

(1) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، (بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، 2000) ط1، م: 7، ج: 2، ص: 1084.

(2) المرجع السابق ص: 1086–1087.

جميعًا لخطر واحد، حتى إذا تحقق الخطر بالنسبة إلى بعضهم، تعاون الجميع في مواجهته بتضحية قليلة يبذلها كل منهم، يتلافون بها أضرارًا جسيمة تحيق بمن نزل الخطر به منهم»[1]

وقد عرفه الشيخ الزرقا وفقاً للنظرية العامة عند علماء القانون:« نظام تعاقدي يقوم على أساس المعاوضة، غايته التعاون على ترميم المخاطر الطارئة بواسطة هيئات منظمة تزاول عقوده بصورة فنية قائمة على أسس وقواعد إحصائية » [2]

وقد أيد هذه النظرة جملة من المعاصرين[3] منهم الشيخ دبيان الدبيان في موسوعته فقد ذهب إلى أن النظرة الكلية لعقد التأمين يجب أن تبقى حاضرة كالنظرة الكلية للشركات المساهمة، فالشركات المساهمة وإن كان العقد بين الشركة وبين المساهم على انفراد، إلا أن الشركة لا تنظر إلى عقد المساهم وحده، بل تنظر إلى مجموعة المساهمين، فإذا توفر لها العدد الذي يكفي للقيام برأس المال مضت في تنفيذ عقد الشركة، وإلا حلت الشركة. وبناء عليه ؛ فلا يمكن أن ينكر أحد أن شركات التأمين لم تقبل الدخول في هذا العقد إلا بعد أن توفر لها مجموعة من المستأمنين، وإذا كان الشأن كذلك أصبح مجموع المؤمن لهم مقصودًا في الدخول في العقد، وقبول الالتزام به.[4]

ويرى السنهوري والزرقا انتفاء الغرر في عقود التامين، فالبنسبة لطالب التأمين فإنه يدفع مقابلا يسيرا جراء المنفعة المتولدة من التأمين.

فوجود الالتزام من قبل المؤمن بالضمان يعتبر قوة دافعة له للاتجار والمخاطرة، وقوة رافعة من التعثر، وسواء حصل الخطر له أو لم يحصل، فالأمر سيان عنده؛ لأن بضاعته والذي هو حريص على سلامتها، قدُضمن له سلامتها، وذلك بدفع مثلها إن تلفت، أو إتمامها إن نقصت.

ويرى الشيخ الزرقا أن عقد التأمين هو الذي يزيل حالة الغرر من الوضع الاقتصادي للأشخاص، فعقد التأمين يخرج التاجر من دائرة الغرر والخطر كليا ؛ لأن ثروته تبقى ثابتة ومعلومة، ولا تتردد بين زيادة ونقصان كبير نتيجة تعرضها للتلف، أو بين بقاء وعدم، فالغرر هو في عدم التأمين وليس في التأمين بالنسبة إلى ثروة الإنسان.[5]

(1) السنهوري، الوسيط م: 7، ج:2، ص: 1080.

(2) مصطفى الزرقا، نظام التأمين حقيقته والرأي الشرعي فيه، (بيروت: مؤسسة الرسالة، 1984) ط1، ص:19.

(3) منهم الزرقا وعلي الخفيف وغيرهم.

(4) انظر دبيان الدبيان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، ج:4، ص: 174.

(5) الزرقا، نظام التأمين، ص:164.

ويقول محمد حسن آل الشيخ:« التأمين ليس معاوضة بين ماليين حتى يسأل كونه مجهولاً أم لا، فالأقساط التي يدفعها المستأمن تقابل الأمن الذي يحصل عليه، والمال الذي يدفعه المؤمن ليس عوضاً في المعاملة بل العوض هو نفس التأمين.»[1]

ويرى د. رفيق المصري أنه لا فرق بين اعتبار الأمان محلاً للعقد أو باعثاً له خاصة أن الأمور المعنوية كالحقوق الفكرية أصبح لها قيمة مالية، ويعتاض عنها في عصرنا الحاضر بمبالغ كبيرة، والأمان يعتبر من هذا القبيل.[2]

أما في حق المؤمن فشركات التأمين لا تقبل التأمين على الأمور التي لا تخضع للإحصاء الفني، فالمحاصيل الزراعية لا تقبل شركات التأمين أن تؤمن عليها، لأن الآفات والنقص التي تتعرض لها المحاصيل الزراعية لا يخضع للحساب الفني الدقيق. وإذا انتفى الغرر في حق المستأمن، وفي حق شركات التأمين انتفى الغرر عن مجموع العاقدين.[3].

وهناك من العلماء من يقر بوجود الغرر في عقد التأمين، ولكن هذا الغرر يغتفر كونه يسيرا، ومنهم من يرى أنه غرر كبير، والحاجة العامة تبيحه كما سنفصل لاحقاً في المبحث القادم.

المطلب الرابع: شواهد فقهية واجتهادية على صحة العقود التي يعتريها شيء من الجهالة والغرر.

قرر الفقهاء مشروعية العديد من العقود على الرغم من أن المعقود عليه –عملاً كان أم عيناً– يعتريه قدر من الجهالة في مقداره، إلا أنها من الجهالة التي تزول أو تصبح يسيرة بالحساب والخبرة والمشاهدة كما قرر كثير من الفقهاء، ومن ذلك:

1. ذهب المالكية إلى جواز التعاقد بالمؤاجرة على تعليم القرآن الكريم، ولو شرط على المعلم أن يصل بالمتعلم إلى الحذق[4]، مع أن القياس أن لا تصح الإجارة ؛ لأن قدر الأعمال المتعاقد عليها مجهول لتفاوت الأفراد في الذكاء والبلادة.

(1) انظر محمد حسن آل الشيخ، بحث عقد التأمين التجاري للتعويض عن الضرر حقيقته وحكمه، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، شوال 2011، العدد: 8، ص: 284.

(2) انظر رفيق المصري، الخطر والتأمين، ص:68.

(3) انظر دبيان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، ج: 4، ص:144. وانظر السنهوري، الوسيط، م: 7، ج:2، ص: 1086 والزرقا، نظام التأمين، ص:162.

(4) انظر الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج: 4، ص:16–17.

2. ذهب الشافعية [1]والحنابلة [2]إلى عدم جواز بيع المغيبات في الأرض قبل قلعها ؛ لأنها مجهولة لم تر ولم توصف، بينما ذهب المالكية [3] والحنفية[4] وابن تيمية[5] وابن القيم [6]إلى جواز بيعها قبل قلعها، كالبصل والثوم والجزر ونحوها بشرط أن يرى المشتري ظاهرها، وأن يحزر إجمالاً، وأضاف المالكية شرط أن يقلع بعضه ليرى فإنه إن حصل ذلك لم يكن المبيع مجهولاَ، لأن هذه هي طرق معرفته.

وقد علل ابن تيمية ذلك بأن أهل الخبرة يستدلون برؤية ورق هذه المدفونات على حقيقتها، والمرجع في كل شيء إلى أهل الخبرة، وهم يقرون بأنهم يعرفون هذه الأشياء كما يعرف غيرها مما اتفق المسلمون على جواز بيعه.[7]

3. إن من ضوابط الغرر الفاحش أو الجهالة الفاحشة التي قررها الفقهاء، الإفضاء إلى النزاع الذي يمتنع معه تحقق المقصود من العقد، وعليه فما لم يفضِ الغرر والجهالة إلى النزاع في العادة، دل ذلك على أنهما ليس فاحشين ولا غالبين على العقد ؛ لأن ما كان فاحشاً أفضى إلى النزاع غالباً.

يقول العلامة أحمد ابراهيم بك:«والجهالة ليست بمانعة لذاتها، بل لكونها مفضية إلى النزاع... وقال في الحاشية:« وهذا أصل مهم ينبغي التعويل عليه في الأحكام، فإن به حل كثير من المشكلات: وليعلم أن أحكام المعاملات الشرعية مبنية على أصلين عادلين الأول: منع كل ما فيه ظلم وأكل لأموال الناس بالباطل، والثاني: منع كل ما يؤدي إلى الاختلاف والنزاع بسبب الجهالة ؛ فإذا انتفى ما يؤدي إلى الظلم والنزاع بسبب الجهالة صح التعامل، والعرف أصل عظيم يرجع إليه في ذلك بعد الشرع»[8].

(1) انظر النووي، المجموع، ج: 9، ص: 288.

(2) انظر ابن قدامة، المغني والشرح الكبير،ج: 4، ص:109.

(3) انظر الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج: 3، ص:186.

(4) انظر الكاساني، بدائع الصنائع، ج 6، ص:611.

(5) أحمد ابن تيمية، القواعد النورانية، تحقيق محمد حامد الفقي، (بيروت: دار المعرفة، 1979م)، ص:123.

(6) محمد بن ابي بكر ابن القيم، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق محمد عبد السلام ابراهيم،(بيروت، دار الكتب العلمية، 1991م) ط1، ج:4، ص:2–3.

(7) ابن تيمية، القواعد النورانية، ص:123 – 125.

(8) انظر أحمد ابراهيم بك، المعاملات الشرعية المالية، تحقيق د. عبد الفتاح أبو غدة، من مصورات عبد الرحمن النجدي، الكتاب متوافر على com.moswarat.www ص:163.

فالنهي في الحديث عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها [1] منبعث من واقع الخصومة التي كانت تقع بينهم، وليس من مجرد حصول الخصومة، والجهالة في بيع الثمار قبل بدو صلاحها جهالة فاحشة، إذ إنها قد تتلف كلياً بسبب الجوائح، ولذا منعه الرسول –صلى الله عليه وسلم–.

أما بالنسبة لعقود التأمين، فالناس يتعاملون بها في مختلف المجالات، وترصد لها الشركات بناء على القانون مبالغ طائلة دون أن يثور نزاع يمنع تحقق المقصود من العقد، فالخصومة والنزاع ليسا واقع المتعاقدين بعقود التأمين، بل إن ما قد يحصل من نزاع إنما هو قليل ونادر، والنادر لا حكم له.

يقول الأستاذ علي الخفيف: «وما يظن أن الناس يتعارفون عقدًا يحوي غررًا يؤدي إلى نزاعهم، ثم يشيع بينهم، ولا يتركونه؛ إذ المقبول أنهم إذا تعاملوا به، فتنازعوا، تركوه»[2]

ويؤكد على ذلك الشيخ عبد الله آل محمود:« فالجهالة في عقد التأمين لا تفضي إلى نزال مطلقاً لتوطين الشركة أمرها في عقدها على التزام الضمان بالغاً ما بلغ، فلا تحسّ بدفع ما يلزمها من الغرامة في جنب ما تتحصل عليه من الأرباح » [3]

المبحث الثاني: أثر الحاجة الفقهية في عقد التأمين التجاري.

من خلال جملة ما سبق يتبين لنا أن وجود الغرر في العقود ليس مبطلاً لها دوماً، فالشارع رخص فيه إن كان يسيراً أو إذا دعت إليه الحاجة كما في تعبير ابن تيمية [4]. وبالتالي نستطيع أن نقول إنَّ محور الاستدلال يكمن في الاستناد إلى الحاجة لرفع الحرج والمشقة، والسؤال الذي يتطلب الإجابة ما معنى الحاجة و ما أنواعها؟ وما الفرق بينها وبين الضرورة؟ وما حدود العمل بالحاجة؟ وما الأحكام التي تتأثر بالحاجة الفقهية؟ وكل هذه الأسئلة من الأهمية بمكان لتأطير أصل الحاجة في تنزيل واستنباط الأحكام.

المطلب الأول: مفهوم الضرورة والحاجة عند الفقهاء والأصوليين.

بحث الشيخ بن بيه هذه المسألة بتفصيل وتحرير طيب، واستعرض استعمال الفقهاء

(1) البخاري، صحيح البخاري، تحقيق محمد زهير بن ناصر، تعليق وشرح مصطفى البغا، (دار طوق النجاة، 1422ه) ط1، كتاب: البيع، باب: بيع الثمار قبل بدو صلاحها، رقم 2193، ج:3، ص:76.

(2) التأمين للأستاذ علي الخفيف ص: 8–9 بحث مطبوع على الآلة الكاتبة، نقلًا من كتاب الصديق محمد الأمين الضرير، الغرر وأثره في العقود، ص: 656.

(3) آل محمود، الرسائل، ج: 4، ص:48.

(4) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج:29، ص:25.

والأصوليين لكلا المصطلحين، وبين أن الضرورة لها معنى فقهي وأصولي، فالضرورة في المصطلح الفقهي لها إطلاقان ؛ أحدهما: ضرورة بالمعنى الأخص وهي ضرورة قصوى تبيح المحرم، وقد عرفها السيوطي بقوله:« فالضرورة بلوغه حدا إن لم يتناول الممنوع هلك أو قارب وهذا يبيح تناول المحرم » [1]

والثاني: ضرورة بالمعنى الأعم: وهي المعبر عنها بالحاجة [2] والتي لا تؤدي إلى الهلاك وإنما إلى الضيق والمشقة، أما الضرورة بالمعنى الأصولي فهي: الكلي المعبرّ عنه بالضروري لأنه من ضروريات سياسة العالم وبقائه وانتظام أحواله وَهُوَ مَا عُرِفَ الْتِفَاتُ الشَّرْعِ إِلَيْهِ وَالْعِنَايَةُ بِهِ كَالضَّرُورِيَّاتِ الْخَمْسِ حسب عبارة الطوفي [3]

أما مفهوم الحاجة فتنقسم في الاصطلاح إلى قسمين: حاجة عامة (الحاجة الأصولية) وحاجة خاصة (الحاجة الفقهية).

فالحاجة العامة هي الحاجة التي تكلم عنها الأصوليون عندما تحدثوا عن مقاصد الشارع في الحفاظ على المراتب الثلاث لمصالح الخلق وهي الضروريات والحاجيات والتحسينات، وقد عرفها الشاطبي بقوله:« أَمَّا الْحَاجِيَّاتُ، فَمَعْنَاهَا أَنَّهَا مُفْتَقَرٌ إِلَيْهَا مِنْ حَيْثُ التَّوْسِعَةِ وَرَفْعِ الضِّيقِ الْمُؤَدِّي فِي الْغَالِبِ إِلَى الْحَرَجِ وَالْمَشَقَّةِ اللَّاحِقَةِ بِفَوْتِ الْمَطْلُوبِ، فَإِذَا لم تراع دخل علتى الْمُكَلَّفِينَ– عَلَى الْجُمْلَةِ– الْحَرَجُ وَالْمَشَقَّةُ، وَلَكِنَّهُ لَا يَبْلُغُ مَبْلَغَ الْفَسَادِ الْعَادِيِّ الْمُتَوَقَّعِ فِي الْمَصَالِحِ الْعَامَّةِ.»[4]

ويلاحظ أن الحاجة الأصولية جاءت نصوص شرعية تبيح ما يرفع الحرج والمشقة وإن خالفت القواعد العامة والقياس مراعاة لمقصد الشارع من رفع الحرج والمشقة، وبالتالي الحاجة ثبتت بنصوص تشريعية مثل جواز الإجارة، وبيع السلم، الحوالة وغيرها.

(1) جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر، (بيروت: دار الكتب العلمية، 1990) ط1، ج:1، ص:85.

(2) ذكر بن بيه مجموعة من النصوص تبين إطلاق العلماء لفظ الضرورة على الحاجة، وقال: وإنما استخدمها الفقهاء بهذا المعنى لأن الضرورة من باب الكلي المشكك (الكلي المشكك عند المناطقة: هو ما تفاوتت أفراده شدة وضعفا كالبياض، فبياض الثلج أشد من بياض العاج، وهذا بخلاف المتواطىء وهو الذي اتحد معناه في أفراده كالإنسان)، فالشدة والضيق إذا افضت إلى هلاك فهي الضرورة، وإن لم تفض إلى الهلاك وإنما إلى المشقة والحرج فهي الحاجة. انظر عبد الله محجوب بن بيه، صناعة الفتوى وفقه الأقَليات (الرباط: مركز الدراسات والأبحاث وإحياء التراث 2012م) ط1، ص: 263.

(3) نجم الدين الطوفي،شرح مختصر الروضة، تحقيق عبد الله التركي، (بيروت: مؤسسة الرسالة، 1987م) ط1،ج:3، ص:209.

(4) ابراهيم بن موسى الشاطبي،الموافقات، تحقيق مشهور حسن،(دار ابن عفان، 1997م) ط1،ج: 2، ص:21.

أما القسم الثاني: الحاجة الفقهية الخاصة.

الحاجة الفقهية:« الافتقار إلى الشيء لأجل التوسعة ورفع الضيق والمشقة، مما يخالف الأدلة أو القواعد الشرعية » [1].

فالحاجة الفقهية هي مرتبة من المشقة فوق المعتادة تلحق بالمكلف، ولم يدل دليل خاص على اعتبارها، وللخروج منها يستلزم مخالفة القواعد الشرعية، وهذه المرتبة من المشقة يجري الاجتهاد في مدى اعتبارها.

المطلب الثاني:الفرق بين الحاجة الفقهية الخاصة والضرورة الفقهية.

أدّق من لخص لنا الفروق هو الشيخ ابن بيه – بعد استقراء موسع – ويمكن تجلية الفروقات في ثلاث مراتب:

1. مرتبة المشقة: فإن الضرورة في المرتبة القصوى من المشقّة أو من الأهمية، والحاجة في مرتبة متوسطة. فباعث الضرورة الإلجاء، وباعث الحاجة التيسير ورفع الحرج[2]
2. مرتبة النهي: النهي الذي تختص الضرورة برفعه هو نهي قوي يقع في أعلى درجات النهي ؛لأن مفسدته قوية أو لأنه يتضمن المفسدة فهو نهي المقاصد، بينما تواجه الحاجة نهياً أدنى مرتبة من ذلك ؛لأنه قد يكون نهي الوسائل، فالضرورة تجيز المحرم لذاته والمحرم لغيره، بينما الحاجة لا تجيز إلا المحرم لغيره. يقول الشافعي:« الحاجة لا تُحق لأحدٍ أن يأخذ مال غيره » [3]
3. مرتبة الدليل: فإن الدليل الذي ترفع حكمه الضرورة قد يكون نصاً صريحاً من كتاب أو سنّة أو سواهما. أما الدليل الذي تتطرق إليه الحاجة فهو في الغالب عموم ضعيف يخصص، أو قياس لا يطرد في محل الحاجة، أو قاعدة يستثنى منها[4].

وقد انبنى على هذا التفريق قواعد فقهية عديدة تتعلق بالحاجة، منها قاعدة (ما حُرّم

(1) أحمد الرشيد، الحاجة وأثرها في الأحكام، (إشبيلية للنشر والتوزيع، 2008م). ط1،ص: 61.

(2) أحمد كافي، الحاجة الشرعية حدودها وقواعدها ص:43، وهذا الفرق يصدق أيضا على الحاجة بمعناها الأصولي.

(3) محمد بن أدريس الشافعي، الأم، (بيروت، دار المعرفة، 1990م) ط1، ج:2، ص:83.

(4) ابن بيه، صناعة الفتوى وفقه الأقليات بتصرف ص: 298.

سداً للذريعة أبيح للمصلحة الراجحة)[1].

ونظراً لأهمية هذه القاعدة ومدى أهميتها في النوازل المعاصرة ومنها عقد التأمين التجاري أفردها بمزيد بيان.

المطلب الثالث: قاعدة (ما حُرّم سداً للذريعة أبيح للمصلحة الراجحة).

وردت هذه القاعدة بصيغتين عند ابن القيم:

1. (ما حرّم تحريم الوسائل فإنه يباح للحاجة والمصلحة الراجحة)[2]
2. (ما حرّم لسدّ الذرائع فإنه يباح عند الحاجة والمصلحة الراجحة)[3]

وقد بيّن الدكتور قطب الريسوني أن العبارة الأكثر دقة هي الأولى (ما حرم سدا للذريعة فإنه يباح للمصلحة الراجحة)، وذلك لأن الحاجة هي مصلحة راجحة، ولأن الذريعة هي من الوسائل.[4]

ومعنى القاعدة أن الفعل المنهي عنه سداً للذريعة المفضية إلى الفساد يباح إذا تعلقت به الحاجة أو المصلحة الراجحة، والمراد بالحاجة هي الحاجة بمعناها الفقهي وهي المشقة التي تلحق المكلف عند ترك الفعل، ولا تبلغ حد التلف والهلاك، وإلا كانت ضرورة.

يقول الريسوني:« إنّ مبنى القاعدة على فقه الموازنة بين المصالح والمفاسد، فإذا عورضت مفسدة مرجوحة بمصلحة راجحة، فالعبرة بالراجح ؛ لأن صلاحه يغمر الفساد الواقع أو المتوقع، فلا يلتفت إلى الدفع ما دام الجلب أقوى من جهة الصلاح المحقق، وهو – في الحقيقة – الوجه الآخر لدفع الفساد الذي لا ينفك عن المصلحة يقيناً. والحق أن

(1) ذكر ابن تيمية هذه القاعدة بقوله:« مِنْ السَّلَفِ مَنْ جَوَّزَ التَّطَوُّعَ بَعْدَ الْعَصْرِ مُطْلَقًا وَاحْتَجُّوا بِحَدِيثِ عَائِشَةَ؛ لِأَنَّ النَّهْيَ عَنْ الصَّلَاةِ إنَّمَا كَانَ سَدًّا لِلذَّرِيعَةِ إلَى التَّشَبُّهِ بِالْكُفَّارِ وَمَا كَانَ مَنْهِيًّا عَنْهُ لِلذَّرِيعَةِ، فَإِنَّهُ يُفْعَلُ لِأَجْلِ الْمَصْلَحَةِ الرَّاجِحَةِ. » ابن تيمية، تقي الدين أحمد بن عبد الحليم، الفتاوى الكبرى، ج:2، ص:137.

(2) يقول ابن القيم:« يَحْرُمُ النَّظَرُ إلَى الْأَجْنَبِيَّةِ؛ لِأَنَّهُ وَسِيلَةٌ إلَى غَيْرِهِ، وَمَا حَرُمَ تَحْرِيمَ الْوَسَائِلِ فَإِنَّهُ يُبَاحُ لِلْحَاجَةِ، أَوِ الْمَصْلَحَةِ الرَّاجِحَةِ، كَمَا يُبَاحُ النَّظَرُ إلَى الْأَمَةِ الْمُسْتَامَةِ، وَالْمَخْطُوبَةِ، وَمَنْ شَهِدَ عَلَيْهَا، أَوْ يُعَامِلُهَا، أَوْ يَطْبُبُهَا». ابن القيم، محمد بن أبي بكر. زاد المعاد في هدي خير العباد، ج:2، ص:223.

(3) يقول ابن القيم:« تَحْرِيمُ الْحَرِيرِ إنَّمَا كَانَ سَدًّا لِلذَّرِيعَةِ، وَلِهَذَا أُبِيحَ لِلنِّسَاءِ وَلِلْحَاجَةِ وَالْمَصْلَحَةِ الرَّاجِحَةِ، وَهَذِهِ قَاعِدَةُ مَا حُرِّمَ لِسَدِّ الذَّرَائِعِ، فَإِنَّهُ يُبَاحُ عِنْدَ الْحَاجَةِ وَالْمَصْلَحَةِ الرَّاجِحَةِ كَمَا حَرُمَ النَّظَرُ سَدًّا لِذَرِيعَةِ الْفِعْلِ، وَأُبِيحَ مِنْهُ مَا تَدْعُو إلَيْهِ الْحَاجَةُ وَالْمَصْلَحَةُ الرَّاجِحَةُ، وَكَمَا حَرُمَ التَّنَفُّلُ بِالصَّلَاةِ فِي أَوْقَاتِ النَّهْيِ سَدًّا لِذَرِيعَةِ الْمُشَابَهَةِ الصُّورِيَّةِ بِعُبَّادِ الشَّمْسِ، وَأُبِيحَتْ لِلْمَصْلَحَةِ الرَّاجِحَةِ، وَكَمَا حَرُمَ رِبَا الْفَضْلِ سَدًّا لِذَرِيعَةِ رِبَا النَّسِيئَةِ، وَأُبِيحَ مِنْهُ مَا تَدْعُو إلَيْهِ الْحَاجَةُ مِنَ الْعَرَايَا.» ابن القيم، زاد المعاد في هدي خير العباد، ج:4، ص:223.

(4) قطب الريسوني،.قاعدة: ما حُرّم سداً للذريعة أبيح للمصلحة الراجحة دراسة تأصيلية تطبيقية، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، المجلد: 6، العدد 3:، اكتوبر 2009م، ص: 138.

الوسيلة إذا لم تتضمن مفسدة فحكمها الجواز من حيث ذاتها ؛ وإنما منعت لكونها وُصلة إلى المفسدة، فلما اعتبر رجحان المصلحة على المفسدة عاد الفعل إلى أصل الجواز.... إلى أن يقول: ما أحوجنا اليوم أن نفيد من هذه القاعدة في وزن كثير من حالات التوسل، ولا سيما أن بعض المتنطعين يطلق القول بحظر الوسائل الممنوعة مع تعلق الحاجة بها، واستيفاء المصلحة من جهتها، غافلا أو متغافلا عن أن فقه الموازنة يملي تبيّن خير الخيرين لجلبه أو تكميله، وتبين شر الشرين لدرئه أو تقليله، و إلا ضاعت مصالح الدين، وانتكست مقاصده في واقع الناس[1].

المطلب الرابع: أوجه ومظاهر الحاجة في عقد التأمين التجاري.

أولاً: وجه انطباق القاعدة على عقد التأمين التجاري:

إذا أردنا أن نمعن النظر عند تحرير أدلة جواز عقد التأمين التجاري ومدى استناده إلى الحاجة فإن هذه القاعدة تعدّ حجر أساس فيها، ذلك أن حرمة الغرر تعدّ من باب تحريم الوسائل التي تفضي إلى النزاع بين المتعاقدين، ولمّا كانت المصلحة راجحة بتحصيل النفع والمصلحة في العقد، ومفسدة الغرر مرجوحة، فالقول بالجواز يتوافق مع المصلحة الراجحة، كما أن عموم النهي عن الغرر عموم ضعيف بدليل تخصيصه بحديث العرايا والإجارة والمساقاة وغيرها كثير، وبالتالي ينطبق الغرر كمحل للنهي سدا للذريعة أو محلا للحرام لغيره القابل للإجازة حال تحصيل المصلحة الراجحة.

يقول ابن تيمية:« قَدْ أَبَاحَ الشَّارِعُ أَنْوَاعًا مِنْ الْغَرَرِ لِلْحَاجَةِ كَمَا أَبَاحَ اشْتِرَاطَ ثَمَرِ النَّخْلِ بَعْدَ التَّأْبِيرِ تَبَعًا لِلْأَصْلِ وَجَوَّزَ بَيْعَ الْمُجَازَفَةِ وَغَيْرِ ذَلِكَ. وَأَمَّا الرِّبَا فَلَمْ يُبَحْ مِنْهُ؛ وَلَكِنْ أَبَاحَ الْعُدُولَ عَنْ التَّقْدِيرِ بِالْكَيْلِ إلَى التَّقْدِيرِ بِالْخَرْصِ عِنْدَ الْحَاجَةِ كَمَا أَبَاحَ التَّيَمُّمَ عِنْدَ عَدَمِ الْمَاءِ لِلْحَاجَةِ؛ إذْ الْخَرْصُ تَقْدِيرٌ بِظَنِّ وَالْكَيْلُ تَقْدِيرٌ بِعِلْمِ. وَالْعُدُولُ عَنْ الْعِلْمِ إلَى الظَّنِّ عِنْدَ الْحَاجَةِ جَائِزٌ » [2]

ثانياً: ابتناء عقد التأمين التجاري على المصلحة المعتبرة والحاجة الملحة:

لا ريب أن الحاجة متعينة في عقد التأمين، ومن ثم وجب اغتفار ما قد يشتمل عليه من الغرر أو الجهالة، وإذا كانت عقود السلم والاستصناع والمزارعة والمضاربة ونحوها قد شرعت – على ما فيها من غرر أو جهالة –لأجل الحاجة إلى استنماء المال، فإن الحاجة للمحافظة على الصحة وعلى المال أولى، ومن ثم كان العفو عما في عقد التأمين من غرر

(1) قطب الريسوني، قاعدة: ما حُرّم سداً للذريعة أبيح للمصلحة الراجحة دراسة تأصيلية تطبيقية ص:140

(2) ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، ج:4، ص:471.

أو جهالة أولى.

يقول ابن تيمية:« إذَا كَانَتْ مَفْسَدَةُ بَيْعِ الْغَرَرِ هِيَ كَوْنُهُ مَطِيَّةُ الْعَدَاوَةِ وَالْبَغْضَاءِ وَأَكْلِ الْمَالِ بِالْبَاطِلِ فَمَعْلُومٌ أَنَّ هَذِهِ الْمَفْسَدَةَ إذَا عَارَضَهَا الْمَصْلَحَةُ الرَّاجِحَةُ قُدِّمَتْ عَلَيْهَا....»[1]

هذه المفاسد التى ساقها ابن تيمية في عقد الغرر من كونه مظنة العداوة والبغضاء، وأكل أموال الناس بالباطل إنما توجد في الغرر الكثير، وليس في الغرر اليسير أو التابع، ومع ذلك رأى ابن تيمية أن المصلحة الراجحة إذا عارضت تلك المفاسد فإنها مقدمة عليها.

ويقول ابن تيمية أيضًا: «والشارع لا يحرم ما يحتاج الناس إليه من البيع لأجل نوع من الغرر، بل يبيح ما يحتاج إليه من ذلك»[2].

وهذا يدل على أن المعاملة المالية قد يتنازعها موجبان: أحدهما يدعو إلى التحريم، وهو وجود الغرر، والآخر يدعو إلى الإباحة، وهو قيام الحاجة العامة الملحة، وتكون للأقوى منهما.

ويقول الشيخ الصديق الضرير في كتابه الغرر وأثره في العقود:

«يشترط لتأثير الغرر في العقد ألا يكون الناس في حاجة إلى ذلك العقد، فإن كانت هناك حاجة إلى العقد لم يؤثر الغرر مهما كانت صفة الغرر، وصفة العقد؛ لأن العقود كلها شرعت لحاجة الناس إليها، ومن مبادئ الشريعة العامة المجمع عليها، رفع الحرج {وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ} [الحج: 78]، ومما لا شك فيه أن منع الناس من العقود التي هم في حاجة إليها، يجعلهم في حرج، ولهذا كان من عدل الشارع، ورحمته بالناس، أن أباح لهم العقود التي يحتاجون إليها، ولو كان فيها غرر»[3]

يقول دبيان:« منع الناس من التأمين أشد ضررًا عليهم من وقوعهم في الغرر الموجود في التأمين، وذلك أن الغرر مفسدته محتملة، وليست حتمية، ومنع الناس من التأمين مع قيام حاجتهم إليه مفسدته قائمة، ولا تدفع المفسدة المتيقنة بالمفسدة المتوقعة.» [4]

ومن تتبع هدي التشريع يلاحظ أن الشريعة أخذت بعين الاعتبار إبان التأصيل حاجات الناس الواقعية التي تحقق مصالحهم، ومن أدلة ذلك ما جاء في الصحيحين من حديث

(1) ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، ج: 4، ص:31.

(2) ابن تيمية، الفتاوى الكبرى. ج: 29، ص: 227.

(3) الضرير، الغرر وأثره في العقود، ص:600

(4) الدبيان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، ج: 4، ص:177.

أبـي هريـرة قـال رسـول الله عـن مكـة: «:... لاَ يُخْتَلَـى شَـوْكُهَا، وَلاَ يُعْضَـدُ شَـجَرُهَا، وَلاَ تُلْتَقَـطُ سَـاقِطَتُهَا إِلَّا لِمُنْشِـدٍ، فَمَـنْ قُتِـلَ فَهُـوَ بِخَيْـرِ النَّظَرَيْـنِ: إِمَّـا أَنْ يُعْقَـلَ، وَإِمَّـا أَنْ يُقَـادَ أَهْـلُ القَتِيـلِ ». فَجَـاءَ رَجُـلٌ مِـنْ أَهْـلِ اليَمَـنِ فَقَـالَ: اكْتُـبْ لِـي يَـا رَسُـولَ اللَّهِ، فَقَـالَ: «اكْتُبُـوا لِأَبِـي فُـلاَنٍ». فَقَـالَ رَجُـلٌ مِـنْ قُرَيْـشٍ: إِلَّا الإِذْخِـرَ يَـا رَسُـولَ اللَّهِ، فَإِنَّـا نَجْعَلُـهُ فِـي بُيُوتِنَـا وَقُبُورِنَـا؟ فَقَـالَ النَّبِـيُّ صَلَّـى اللهُ عَلَيْـهِ وَسَـلَّمَ: «إِلَّا الإِذْخِـرَ إِلَّا الإِذْخِـرَ»[1] .

ولما نهى الشارع عن اقتناء الكلب رخص في كلب الحراسة والصيد والماشية[2].

فدل علـى أن الشـريعة قـد اعتبـرت حاجـة النـاس فـي الترخيـص لهـم، وإن كان فـي ذلـك مـا يدعـو إلـى التحريـم إذا كانـت حاجـة النـاس عامـة.

يقـول الشـاطبي فـي تأصيـل هـذا الاتجـاه:« إذا اسـتقرىء مَعْنًـى عَامًّـا مِـنْ أَدِلَّـةٍ خَاصَّـةٍ، وَاطَّـرَدَ لـه ذلـك المعنى؛لـمْ يَفْتَقِـرْ بَعْـدَ ذَلِـكَ إِلَـى دَلِيـلٍ خَـاصٍّ عَلَـى خُصُـوصِ نَازِلَـةٍ تَعِـنُّ، بَـلْ يَحْكُـمُ عَلَيْهَـا وَإِنْ كَانَـتْ خَاصَّـةً بِالدُّخُـولِ تَحْـتَ عُمُـومِ الْمَعْنَـى الْمُسْـتَقْرَى مِـنْ غَيْـرِ اعْتِبَـارٍ بِقِيَـاسٍ أَوْ غَيْـرِهِ؛ إِذْ صَـارَ مَـا اسْـتُقْرِئَ مِـنْ عُمُـومِ الْمَعْنَـى كَالْمَنْصُـوصِ بِصِيغَـةٍ عَامَّـةٍ » [3]

ويظهـر ذلـك جليًـا فـي عقـد الجعالـة، فـإن عقـد الجعالـة فيـه غـرر واضـح، فـإن قـول القائـل: مـن ردّ علـيّ بعيـري الشـارد فلـه كـذا، فالباحـث عنـه قـد يجـده، وقـد لا يجـده، وهـو غـرر فـي وجـوده، وهـو أشـد أنـواع الغـرر... وقـد يعمـل قليـلاً لمـدة قصيـرة ويسـتحق الجعـل، وقـد يعمـل كثيـراً، ولمـدة طويلـة، ومـع ذلـك لا يجـده، ولا يسـتحق الجعـل، وهـذا غـرر فـي أجلـه، وهـو غرر مؤثـر فـي بطـلان العقـد. وقـد يقـول القائـل: مـن وجـد سـيارتي المسـروقة فلـه عشـر قيمتهـا، فهـذا جائـز، ولـو لـم يعلـم الطرفـان قيمـة السـيارة، فالغـرر فـي الجعالـة غـرر فـي حصـول الشـيء، وغـرر فـي مقـدار العمـل، وغـرر فـي أجلـه، ولـم يمنـع هـذا الغـرر جـواز هـذه المعاملـة، لمـا كانـت الحاجـة قائمـة إلـى عقـد الجعالـة، وهـي مـن عقـود المعاوضـات، وليسـت مـن عقـود التبرعـات.[4]

المطلب الخامس: استحقاق الربح بسبب الضمان في عقد التأمين التجاري.

محـض الالتـزام مـن قبـل شـركة التأميـن فيـه منفعـة مقصـودة، ومصلحـة مشـروعة، والمنافع

(1) متفق عليه، أخرجه البخاري، كتاب: العلم، بابك كتاب العلم، رقم 112، ج1، ص33.، وأخرجه مسلم في صحيحه، كتاب: الحج، باب: تحريم مكة وصيدها وخلاها وشجرها ولقطتها، رقم 1355.

(2) متفق عليه، أخرجه البخاري في صحيحه كتاب:المزارعة، باب: اقتناء الكلب للحرث، رقم 2322، وأخرجه مسلم، كتاب: المساقاة، باب: الأمر بقتل الكلاب ونسخه، رقم: 1575.

(3) الشاطبي، الموافقات، ج:4، ص:64.

(4) انظر دبيان، الدبيان. المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، ج:4، ص:156.

تعدّ من الأموال، وقد أجاز الحنفية[1] والحنابلة[2] أخذ الربح مقابل الضمان، حيث أجازوا شركة الوجوه، وهي شركة على الذمم من غير صنعة ولا مال، حيث يتعاقد اثنان فأكثر بدون رأس مال على أن يشتريا نسيئة ويبيعا نقدًا، ويقتسما الربح بينهما بنسبة ضمانهما للثمن، ويتخرج على مذهبهم، أنه لو اشترك وجيه مع آخر على الضمان، والربح مناصفة، ولم يشتر الثاني، ولم يبع شيئاً، فإنه يستحق الربح لمجرد الضمان (الذي هو مجرد التزام مال في الذمة) بدون بذل مال، أو عمل [3] وقد جاء في مجلة الأحكام العدلية «استحقاق الربح في الوجوه إنما هو بالضمان»[4]. وبالتالي فإن إجازة فقهاء الحنفية والحنابلة شركة الوجوه بناء على حاجة الناس إليها، ولم يروا مانعا من استحقاق الوجيه المال بسبب التزامه الضمان.

وقد ورد في الحديث عَنْ عَائِشَةَ قَالَتْ: « قَضَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: أَنَّ الْخَرَاجَ بِالضَّمَانِ »[5]

وهذه القاعدة الفقهية هي في أصلها حديث صحيح وتعدّ دليلا صريحاً على أن الضمان له قيمة مالية، قال السندي في شرحه للحديث: الْخراج بِالْفَتْحِ أُرِيد بِهِ مَا يخرج وَيحصل من غلَّة الْعين الْمُشْتَرَاة عبدا كَانَ أَو غَيره وَذَلِكَ بَان يَشْتَرِيَهُ فَيَسْتَغِلَّهُ زَمَانًا ثُمَّ يَعْثُرَ مِنْهُ عَلَى عيب كَانَ فِيهِ عِنْد البَائِع فَلَهُ رَدُّ الْعَيْنِ الْمَبِيعَةِ وَأَخْذُ الثَّمَنِ، وَيَكُونُ لِلْمُشْتَرِي مَا استغله؛ لِأَن الْمَبِيع لَو تَلِفَ فِي يَدِهِ لَكَانَ فِي ضَمَانِهِ وَلَمْ يَكُنْ لَهُ عَلَى الْبَائِع شَيْءٌ، وَالْبَاءُ فِي قَوْله بِالضَّمَانِ مُتَعَلِّقَةٌ بِمَحْذُوفٍ تَقْدِيرُهُ الْخَرَاجُ مُسْتَحَقٌّ بِالضَّمَانِ أَي بِسَبَبِهِ، أَي ضَمَان الأَصْل سَبَب لملك خراجه [6].

يقول دبيان: « إن الفقهاء المتقدمين عندما منعوا أخذ العوض على الضمان إنما منعوه في باب ضمان الديون، وهو الذي قد يؤدي إلى الربا باعتبار أن المضمون قد يعجز عن السداد، فيقوم الضامن بالسداد عنه، ويكون العوض حينئذ من قبيل القرض الذي جر نفعًا

(1) انظر علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع، ج:6، ص:57.

(2) انظر ابن قدامة، المغني، ج: 5، ص:23.

(3) انظر دبيان، الدبيان. المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، ج:4، ص:156.

(4) مجلة الأحكام العدلية، تحقيق نجيب هواويني، (كراتشي، كارخانة تجارت كتب، د.ت) المادة 1400، ج:1، ص:270.

(5) الترمذي، سنن الترمذي، كتاب: البيوع، باب: ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد به عيباً، رقم: 1285، ج:3، ص:573. قال الترمذي: هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ، وَقَدْ رُوِيَ هَذَا الحَدِيثُ مِنْ غَيْرِ هَذَا الوَجْهِ، وَالعَمَلُ عَلَى هَذَا عِنْدَ أَهْلِ العِلْمِ.

(6) انظر محمد عبد الهادي السندي، حاشية السندي على سنن النسائي، (حلب: مكتبة المطبوعات الإسلامية، 1986) ط5، ج:7، ص: 255.

للمقرض وحده، فهذا هو الضمان الذي حرم العلماء أخذ العوض عليه، وليس الضمان في التأمين من هذا النوع؛ لأنه ليس فيه مدين أصلاً، وإنما فيه التزام بجبر الضرر مقابل عوض مالي، والتزام مثل هذا لا يوقع في الربا.

لهذا لا أرى مانعًا من أخذ العوض على الضمان إذا لم يترتب على ذلك محذور شرعي، وإذا ترتب على ذلك محذور شرعي منع لا من أجل الضمان، ولكن لأن المعاملة تؤدي إلى الوقوع في ذلك المحذور مثله تمامًا سائر المعاملات المباحة إذا ترتب عليها محذور شرعي منعت » [1]

وقد ذهب الشيخ الزرقا إلى أن الطريقة الاستراباحية في التأمين لا يوجد ما يمنع منها شرعاً ؛ لأنها من مقتضيات انتشار النظام على نطاق واسع، ومن المقرر شرعاً أن من يتفرغ للعمل لمصلحة غيره يستحق أن يأخذ أجراً من هذا العمل الذي تفرغ له، حتى وصي اليتيم ومتولي الوقف.[2] فقد اعتبر ما تقوم به شركة التأمين من قبيل العمل الذي هو سبب في استحقاق الأجر.

ويرى الشيخ عبد الله بن زيد آل محمود صحة الضمان عن المجهول وعما لا يجب، ويقول: ليس عندنا ما يمنع بذل المال في التزام الضمان [3]. ونقل ما يدل على ذلك كما في المغني: «ويصح ضمان الجنايات سواء أكانت نقوداً كقيم المتلفات أو نفوساً كالديات؛ لأن جهل ذلك لا يمنع وجوبه بالإتلاف فلم يمنع جوازه بالالتزام.. ولا يشترط معرفة الضامن للمضمون عنه، ولا علمه بالمضمون به لصحة ضمان ما لم يجب»[4]

المطلب السادس: شواهد اجتهادية في الاستناد إلى الحاجة الفقهية.

1. منهج المالكية في التوسع في بناء الفروع الاجتهادية على الحاجي الكلي:

أصّل الشاطبي هذا المفهوم الحاجيّ واضعاً إياه في إطاره الأصولي كما في كتابه الموافقات:« مِمَّا يَنْبَنِي عَلَى هَذَا الْأَصْلِ قَاعِدَةُ الِاسْتِحْسَانِ، وهو –في مذهب مالِكٍ– الْأَخْذُ بِمَصْلَحَةٍ جُزْئِيَّةٍ فِي مُقَابَلَةِ دَلِيلٍ كُلِّيٍّ، وَمُقْتَضَاهُ الرُّجُوعُ إِلَى تَقْدِيمِ الِاسْتِدْلَالِ الْمُرْسَلِ عَلَى الْقِيَاسِ، فَإِنَّ مَنِ اسْتَحْسَنَ لَمْ يَرْجِعْ إِلَى مُجَرَّدِ ذَوْقِهِ وَتَشَهِّيهِ، وَإِنَّمَا رَجَعَ إِلَى مَا عَلِمَ مِنْ قَصْدِ الشَّارِعِ فِي الْجُمْلَةِ فِي أَمْثَالِ تِلْكَ الْأَشْيَاءِ الْمَفْرُوضَةِ، كَالْمَسَائِلِ الَّتِي يَقْتَضِي الْقِيَاسُ

(1) دبيان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، ج: 4، ص:171..

(2) الزرقا، نظام التأمين، ص:132

(3) انظر آل محمود، مجموعة رسائل الشيخ عبد الله بن زيد آل محمود، م: 4، ص:50.

(4) انظر آل محمود، مجموعة رسائل الشيخ عبد الله بن زيد آل محمود، م: 4، ص: 47، وانظر ابن قدامة، المغني، فصل ما يصح ضمانه، ج: 4، ص:402. بتصرف.

فِيهَا أَمْرًا، إِلَّا أَنَّ ذَلِكَ الْأَمْرَ يُؤَدِّي إِلَى فَوْتِ مَصْلَحَةٍ مِنْ جِهَةٍ أُخْرَى، أَوْ جَلْبِ مَفْسَدَةٍ كَذَلِكَ، وَكَثِيرٌ مَا يَتَّفِقُ هَذَا فِي الْأَصْلِ الضَّرُورِيُّ مَعَ الْحَاجِيِّ وَالْحَاجِيُّ مَعَ التَّكْمِيلِيِّ، فَيَكُونُ إِجْرَاءُ الْقِيَاسِ مُطْلَقًا فِي الضَّرُورِيِّ يُؤَدِّي إِلَى حَرَجٍ وَمَشَقَّةٍ فِي بَعْضِ مَوَارِدِهِ، فَيُسْتَثْنَى مَوْضِعُ الْحَرَجِ، وَكَذَلِكَ فِي الْحَاجِيِّ مَعَ التَّكْمِيلِيِّ، أَوِ الضَّرُورِيِّ مَعَ التَّكْمِيلِيِّ وَهُوَ ظَاهِرٌ »[1].

يقرر الشاطبي في النص السابق مشروعية الاستحسان، وأحد صوره المتمثلة باستثناء مسألة جزئية من أصلها الكلي لمقصد شرعي، وإجازة العقود التي يشوبها الغرر إذا انبنى عليها مصلحة يتوافق مع أصول المالكية بالاستناد إلى الاستحسان القائم على تحقيق مقصد الشارع بتحصيل المصلحة الشرعية، وبناء على هذا الأصل تفرع لدى المالكية صورا من الاستحسان المستندة إلى الحاجي الكلي منها:

1. الاستحسان بالضرورة (الحاجة الفقهية): أي ترك العمل بموجب القياس للضرورة الداعية إلى ذلك كرفع الحرج أو سد الحاجة، ومثاله: استعمال مياه الآبار المتنجسة، لأنه لا يمكن صب الماء على البئر لتطهيرها، إلا أن الحرج مرفوع بالنص، وفي موضع الضرورة يتحقق معنى الحرج لو أخذ فيه بالقياس، فكان متروكاً بالنص.[2]

2. الاستحسان بالمصلحة: وهذا نوع وارد في كتب المالكية، ويقصد به أن الباعث على استثناء جزئية ما من حكم القياس الظاهر أو القاعدة المعتبرة هو المصلحة التي يستقيم بها رفع الحرج وجلب التيسير، ومثاله: تضمين الأجير المشترك وإن لم يكن صانعاً.[3]

وقد ذهب الشاطبي إلى اعتبار رفع الحرج من المصالح المرسلة لوثوق الصلة بينهما روحا ومقصداً قال الشاطبي:« وَأَنْكَرَ مَالِكٌ حَدِيثَ إِكْفَاءِ الْقُدُورِ الَّتِي طُبِخَتْ مِنَ الْإِبِلِ وَالْغَنَمِ قَبْلَ الْقَسَمِ تَعْوِيلًا عَلَى أَصْلِ رَفْعِ الْحَرَجِ الَّذِي يُعَبِّرُ عَنْهُ بِالمصالح المرسلة؛ فأجاز أكل الطعام قبل القسم لمن احتاج إليه، قَالَهُ ابْنُ الْعَرَبِيِّ »[4]

2. إجازة مالكية الأندلس كراء الأرض بالجزء منها (الخماسة) مخالفين مذهب مالك استنادا إلى الحاجة الفقهية.

(1) الشاطبي، الموافقات، ج: 5، ص:194.

(2) قطب الريسوني، التيسير الفقهي مشروعيته وضوابطه وعوائده،(بيروت: دار ابن حزم، 2007م) ط1،ص:41.

(3) المرجع السابق ص:42.

(4) الشاطبي، الموافقات، ج:3، ص:198. وابن العربي ذكره في «القبس في شرح موطأ مالك بن أنس» ج: 2، ص: 605–606.

اشتهر عند أهل الأندلس توسعهم في الاستناد إلى الحاجة وما جرى به العمل، وقد خالفوا مذهب مالك في ستة مسائل، كما نظم ابن غازي ذلك في أرجوزته المشهورة:

قد خولف المذهب في أندلس في ستة، منهن: سهم الفرس

وغرس الأشجار لدى المساجد والحكم باليمين قل والشاهد

وخلطة والأرض بالجزء تلي ورفع تكبير الآذان الأول[1].

ومن المسائل التي لها صلة ونسب بعقد التأمين التجاري – موضع الدراسة – كراء الأرض بالجزء الذي يخرج منها.

وقد اصطلح على تسميتها بالخماسة [2]، فالمعروف من مذهب مالك منعه ذلك كما قال الناظم:

والأرض لا تكرى بجزء تخرجه أو بطعام هب بما تنبته

كذا بما لا تنبته غير الخشب وإن يفت فخرج مثل قد وجب[3]

فقد ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم عن ابن عمر رضي الله عنهما: «النهي عن كراء المزارع.»[4]

وحمله الإمام مالك، وابن شهاب، وابن المسّيب على تفسير أبي سعيد الخدري أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المحاقلة، والمحاقلة: كراء الأرض بالحنطة؛ ولذلك ترجم هذا الحديث مع غيره في الموطأ بترجمة المزابنة والمحاقلة.[5]

ووجه الدلالة هنا أن الإمام مالك يرى حرمة كراء الأرض بالجزء منها لما يتضمنه

(1) مصطفى الهروس، المدرسة المالكية الأندلسية إلى نهاية القرن الثالث الهجري نشأة وخصائص، (المغرب: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، 1997م) ط 1، ص: 291

(2) عمر الجيدي، العرف والعمل في المذهب المالكي (المغرب: مطبعة فضالة المحمدية، 1984) ط1، ص:477 وسبب التسمية أن الخماس (المزارع) يأخذ نسبة الخمس من الناتج عادة.

(3) المرجع السابق ص: 299

(4) البخاري. الصحيح، كتاب: المزارعة، باب: ما كان من أصحاب النبي يواسي بعضهم بعضاً، حديث رقم: 2344، ص: 440.

(5) مالك بن أنس، الموطأ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي،(بيروت: دار إحياء التراث العربي، 1985م.) ط1، كتاب:البيوع، باب: ما جاء في المزابنة والمحاقلة، حديث رقم: 2734، ص:376، وقال عنه المحقق: حديث مرسل. والمزابنة: اشتراء التمر بالتمر، والمحاقلة: اشتراء الزرع بالحنطة، واستكراء (استئجار) الأرض بالحنطة.

ذلك من الغرر والجهالة المفضية إلى النزاع، فالنهي عن كراء الأرض هو نهي سدا للذريعة، فلما وجدت مصلحة راجحة، وأصبحت المفسدة مغمورة في المصلحة الراجحة، ولم يعد الكراء يؤدي إلى نزاع أفتى مالكية الأندلس بجوازه، وقد استمروا عليه، وفي تعبيرهم أنه أصبح من الضروريات – يقصدون الحاجة الماسة التي يشق عليهم بتركها – كما نقل عن ابن لب [1] ووافقه على ذلك ابن رحال[2].

3. فتوى الشاطبي في جواز الاشتراك في الألبان لاستخراج زبده وجبنه استنادا إلى الحاجة الفقهية[3].

فقد سئل عن مجموعة من الرعاة يشتركون فيما بينهم بجمع حليب أغنامهم جميعا ومن ثم يستخرج من هذا الحليب الجبن، ومن ثم يتقاسمون ما ينتج عنه من جبن وزبد، فقد ذهب الشاطبي في بداية استعراضه لهذه النازلة إلى أن الأصول تدل على منع الاشتراك في الألبان لاستخراج زبدها لوجود الغرر، و قد ثبت نهي النبي عليه الصلاة والسلام عن المزابنة [4] لما احتوته من الغرر، ثم بين حاجة الناس لمثل هذه المعاملة، وتعذر تحصيل

---

(1) انظر الوزاني المهدي، النوازل الجديدة الكبرى، تصحيح عمر بن عباد (المغرب، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية المغربية،،1998م) ط1، ج:9، ص: 409.

(2) وقد ردّ على من منع الخماسة بقوله:« وكل من يفسخ مسألة الخماس التي جرى بها العمل على ما هي عليه فهو مخطىء « وقال أيضاً:» الصواب هو ما الناس عليه ؛ لأن ضرورتهم أباحت لهم ما أرتكبوه، فقد ظهر والحمد لله الجواز والسلامة من الإثم في شركة الخماس، ولا نجد عالماً في الحقيقة إلا وهو يوسع على الناس ويضيق على نفسه، والناس لم تقصد الحرام، وإنما تقصد المعاش، ومن مازج الحراثين وعانى شدائد الحرث، علم أن هذه الاعتراضات ساقطة، وبيان ذلك: أن الزرع ومشاقه كثيرة، فإن الزرع يحتاج لمباشرة الحرث، وليس كل الناس يحسن الحرث، ومن مازج الفلاحين عرف هذا كله، فإن الخماس يحافظ على الزرع أكثر، لكثرة احتياجه إلى الزرع، ولذلك انكبَّ الناس على الخماس وتركوا الأجير، والناس أعرف بمعاشهم » انظر عبد الحليم أمجوض نظرية الحاجة الشرعية وتطبيقاتها المعاصرة، ص:169، وقد نقل الكاتب النص من مخطوط بعنوان رفع الالتباس عن شركة الخماس، لابن رحال، ولم يتسنى لي الاطلاع على المخطوط.

(3) انظر ابراهيم بن موسى الشاطبي، فتاوى الإمام الشاطبي، تحقيق محمد ابو الأجفان، (تونس: نهج لوز،، 1985 م) ط2، ص156–160، وأصل النازلة في المعيار المعرب مع اختلاف بسيط في الألفاظ، انظر أحمد بن يحيى الونشريسي، المعيار المعرب والجامع المغرب على فتاوي أهل إفريقية والأندلس والمغرب، تحقيق محمد حجي، (المغرب، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، 1981م) ط1، ج:5، ص: 215–219.، ويحوي تأصيل الشاطبي في هذه الفتوى على درر في فقه التنزيل كنت قد بينتها في بحث سابق، ولا غنى عن الرجوع إلى تفاصيل الفتوى التي تتجاوز الخمس صفحات.

(4) المزابنة: هي بيع مجهول من جنسه، أو بيع معلوم بمجهول من جنسه. انظر الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج:3، ص:60. وانظر أحمد بن غانم النفراوي، الفواكه الدواني على رسالة القراوني (بيروت، دار الكتب، 1995) ط1، ج:2، ص:96. وقد ثبت النهي من حديث عَبْدِ اللهِ بْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا: « أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نَهَى عَنِ المُزَابَنَةِ، وَالمُزَابَنَةُ: بَيْعُ الثَّمَرِ بِالتَّمْرِ كَيْلًا، وَبَيْعُ الزَبِيبِ بِالكَرْمِ كَيْلًا » متفق عليه،انظر البخاري، محمد بن اسماعيل. صحيح البخاري، كتاب: البيوع، باب: بيع الزبيب بالزبيب والطعام بالطعام، رقم: 2171، ج: 3، ص:73. وأخرجه مسلم، صحيح مسلم، في كتاب: البيوع، باب: تحريم بيع

الجبن من كل صاحب لبن بمفرده، وأن السبيل الوحيد لتحصيل مقصود الناس هو الاشتراك فيما بينهم وخلطه لاستخراج الزبد، وبينّ من خلال التفسير المقاصدي لآية مال اليتيم وجواز مخالطة ماله رفعا للحرج ودفعا للمشقة أن مناط الآية متحقق في هذه المسألة [1]، فالحرج والمشقة مدفوعة بدفع الشارع.

وبالتالي نستطيع أن نقول إنّ محور الاستدلال يكمن في الاستناد إلى الحاجة الفقهية لرفع الحرج والمشقة التي سبق بيانها وهذا ينطبق من عدة أوجه على عقد التأمين التجاري من حيث وجود الغرر في العقد وحاجة الناس إليه لرفع الحرج والمشقة وتحقيق المصلحة الراجحة لهم.

الخاتمة:

بعد هذا التطواف الفقهي والأصولي في تأصيل وتحليل عقد التأمين التجاري بين الغرر والحاجة، يمكن لنا أن نخرج ببعض الثمار، منها:

1. إنّ رتبة النهي عن الغرر في العقود تقع في دائرة مكملات الحاجي، ولذلك أجاز الفقهاء كثيراً من العقود التي تشتمل على الغرر اليسير لئلا يعود المكمل على أصله بالإبطال.

2. مردّ تحديد الغرر اليسير من الكثير يرجع إلى العرف وأهل الخبرة، فإن كان الغرر مما يفضي إلى النزاع عند أهل الصنعة وفي العرف فيعتبر من الغرر الكبير، وما لا فلا.

3. حرمة الغرر تقع في باب تحريم الوسائل التي تفضي إلى نزاع، فإن لم تفضِ العقود إلى نزاع بين المتعاقدين وحققت مصلحة فلا يتحقق مناط المنع في الغرر.

4. من أسباب استحقاق الربح الضمان، وبخاصة الضمان الناشيء عن تفرغ لعمل يقوم على تنظيم الالتزامات وتأديتها لمستحقيها ضمن الشروط المتفق عليها، وهذا ما ينطبق على عقد التأمين التجاري.

5. الحاجة الفقهية هي مرتبة من المشقة فوق المعتادة تلحق بالمكلف، ولم يدل دليل خاص على اعتبارها، وللخروج منها يستلزم مخالفة القواعد الشرعية، وهذه

الرطب بالتمر إلا في العرايا، رقم: 1542،ج:3، ص:1170.

(1) والآية (فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَى قُلْ إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ وَإِنْ تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ لَأَعْنَتَكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَزِيزٌ حَكِيمٌ) (البقرة:220)

المرتبة من المشقة يجري الاجتهاد في مدى اعتبارها.

6. أهم الفروق بين الحاجة الفقهية الخاصة والضرورة الفقهية تتمثل في:

أ. مرتبة المشقة:فباعث الضرورة الإلجاء، وباعث الحاجة التيسير ورفع الحرج.

ب. مرتبة النهي:الضرورة تجيز المحرم لذاته والمحرم لغيره، بينما الحاجة لا تجيز إلا المحرم لغيره.

ج. مرتبة الدليل: الدليل الذي ترفع حكمه الضرورة قد يكون نصاً صريحاً من كتاب أو سنّة أو سواهما، أما الدليل الذي تتطرق إليه الحاجة فهو في الغالب عموم ضعيف يخصص، أو قياس لا يطردّ في محل الحاجة، أو قاعدة يستثنى منها.

7. عموم النهي عن الغرر عموم ضعيف بدليل تخصيصه بحديث العرايا والإجارة والمساقاة، وبالتالي ينطبق الغرر كمحل للنهي سدا للذريعة أو محلا للحرام لغيره القابل للإجازة حال تحصيل المصلحة الراجحة.

8. ينطبق الغرر محلاً لقاعدة ما حرم سداً للذريعة أبيح للمصلحة الراجحة، وكل ما يرفع الحرج والمشقة عن المكلفين فضلاً عما يحفظ عليهم ضرورتهم من صحة ومال هو من المصالح الراجحة.

9. يتوافق عقد التأمين التجاري مع أصول المالكية في الأخذ بالاستحسان الذي يستند إلى الضرورة وهو بمعنى الحاجة الفقهية، كما يتوافق مع الاستحسان بالمصلحة والتي من أهم صوره رفع الحرج. وقد أجاز مالكية الأندلس كراء الأرض بالجزء منها (الخماسة) مخالفين مذهب مالك استنادا إلى الحاجة الفقهية.

10. تصلح فتوى الشاطبي في الاشتراك بالألبان مستنداً لتجاوز العقود التي تتضمن الغرر التفاتاً إلى الحاجة الفقهية والمصلحة الراجحة كما في عقد التأمين التجاري.

ونختم بالقول: إنّ الفقهاء السابقين لم يجمدوا على المنقول من فتاوى علمائهم، واستجابوا لحاجات عصرهم، وسبروا أغوار التشريع تعليلاً وتأصيلا واستقراء، وفيما نقلنا من فتاوى ونقولات برهان ودليل على هذا، ولنا فيهم أسوة حسنة، ولم يمنعهم من وجود فتاوى لكبار علماء المذهب أن يعيدوا النظر في تلك الفتاوى في ضوء المستجدات، وواقع الحال، ومراعاة مصالح الناس.

قائمة المصادر والمراجع:

أحمد ابراهيم بك، المعاملات الشرعية المالية، تحقيق د. عبد الفتاح أبو غدة، من مصورات عبد الرحمن النجدي، الكتاب متوافر على www.moswarat.com

الأشقر، محمد، بيع المرابحة كما تجريه البنوك الإسلامية ضمن كتاب بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، (عمان: دار النفائس، د.ت)

آل الشيخ، محمد حسن، بحث عقد التأمين التجاري للتعويض عن الضرر حقيقته وحكمه، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، شوال 2011، العدد: 8.

آل عبيكان موقع الشيخ.www.alebikan com.

آل محمود، عبد الله زيد، مجموعة رسائل الشيخ عبد الله زيد آل محمود، (قطر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، 2008) ط2.

أمجلوص، عبد الحليم، نظرية الحاجة الشرعية وتطبيقاتها الفقهية، (الدار البيضاء، مركز التراث الثقافي المغربي، 2015م.)ط1

البخاري، محمد بن اسماعيل، صحيح البخاري، تحقيق محمد زهير بن ناصر، تعليق وشرح مصطفى البغا، (دار طوق النجاة، 1422ه) ط1

البلخي، نظام الدين، الفتاوى الهندية ومعه فتاوى قاضيخان للشيخ حسين الفرعاني، (بيروت: دار إحياء التراث، 1986م) ط4.

البيرقدار، محمد يونس عمر، عقد الصيانة في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة الكويت 2002م، (الكويت: شركة شورى للاستشارات الشرعية، 2014م) ط1

بن بيه، عبد الله محجوب صناعة الفتوى وفقه الأقليات (الرباط: مركز الدراسات والأبحاث وإحياء التراث 2012م) ط1

بن بيه عبد الله، مقاصد المعاملات ومراصد الواقعات (لندن، مؤسسة الفرقان للتراث الإسلامي، 2013) ط3.

ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم، مجموع الفتاوى، (بيروت: دار الكتب العلمية، 1987)

ابن تيمية، أحمد، القواعد النورانية، تحقيق محمد حامد الفقي، (بيروت: دار المعرفة، 1979م)

الجويني، البرهان، تحقيق عبد العظيم الديب، (القاهرة: دار الأنصار، 1400ه).

الجيدي، عمر، العرف والعمل في المذهب المالكي (المغرب: مطبعة فضالة المحمدية، 1984) ط1

ابن حجر، أحمد بن علي، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ترتيب محمد فؤاد عبد الباقي، (بيروت، دار المعرفة، 1379) ط1

الدبيان، دبيان محمد، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، (الرياض: مكتبة الملك فهد الوطنية، 1432) ط2.

درادكة، ياسين، نظرية الغرر في الشريعة الإسلامية (الأردن، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، 1973م) ط1.

الدسوقي، محمد بن أحمد، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير(بيروت، دار الفكر، د.ت)

ابن رشد، محمد بن احمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، (القاهرة: دار الحديث، 2004م) ط1

الرشيد، أحمد، الحاجة وأثرها في الأحكام، (إشبيلية للنشر والتوزيع، 2008م). ط1

الرصاع، محمد بن قاسم، شرح حدود ابن عرفة، (المكتبة العلمية، 1350 هجريا) ط 1.

الريسوني، قطب، التيسير الفقهي مشروعيته وضوابطه وعوائده، (بيروت: دار ابن حزم، 2007م) ط1

الريسوني، قطب،قاعدة: ما حُرّم سداً للذريعة أبيح للمصلحة الراجحة دراسة تأصيلية تطبيقية، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، المجلد: 6، العدد 3:، اكتوبر 2009م

الزرقا، محمد أنس «مصطفى، نظرة اقتصادية إسلامية إلى خمس قضايا في التأمين التعاوني مخطط ورقة مقدمة الى مؤتمر التأمين التعاوني: أبعاده وآفاقه وموقف الشريعة الإسلامية منها المنعقد في عمان، الجامعة الاردنية 11–13–نيسان 2010 منشور في مركز أبحاث فقه المعاملات الإسلامية www.kantakji.com

الزرقا، مصطفى، المدخل الفقهي العام، (دمشق: دار القلم، 1998) ط1

الزرقا، مصطفى، نظام التأمين حقيقته والرأي الشرعي فيه، (بيروت: مؤسسة الرسالة، 1984) ط1

السندي، محمد عبد الهادي، حاشية السندي على سنن النسائي، (حلب: مكتبة المطبوعات الإسلامية، 1986) ط5.

السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، (بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، 2000) ط1

السنهوري، عبد الرزاق، مصادر الحق في الفقه الإسلامي (بيروت: دار إحياء التراث، د.ت) ط1،

السيوطي، جلال الدين، الأشباه والنظائر، (بيروت: دار الكتب العلمية، 1990) ط1

الشاطبي، فتاوى الإمام الشاطبي، تحقيق محمد ابو الأجفان، (تونس: نهج لوز، 1985 م) ط2

الشاطبي، ابراهيم بن موسى، الموافقات، تحقيق مشهور حسن، (دار ابن عفان، 1997م) ط1

الشافعي، محمد بن أدريس، الأم، (بيروت، دار المعرفة، 1990م) ط1

الشربيني، محمد الخطيب، مغني المحتاج، (مصر: مطبعة البابي الحلبي، 1958م)ط1

شقرة، عيسى، قصد الاسترباح في عقود التأمين التكافلي، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، 2016 م، العدد: 104، جامعة الكويت.

الضرير، الصديق محمد الأمين، الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي (السعودية: سلسلة صالح كامل للرسائل الجامعية في الاقتصاد الإسلامي، 1995) ط2

الطوفي، نجم الدين، شرح مختصر الروضة، تحقيق عبد الله التركي، (بيروت: مؤسسة الرسالة، 1987م) ط1.

عطا الله، برهام، التأمين وشريعة الإسلام، مجلة المسلم المعاصر، العدد:102، ص:101–127 من. www. Almuslimalmuaser.org

فارس، أحمد، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام محمد هارون (بيروت: دار الفكر، 1979) ط1.

ابن فرحون، إبراهيم بن علي، الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، (بيروت، دار الكتب العلمية، د.ت)

ابن قدامة، عبد الله، المغني، (بيروت: دار الكتاب العربي، 1972م) ط1

قرارات الهيئة الشرعية بمصرف الراجحي (الرياض: دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، 2010)

القرافي، شهاب الدين، أنوار البروق في أنواق الفروق المشهور ب (الفروق) (بيروت: عالم الكتب، د.ت).

ابن القيم، محمد بن أبي بكر، روضة المحبين ونزهة المشتاقين (بيروت، دار الكتب العلمية، 1983) د.ت.

ابن القيم، محمد بن ابي بكر، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق محمد عبد السلام ابراهيم، (بيروت، دار الكتب العلمية، 1991م) ط1

ابن القيم، محمد بن أبي بكر، زاد المعاد في هدي خير العباد، (بيروت: مؤسسة الرسالة، 1994م) ط27

الكاساني، علاء الدين، بدائع الصنائع، (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ت) ط2.

مالك بن أنس، الموطأ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، (بيروت: دار إحياء التراث العربي، 1985م.) ط1
مجلة الأحكام العدلية، تحقيق نجيب هواويني، (كراتشي، كارخانة تجارت كتب، د.ت)
مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، ترتيب محمد فؤاد عبد الباقي، (بيروت: دار إحياء التراث، د.ت) ط1.
المصري، رفيق يونس، فقه المعاملات المالية (دمشق، دار القلم، 2011 م) ط3.
المصري، رفيق يونس، الخطر والتأمين، هل التامين التجاري جائز شرعا، (دمشق: دار القلم، 2001م) ط1.
المهدي، الوزاني، النوازل الجديدة الكبرى، تصحيح عمر بن عباد (المغرب، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية المغربية،، .1998م) ط1
النفراوي، أحمد بن غانم، الفواكه الدواني على رسالة القراوني (بيروت، دار الكتب، 1995) ط1
النووي، محي الدين يحيى بن شرف، المجموع شرح المهذب مع تكملة السبكي والمطيعي، (بيروت: دار الفكر، د.ت).
الهروس، مصطفى، المدرسة المالكية الأندلسية إلى نهاية القرن الثالث الهجري نشأة وخصائص، (المغرب: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، 1997م) ط 1
الونشريسي، أحمد بن يحيى، المعيار المعرب والجامع المغرب على فتاوي أهل إفريقية والأندلس والمغرب، تحقيق محمد حجي، (المغرب، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، 1981م) ط

Commercial Insurance between Risk and Jurisprudential Need

Maher Hussein Haswa

College of Law – Alain University of Science and Technology

Abu Dhabi – U.A.E.

Abstract:

The paper addresses the effects of risk (aleatory contract) and the jurisprudential need for the legitimacy of commercial insurance contracts. It defines the notion of risk and its effect on contracts. It also exposes the problem of achieving the aim of preventing risk (aleatory contracts) by analyzing the degree and reasons for its illegitimacy while distinguishing between major and minor risks in aleatory contracts. The paper equally invokes the vision of Jurists who validate the insurance contract through an overall view that is contrary to the traditional one. Besides, the study draws on the meaning of the need in both the jurisprudence and the principles of Fiqh by relating them to the concept of aleatory risk. The study includes a number of jurisprudenctial arguments and fatwas issued by the jurists of the four doctrines and how they balanced between the interest and risk in those aleatory contracts.

Keywords: insurance, aleatory, risk, need