الْهُجَاتِ فِي الْمُعِلَّ فِي الْمُعِلِّ فِي الْمُعِلِي الْمُعِلَّ فِي الْمُعِلَّ فِي الْمُعِلَّ فِي الْمُعِلَّ فِي الْمُعِلَّ فِي الْمُعِلِّ فِي الْمُعِلِّ فِي الْمُعِلِي الْمُعِلِي الْمُعِلِي الْمُعِلِي الْمُعِلِي الْمُعِلِي الْمُعِلِي الْمُعِل

🕏 دار سليمان الميمان للنشر والتوزيع، ١٤٤١هـ فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية أثناء النشر الشبيلي، يوسف بن عبد الله بن صالح

إبحاث في قضايا مالية معاصرة. / يوسف بن عبد الله صالح

الشبيلي. - الرياض، ١٤٤١هــ

ردمك: ۳-۷۱-۸۱۸۱ (مجموعة) ۰-۲۷-۱۸۱۸-۳۰۶ (ج۱) ١ - الأموال (فقه إسلامي) أ. العنوان

> 1881/1881 ديوي ۲٥٣

رقم الإيداع: ٧٣٣٩/ ١٤٤١ ردمك: ٣-٧١-٨١٨١-٣٠٣-٩٧٨ (مجموعة) ۰-۲۷-۱۸۱۸-۳۰۶ (ج۱)

© جميع الحقوق محفوظة للناشر

الطبعة الأولى ١٤٤١هجرى - ٢٠٢٠ميلادي

#### نشر مشترك

واتساب: 07111 48 55 666+ Info@DarAlMaiman.com www.DarAlMaiman.com 





الرياض هاتف: ٩٦٦/١١١ (٩٦٦) + فاكس: ٩٦٦/١١١ (٩٦٦) +

الموقــــع: www.bankalbilad.com بريد إلكتروني: shareia@bankalbilad.com

الصف والإخراج الطباعي: دار الميمان للنشر والتوزيع

# الْحِجَّارِيْ قِصْرِيْ الْمِيْرِ مِحْدِرِ الْمِيْرِ مِحْدِرِ الْمِيْرِ مِحْدِرِ الْمِيْرِ قِصْرِيْ الْمِيْرِ مِحْدِرِ الْمِيْرِ مِحْدِرِ الْمِيْرِ مِحْدِرِ الْمِيْرِ مِحْدِرِ الْمِيْرِ

تَألِيف أ.د. بوسُف بَن جبر (لِللَّه (الْمِيْتُ بَيْكِيًّ أُسْتَاذ ٱلفِقْهِ ٱلمَقَارَنِ فِي ٱلمَعْهَدِ ٱلعَالِي لِلْقَضَاءِ إِجَامِعَةِ ٱلإِمَامِ مُحَدِّبُن سِيُعُودٍ ٱلإسْلَامِيَّةِ

الجحالَّدُ الأَوَّلُ





## المُحْتَوك

نحة	رقم الصة	
	•	تقديم بقلم الرئيس التنفيذي
	٩	تقديم بقلم أمين الهيئة الشرعية
	11	تصدير بقلم المؤلفتصدير بقلم المؤلف
	١٣	توطئة بقلم المعتنى
		القسم الأول
		الخدمات المصرفية والعقود التمويلية
	١٧	١ - التكييف الشرعي للحساب الجاري والآثار المترتبة عليه
	٣٣	
	98	٣- التأجير التمويلي دراسة فقهية مقارنة بمشروع نظام الإيجار التمويلي
		٤- الإجارة بأجرة متغيرة بتغير السوق
		٥- التمويل بالمشاركة (الآليات العملية لتطويره)
		٦- تعديل عوائد تمويلات المصارف الإسلامية
		٧- الجهالة التي تؤول إلى العلم وتطبيقاتها المعاصرة
		<ul> <li>المرابحة بربح متغير</li></ul>
	۳۱۳	٩- حق الانتفاع العقاري (١)
	٣٣٩	١٠ – حق الانتفاع العقاري (٢)
	٣٦٥	١١ - حماية رأس المال في الفقه الإسلامي
	٤٢٩	١٢ – التحوط في المعاملات المالية
	٤٤٩	١٣ - اتفاقية إعادة الشراء (الريبو والريبو العكسي) وبدائلها الشرعية
	٤٩٧	٤ ١ – إفلاس الشركات وإعسارها في الفقه والنظام
	۰۳۷	١٥ – المواءمة بين الضوابط الشرعية ومبادئ الرقابة والتنظيم
	ما فسي ضبط عمل	١٦ - الرقابــة الشــرعية علــى المصـــارف ضوابطهــا وأحكامهــا ودوره
	۰٦٧	المصارف
	٦٠٥	١٧ – تمويل العمليات التحميلية



## تَقُدِيم بِقَـَكْمَرِ الرئيس التنفيذي لبنك البلاد



الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، وبعد:

إنَّ من أهم القِيَم التي نؤمن بأهميتها في بنك البلاد المسؤولية المجتمعية الفاعلة تجاه أفراد المجتمع؛ حيث عَكَف البنكُ على تنفيذ العديد من برامج المسؤولية المجتمعية في مجالات عدَّة، بلغت -بحمد الله- أكثر من اثنتين وأربعين مبادرة، ولضمان استمرارية هذه المبادرات فقد خصَّص البنك لهذا الغرض ميزانية سنوية وإدارة متخصصة بهذا المجال.

ومن هذا المنطلَق، وكونِ البنكِ يقدِّمُ نموذجًا في تطبيق المصرفية الإسلامية في جميع معاملاتِه فقد كان من ضمن المجالات التي حَرَص البنك على المشاركة فيها ودعْمِها هي نشر الوعي بالمصرفية الإسلامية؛ حيث شارك البنك بعددٍ من البرامج والرعايات والندوات، ونَشَرَ الأبحاث العلمية المتعلقة بالمصرفية الإسلامية؛ دعمًا منه لنشر المعرفة وتشجيعًا على الكتابة في هذا المجال العلمي الزاخر، وتكُمُن أهمية هذا الاهتمام بما نراه من تزايد الطلب العالمي على المصرفية الإسلامية؛ حيث أصبحت حاضرة في مختلف دول العالم ومتداولة في المنتديات والمؤتمرات الدولية، علاوةً على تأكيد رؤية المملكة العربية السعودية (٣٠٠٠) المتعلقة بتعزيز العمل بالمصرفية الإسلامية.

وبحمد الله، فقد كان لبنك البلاد الريادةُ في مجال دعْمِ ونشر الأبحاث العلمية المتعلقة بالمعاملات المالية والاقتصاد الإسلامي والاستمرار عليها منذ تأسيسه، وقد لمَسْنا أثر هذه المبادرة على ذوِي الاختصاص والاهتمام، كوننا حَرَصنا على الاستمرارية والنوعية في الاختيار، وسَعَيْنا لتوزيعها على نطاقي واسع لتصبح منهلًا للباحثين والمهتمين.

#### وفي الختام:

أتقدَّمُ بالشكر الجزيل لمجلس إدارة البنك على دغوه المتواصل في شتَّى المجالات وتشجيعه لمثل هذه المبادرات، كما أشكرُ الهيئة الشرعية وأمانَتَها على الجهود المبذولة وسغيهم المتواصل في سبيل تطوير العمل المصرفي الإسلامي.

سائلين اللهَ أن يبارك في الجهود ويجعل ما نقدِّمُه داعمًا للباحثين، ومنهلًا للمتعلِّمِين.

الرئيس التنفيذي لبنك البلاد عبد العزيز بن محمد العنيزان



## تَقُدِيم بِقَـَامَرِ أمين الهيئة الشرعيّة



الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين. وبعد:

فقد التزم بنك البلاد منذ تأسيسه بالعمل وفق أحكام الشريعة الإسلامية في جميع معاملاته، فأسس لهذا الغرض هيئة شرعية مستقلة، تُعنى بمراجعة الأعمال والمنتجات وتطويرها وإجازتها، ثم الرقابة على تنفيذها، ومن الأدوار التي أنيطت بالهيئة الشرعية نشر الوعي بالمصرفية الإسلامية؛ إيماناً بالمسؤولية تجاه العمل المصرفي الإسلامي، وكان من أبرز المبادرات في هذا الشأن نشر قرارات الهيئة الشرعية على موقع البنك، وإصدار أدلة الضوابط الشرعية ككتاب «الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد»، و «الدليل الشرعي للتمويل العقاري»؛ ليتمكن الجميع من الاطلاع على الضوابط الشرعية للبنك بكل يسر وسهولة.

ومن المبادرات أيضًا، مشروع طباعة الرسائل العلميّة المعنيّة بالمصرفيّة والماليّة الإسلاميّة والاقتصاد الإسلامي، الذي انطلق منذعام ١٤٢٩هـ/ ٢٠٠٨، في مساهمة لتعميق المعرفة الشرعيّة في هذه المجالات المهمّة، فنتج عن هذه المبادرة مجموعة من الإصدارات بلغت حتى الآن ١٩ إصدارًا في عددٍ من العناوين المتنوّعة، والتي لمسنا -بحمد الله- أثرها الكبير بما نتلقاه من رسائل إيجابيّة وطلبات متزايدة عليها.

ولأجل أن ينتفع من هذه الإصدارات أكبر شريحة ممكنة من المهتمين والمختصين؛ أتحنا الاطلاع عليها مجانًا عبر موقع بنك البلاد بنسخة إلكترونيّة.

ويأتي هذا الإصدار الجديد -المتمم للعشرين- بمجموعة أبحاث متخصصة في الخدمات المصرفيّة والعقود التمويليّة والخدمات الاستثماريّة والأوراق الماليّة والزكاة والأوقاف، وفي ظني أن هذا الاصدار النوعي سيكون مرجعًا ثريًّا للمهتمين والباحثين؛ لما يحتويه من أبحاث تلامس

الحاجة العمليّة للعديد من المسائل المستجدة في الصناعة الماليّة، لا سيما وأن مَن قام بإعدادها وتحريرها هو فضيلة الأستاذ الدكتور يوسف بن عبد الله الشبيلي، أحد الأعلام في هذا المجال، وهو غنيٌ عن التعريف، ففضيلته أستاذ الفقه المقارن في المعهد العالي للقضاء، وعضوٌ في الهيئة الشرعيّة للبنك منذ تأسيسه، وكان له أثرٌ كبيرٌ -بخبرته ومعرفته - على تطوير أفكار ومنتجات البنك، كما أنَّ فضيلته مشاركٌ مؤثرٌ في المحافل والمؤتمرات المعنيّة بالمصرفيّة والماليّة الإسلاميّة المحليّة والإقليميّة.

#### ختامًا:

أتقدم بالشكر الجزيل للبنك ممثلًا في مجلس إدارته والرئيس التنفيذي على دعمهم الدائم وحرصهم على تعزيز الوعي بالمصرفيّة الإسلاميّة، والشكر موصول للهيئة الشرعيّة للبنك على ما تقدمه من رأي ومشورة وتوجيه دائم، وما تبذله من أوقات في سبيل نشر العلم والمعرفة بالماليّة الإسلاميّة.

وإننا لنقدم هذه الأبحاث للقارئ الكريم، ونرجو منه ألا يبخل علينا بالرأي أو المشورة والدعاء، ونسأل الله عز وجل أن يكون هذا العمل نافعًا لذوي الاهتمام والاختصاص في هذا المجال.

أمين الهيئة الشرعيّة محمد بن عبد العزيز الزومان Shareia@Bankalbilad.com



الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

أما بعد:

هذه جملة من الأبحاث في قضايا مالية معاصرة، كتبتها على فترات متباعدة، وقدمتها في مناسبات ومحافل متعددة، وقد آثرت أن أنشرها بحلتها التي صدرت بها أولًا، دون تغيير أو تعديل، وما طرأ على بعضها من تغير في الترجيح أو الاجتهاد – وهي مسائل قليلة ومحدودة – فقد أبقيته على حاله؛ عملًا بالقاعدة الشرعية: «الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد»؛ راجيًا من العفوِّ الكريم أن يجعل ما انتهيت إليه دائرًا بين الأجر والأجرين، وأن يتقبل هذا العمل خالصًا لوجهه الكريم.

وإني أزجي الشكر الأوفى لابني عبد الله، الذي كان وراء هذا العمل المبارك، وقد كان له الفضل بعد الله في جمع شتاته، والاعتناء بإخراجه، فأسأل الله أن يجزيه خير ما جزى ابنًا عن أبيه، وأن يبارك في علمه وعمله.

وأسأل المولى بمنه وفضله أن يجعل فيما كتبت الخير والسداد، وأن يلهمنا الرشد والصواب، وأن يغفر لكاتب هذه الأبحاث وقارئها والمعتني بها وناشرها، وأن يعم بها النفع ويعظم المثوبة والأجر.

وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

وكتبه / أ. د. يوسُف بَن حَبْرُ اللَّهَ اللَّهِ اللَّهِ مَنْ كَيْنِي لَهُ اللَّهَ اللَّهَ اللَّهَ اللَّهَ اللَّهُ اللَّلْمُ اللَّهُ الل

المملكة العربية السعودية

١٧ من شهرالله المحرم لعام ١٤٤١من الهجرة النبوية



## توطئ

## بقلم المعتني

الحمد لله ربِّ العالمين، والصلاةُ والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، نبيِّنا محمدٍ وعلى آله وصحبه أجمعين.

#### وبعدُ:

فإنه -بفضل اللهِ وتوفيقه- قد حوى هذا المجموعُ أبحاثَ فضيلة الوالد الأستاذ الدكتور يوسف بن عبد الله الشبيلي في عددٍ من القضايا الماليَّةِ المعاصرة، والتي كَتَبَها حفظه الله في مناسباتِ عدَّة وأوقاتِ مختلفة، وتَحسُن التوطئةُ ببعض النقاط المهمَّة:

- يحوي هذا المجموع ما يقارب ٤٥ بحثًا في موضوعات متنوعة، قُدمت في مناسبات متعددة، وقد تتشابه بعض تلك الأبحاث مع بعض، ورغبةً في عدم تكرار الأبحاث المتشابهة؛ فقد تمَّ اعتمادُ البحثِ المتأخر من الأبحاث المتشابهة، مع الإشارة إلى ذلك في مطلع كلِّ بحث. وفي حال وجود أيَّ إضافاتٍ في البحث المتقدِّم، فيتم إضافته في الموضع المناسبِ من البحث المدرَج، ويُشار إليه في الحاشية؛ وبذلك أصبح مجموع الأبحاث في هذا المنتج العلمي ٣٣ بحثًا.
  - تُسّمت الأبحاث إلى ثلاثة أقسام رئيسة، وهي:

القسم الأول: الخدمات المصرفيّة والعقود التمويليّة.

القسم الثاني: الخدمات الاستثماريَّة والأوراق الماليَّة.

القسم الثالث: الزكاة والأوقاف.

- يُشار في مطلع كلِّ بحثٍ إلى السنة التي كُتب فيها البحث، وإلى الجهة التي قُدم لها، وعند تعذُّر معرفةِ السنة أو الجهة، تبقى فارغة.
- قُدمت بعض الأبحاث إلى مجلَّات علميَّة مُحَكَّمة، كما قُدم بعضُها إلى بعض الندوات والمؤتمرات وحِلَق النقاش، ولا يخفى أنَّ لكل مقام مقالًا، وأنَّ لكل جهة ضوابطها واشتراطاتها؛ ولذا قد يجد القارئ الكريم بعض الاختلاف بين تلك الأبحاث في منهج البحث، أو طوله، أو غير ذلك.

أُدرجت الأبحاث كما كُتبت في حينه دون أي تصرف؛ ولذا قد تدعو الحاجة إلى تكرار بعض المسائل في أكثر من بحث.

• أضيفَ في آخر المجلد الثاني (فهرس الكلمات المفتاحية)، والذي اشتمل على فهرسة أبرز المسائل العلمية التي بُحثت في جميع الأبحاث؛ سواءً المسائل الفقهية، أو الاقتصادية، أو النظامية، أو المحاسبية، أو غير ذلك.

#### وختامًا:

فإنَّ هـذا المجموع قد اقتصر على جمع أبحاث فضيلة الشيخ المتعلقة بالقضايا المالية المعاصرة، ولا يمثل جميع النتاج العلمي لفضيلته، فله مذكرات ومؤلَّفات وأبحاث وأعمال أخرى، منشورة وغير منشورة، لعلَّه يتيسر في وقتِ آخر طباعتُها بحول الله وقوَّته.

#### وأخيرًا:

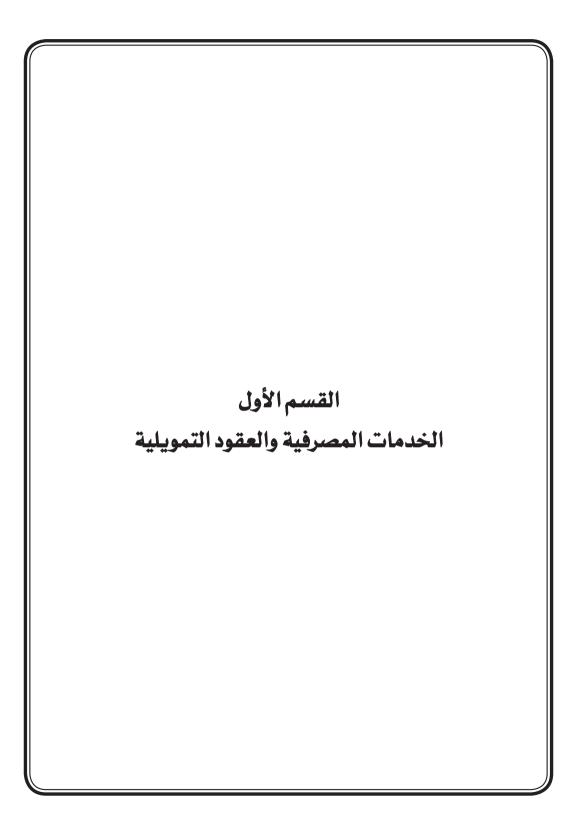
فإني أحمد الله جل وعلا على ما منَّ به ويسَّر من إتمام هذا العمل، وأساله جل جلاله أن يُعظم المثوبة لفضيلة الشيخ، وأن يجعل ما حبَّره في هذه الأبحاث علمًا نافعًا وعملًا مباركًا.

ثم إني أشكر كل من أعان على إخراج هذا الكتاب بدءًا من فكرة جمع الأبحاث وانتهاء بطباعتها ونشرها، وأسأل الله عز وجل أن يجعل ذلك في موازين حسناتهم.

وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

عبثر لاللّه تمه يوسُف ل لِيثِتُ بَيْايُ

a.alshubaily@gmail.com





 $\bigcap$ 

## التكييف الشرعي للحساب الجاري والآثار المترتبة عليه

بحثُ مقدمُ إلى الملتقى الرابع للهيئات الشرعية للمصارف الإسلامية والمنظّم من بنك الجزيرة عام ١٤٣٢هـ/ ٢٠١١م





الحمد لله، والصلاة والسلام على رسول الله صَالَّاللَّهُ عَلَيْهِ وَسَالَّم.

أما بعد:

فهذه ورقة مختصرة عن التكييف الشرعي للحساب الجاري والآثار المترتبة عليه، مقدمة للندوة الرابعة من ندوات الهيئات الشرعية في البنوك السعودية والتي ينظمها بنك الجزيرة، أسأل الله أن يجنبنا الزلل، وأن يوفقنا لما يرضيه من القول والعمل.





## مُـــُدُخُل

الحسابات الجارية أحدُ أهم الموارد المالية للمصارف التجارية، ويقصد بـ (الموارد المالية) تلك المصادر التي تتدفق من خلالها الأموال للمصرف، ليقوم بتوجيهها واستخدامها في أنشطته المختلفة.

وموارد المصرف يعبَّر عنها في ميزانيته بـ (الخصوم)؛ لأنها تمثل التزامًا عليه، بينما استخداماتها يعبَّر عنها بـ (الأصول)، وقيمتها الدفترية تعادل قيمة الخصوم في أي تاريخ محدَّد من عمر المصرف.

وتنقسم الموارد المالية للمصارف إلى قسمين(١):

الأول: الموارد الداخلية، وهي حقوق الملكية، وتشمل رأس المال والاحتياطيات والأرباح المحتفَظ بها.

الثاني: الموارد الخارجية، وتشمل تلك الموارد التي تمثل التزامًا على المصرف قِبل الغير. ومن أبرز مكوناتها الودائع بأنواعها المختلفة، وهي (٢٠):

١ - الودائع الجارية: وهي التي تكون قابلة للسحب عند الطلب، وغرض الإيداع هو الحفظ وليس الاستثمار.

٢-والآجلة: وهي التي تكون مربوطة بآجال محددة لا يمكن سحبها قبل ذلك، وغرض الإيداع هو الاستثمار؛ إذ يحصل المودع على ربح أو فائدة.

٣- والادّخارية: وهي تجمع خصائص النوعين السابقين فتكون قابلة للسحب في أي وقت بشرط إخطار سابق خلال فترة وجيزة، ويستحق المودع عائدًا يسيرًا، وعادةً ما يتمُّ احتسابه على الحد الأدنى المتبقي في الرصيد، ومعدل العائد أقلُّ بكثير مما في الودائع الآجلة نظرًا لكونها قابلة للسحب.

<sup>(</sup>۱) ينظر: النقود والبنوك والعلاقات الاقتصادية الدولية، د. صبحي قريصة، د. مدحت العقاد، ص١٢٦، إدارة البنوك التجارية د. منير هندي، ص٩٠١، النقود والمصارف د. ناظم نوري الشمري، ص١٢٣، النقود والمصارف د. ناظم نوري الشمري، ص١٢٣، النقود والصيرفة د. عبد النعيم مبارك ص١٦٧.

<sup>(</sup>٢) عمليات البنوك من الوجهة القانونية د. علي جمال الدين عوض، ص ٣١، المصارف والأعمال المصرفية د. غريب الجمال، ص ٣٧، الودائع المصرفية النقدية واستثمارها في الإسلام د. حسن الأمين، ص ٢٠٩.

ونظرًا لضخامة الودائع في المصرف التجاري مقارنةً بالموارد المالية الأخرى -الداخلية والخارجية - فيطلق البعض على هذه المصارف (مصارف الودائع). ولا يختلف الحال في المصارف الإسلامية عما هو عليه في المصارف التقليدية، فكلُّها تعتمد بشكل كبير على الودائع في تمويل أنشطتها المختلفة.

وحسب التقرير السنوي السادس والأربعين، الصادر من مؤسسة النقد العربي السعودي، فقد بلغ إجمالي الموارد المالية (الخصوم) للمصارف السعودية (١٣٧٠ مليار ريال).

· ·			
نسبتها إلى إجمالي الموارد (الموجودات البنكية)	نسبتها إلى إجمالي الودائع	مقدارها	نوع الودائع
% <b>**</b> *	7.27	٤٣٣ مليار ريال	الجارية
37%	7.4.8	۳۲۳ ملیار ریال	الآجلة والادخارية
%\ <b>r</b>	7.4 •	۱۸٤ مليار ريال	أخرى (مقابل اعتمادات أو بالعملة الأجنبية)

۹٤٠ مليار ريال

%1...

7.79

والجدول الآتي يبين نسبة ما تمثله الودائع المصرفية من تلك الموارد:

#### تعريف الحسابات والودائع الجارية وخصائصها:

إجمالي الودائع

الحساب الجاري هو سجل في دفاتر المصرف مخصص لعميل (الحساب المنفرد) أو أكثر (الحساب المنفرد) من خلاله إيداع الأموال في أي وقت، واستردادها متى شاء بالسحب منها أو بالحوالة عليها، ويكون الإيداع والسحب من خلال القنوات المتاحة من قبل المصرف.

وسمى جاريًا لأنه غير ثابت، فهو يتغير زيادة ونقصانًا.

وتسمى المبالغ المودعة في ذلك الحساب بـ (الودائع الجارية) أو (الودائع تحت الطلب)، أي أنها تلك المبالغ التي يودعها أصحابها في المصرف وتكون قابلة للسحب في أي وقت.

وبه يتبين: أن الحساب الجاري هو الوعاء الذي توضع فيه الوديعة الجارية.

#### ومن أبرز خصائص الودائع الجارية ما يلى:

١ - القابلية للسحب في أي وقت ودون توقف على إخطار سابق، مما يجعل هذه الحسابات كالنقود التي في يد الإنسان وتحت تصرفه.

٢- تمكين المصرف من التصرف فيها لمصلحته. فعقد الإيداع يتضمن إذنا من المودع
 للمصرف بالتصرف في تلك الأموال مع التزامه بردها عند الطلب.

٣- ضمان المصرف للأموال المودعة في الحساب دون أن يكون ذلك مقيدًا بحالات تعديه أو تفريطه؛ لكونه يستخدم هذه الأموال لمصلحته.

#### وتسعى المصارف إلى توسيع قاعدتها من هذه الحسابات لعدة أمور؛ منها:

١ - أن تكلفتها قليلة نسبيًّا، ففي الغالب لا تدفع المصارف فوائد عليها إلا في بعض الحالات الاستثنائية.

Y – أنها تمنح المصارف المقدرة على التوسع في الائتمان، أو ما يعرف بـ (توليد النقود)، فباستطاعة المصارف التجارية إحـ لال تعهداتها بالدفع محل النقود عند منح التمويلات والتسهيلات المصرفية لعملائها، مما يمكِّن المصارف من إيجاد التزامات عليها تزيد عما هو متوافر لديها فعليًّا من احتياطيات أو ودائع.

٣- أنها تشكل مصدرًا أساسيًّا لسيولة المصارف، وتعتمد عليها في الأنشطة التمويلية قصيرة الأجل، وفي الاحتياجات الطارئة والمُلِحَّة.

### تكييف الوديعة الجارية:

تعـدَّدت آراء الباحثين في التكييف الشرعي لعقد الوديعة الجارية، وأشيرُ إلى أبرز الأقوال في ذلك:

#### القول الأول: تخريجها على عقد الوديعة.

وممن أخذ بهذا الرأي د. حسن الأمين في كتابه: «الودائع المصرفية واستثمارها في الإسلام»؛ حيث يقول: (الوديعة النقدية تحت الطلب هي: مبلغ يُوضَع لدى البنك ويسحب منه في الوقت الذي يختاره المودع، فإن ذلك كل ما يطلب في الوديعة الحقيقية ولا توجد أي شائبة في ذلك، وإذا كان البنك قد اعتاد أن يتصرف فيها بحسب مجرى العادة، فإنَّ هذا التصرف المنفرد من جانب البنك لا يمكن أن يحسب على المودع وينسحب على إرادته فيفسرها على الاتجاه من الإيداع إلى الإقراض، فإرادة المودع لم تتجه أبدًا في هذا النوع من الإيداع نحو القرض، كما أنَّ البنك لم يتسلم هذه الوديعة على أنها قرض بدليل أنه يتقاضى أجرة -عمولة - على حفظ الوديعة تحت الطلب، بعكس الوديعة لأجل، التي يدفع هو عليها فائدة، وبدليل الحذر الشديد في استعمالها والتصرف من جانبه، ثم المبادرة الفورية بردِّها عند الطلب، مما يدل على أن البنك حينما يتصرف فيها إنما يفعل ذلك من موقف انتهازي لا يستند إلى مركز قانوني كمركز المقترض)(۱).

ثم يذكر (أن المالكية يعتبرون التصرف في الوديعة المثلية مجرد عمل مكروه لا يرقى إلى مرتبة الحرمة إن كان الوديع مليئًا، وخاصة إذا كانت الوديعة من الدنانير أو الدراهم أي من النقود،

<sup>(</sup>١) الودائع المصرفية واستثمارها في الإسلام، ص١٩٩.

ويوجبون على الوديع رد المثل مع بقاء الإيداع)(١).

### ويرد على هذا القول ما يلي:

١ – أن الوديعة في الاصطلاح الفقهي هي المال الذي يوضع عند إنسان لأجل الحفظ بحيث
 لا يستخدمها ويردها بعينها إلى صاحبها، وهي تختلف عن الوديعة الجارية ولا تشترك معها إلا في
 الاسم؛ إذ الوديعة الجارية يستخدمها المصرف.

Y – أن العميل بإيداعه في الحساب الجاري قد أذن للمصرف بالتصرف فيها، إما كتابيًّا إذا كان العقد ينصُّ على ذلك، أو بحكم العرف؛ لأن هذا هو ما عليه العرف المصرفي، وقد نصَّ فقهاء المالكية على أنَّ الإذن بتسلف الوديعة يجعلها دينًا مضمونًا ولو كانت وديعة بالمعنى الشرعي لما ضمنها، ففي «الشرح الكبير للدردير»: (وأما التسلف الجائز بإذن ربه فلا يبرأ إلا برد ما أخذه لربها؛ لأن تسلف حينئذ إنما هو من ربها فانتقل من أمانته لذمته فصار كسائر الديون)(٢).

٣- أن الوديعة بمفهومها الشرعي غير مضمونة على المودع إلا في حال التعدي أو التفريط،
 بينما المصرف في الحسابات الجارية يضمن الأموال المودعة من غير قيد.

#### القول الثاني: تخريجها على عقد القرض.

وهـذا مـا أخذ به مجمع الفقه الإسـلامي الدولي في دورته التاسعة، ونص قـراره: (الوداثع تحـت الطلب (الحسـابات الجارية)، سـواءً أكانت لـدى البنوك الإسـلامية أو البنوك الربوية، هي قـروض بالمنظور الفقهي؛ حيث إن المصرف المتسـلم لهذه الودائع يدُه يدُ ضمان لهـا، هو ملزم شرعًا بالردِّ عند الطلب، ولا يؤثر على حكم القرض كونُ البنك (المقترض) مليتًا)(٣).

وهو ما أخذبه أيضًا المعيار الشرعي الصادر من المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، ونصُّه: (حقيقة الحسابات الجارية أنها قروض فتتملكها المؤسسة ويثبت مثلها في ذمتها)(٤).

#### ومما يؤيد هذا القول:

۱ – أن المصرف يمتلك الأموال المودعة في الحساب الجاري، ويكون له الحق في التصرف فيها، وله نماؤها، ويلتزم بردِّ مماثلٍ عند الطلب، وهذا هو معنى القرض الذي هو دفعُ مالٍ لمن ينتفع به ويردُّ بدلَه.

<sup>(</sup>۱) الودائع المصرفية، ص۲۰۱. (۲) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٣/ ٤٢٢.

<sup>(</sup>٣) قرار المجمع رقم ٩٠ / ١/ ٩٠.

<sup>(</sup>٤) المعايير الشرعية، معيار القرض، فقرة ١/١/١، ص٥٢٤.

٢- أن المصرف ملتزم بردِّ مبلغ مماثل عند طلب الوديعة الجارية، ويكون ضامنًا لها إذا تلفت، سواءٌ فرَّط أم لم يفرِّط، وهذا مقتضى عقد القرض.

#### القول الثالث: أنها عقدٌ مستحدَث.

فيرى بعض الباحثين أن عقد الوديعة الجارية له طبيعته الخاصة، ولا يخرَّج على أي من العقود المسمَّاة؛ إذ هو عقد ذو أهداف مختلفة، وهذا هو سبب التردد في إلحاقه بعقد الوديعة أو بعقد القرض، فالعميل يودع النقود بهدف الحفظ أو سداد مطلوباته، والمصرف يقبل هذه الوديعة بهدف استعمالها(۱).

#### الموازنة بين الأقوال:

إن المتأمل في عقد الوديعة الجارية يجد أنه متردَّدٌ بين عقد القرض وعقد الوديعة؛ فهو يشبه عقد القرض من أوجه هي بعينها أوجه افتراق بينه وبين الوديعة، وفي المقابل هو يشبه عقد الوديعة من أوجه هي بعينها أوجه افتراق بينه وبين القرض.

### فأهمُّ الأوجه التي يشبه بها عقد القرض ويختلف بها عن الوديعة:

١ - أن المصرف مأذون له بالتصرف في المال المودع، سواءٌ بإذنٍ كتابيٌّ أو بالعرف المصرفي الجاري بذلك.

- ٧- وأنَّ المصرف يضمن المال لصاحبه.
- ٣- وأن المصرف ملزم بردِّ المثل لا بردِّ عين الوديعة.
- ٤ وأنَّ حقَّ العميل متعلق بما في ذمة المصرف لا بعين المال المودع.
  - ٥- وأنَّ نماء المال المودع للمصرف لا للعميل.

#### وأهم الأوجه التي يختلف بها عن القرض ويشبه بها الوديعة:

الغرض من الإيداع هو حفظ المال، وتيسير الوصول إليه عند الحاجة، بينما الغرض من عقد القرض هو الإرفاق بالمقترض، وأهل العلم يُضمِّنون تعريف القرض هذا المعنى، قال في «كشاف القناع»: (القرض هو دفع مال إرفاقًا لمن ينتفع به ويرد بدله)(۲)؛ ولذا جاءت النصوص الشرعية في الحثِّ على القرض والترغيب فيه ومضاعفة المثوبة للمقرض؛ لأن المقرض يدفع المال لمصلحة المقترض ولا منفعة له -أي المقرض بذلك، بل إنه تنازل عن منفعة المال خلال مدة الاقتراض، وأيضًا تحمل مخاطرة عدم سداد المقترض، فالقرض يصنَّف ضمن عقود الإرفاق

<sup>(</sup>١) العقود وعمليات البنوك، د. علي البارودي، ص٢٩٣.

<sup>(</sup>٢) كشاف القناع ٨/ ١٣١.

والتبرعات، وهذا المعنى غير موجود في الوديعة المصرفية؛ إذ الباعث على الإيداع هو مصلحة العميل بحفظ مالِه وليس مصلحة المصرف، وهذا هو معنى الوديعة في الفقه، وغاية ما يمكن أن يقال: إن الإيداع في المصرف الإسلامي مباح كالوديعة الفقهية المعروفة، وليس مندوبًا إليه كالقرض الحسن (۱).

٢- في عقد القرض يكون طلب الاقتراض ابتداءً من المقترض، ولذا نصَّ أهل العلم على
 كراهته لغير المحتاج، بينما استزادةُ المصرفِ من الودائع لا كراهةَ فيه؛ لأن طلب الإيداع -ابتداءً من المودع؛ لأنه مستفيد أيضًا.

٣- في الوديعة المصرفية يكون المال تحت تصرف المودع، يستطيع السحب منه في أيً وقت واستخدامه أداةً للوفاء بالتزاماته، كما لو كان مالاً نقديًّا بحوزته، بل قد يكون المال المقيد في الحساب أقوى من المال المقبوض في اليد؛ ولذا يفضًل معظم التجار أن يكون سداد مستحقًاتهم من خلال وسائل الدفع الإلكترونية مثل نظام سداد بدلًا من الدفع النقدي اليدوي تجنبًا للتزوير وللخطأ في العدِّ، بل إن ما يقبضه التاجر يدويًّا يتم إيداعه بعد ذلك، بينما في عقد القرض لا يتمكن المقرض من التصرف في المال، ومما لا شكً فيه أن المال الذي بيدِ الإنسان أقوى من المال الذي بيدِ مدِينِه؛ ولذا وقع الخلاف بين أهل العلم في حكم زكاة الدين؛ لأن ملك المقرض لذلك الدين ليس ملكًا تامًّا، ولو كان المقترض مليئًا باذلًا، والجمهور على أنه لا زكاة فيه حتى يقبض، ومنهم من أوجب الزكاة لسنة واحدة بعد القبض، ولو بقي عند المقترض سنين، وهو رواية عند الحنابلة (١٠)، ومنهم من أوجب الزكاة بعد قبض المال عن كل السنين، كما هو قول الحنفية والحنابلة (١٠)، وأرى أنه لا يصح إجراء هذا الخلاف على الوديعة المصرفية؛ لأن المال تحت تصرفه.

فهذه أهم أوجه الشَّبَه والافتراق بين الحساب الجاري وبين القرض والوديعة، وقد يتقَوَّى القول بإلحاقها بالقروض بأمرين:

الأول: أن المال المودع بمجرد إيداعه ينتقل على سبيل التمليك من المودع للمصرف، فيكون ملكًا للمصرف له غُنْمه وعليه غُرْمه.

والثاني: قياس الوديعة الجارية على السُّفْتَجَة (٤) التي كانت في عصر السلف؛ ومن ذلك ما

<sup>(</sup>١) قال الباجي: (بخلاف القرض فإنه لا يصح أن يقع إلّا على وجه الرفق من القرض للمقترض). المنتقى شرح الموطأ ٤/ ٣٠٢.

<sup>(</sup>٢) المغني ٢/ ٣٤٥، الإنصاف ٦/ ٣٢٥. (٣) المغني ٢/ ٣٤٥، الإنصاف ٦/ ٣٢١.

<sup>(</sup>٤) السفتجة بسكون الفاء وبضم السين وفتحها: أن يدفع مالًا لآخر وللآخر مال في بلد الدافع فيوفيه إياه ويستفيد أمن الطريق. المغرب ٢٢٦.

جاء في «صحيح البخاري» عن عبد الله بن الزبير قال: (لما وقف الزبير يوم الجمل دعاني فقمتُ إلى جنبه فقال: يا بني، لا يقتل اليوم إلا ظالم أو مظلوم، وإني لا أراني إلا سأقتل مظلومًا، وإن همي لديني... بع مالّنا فاقض ديني وأوصِ بالثلث... فقتل الزبير ولم يدع دينارًا ولا درهمًا إلا الأرضين... قال: وإنما كان دينه الذي عليه أن الرجل كان يأتيه بالمال فيستودعه إياه فيقول الزبير: لا، ولكنه سلف، فإني أخشى عليه الضيعة... قال عبد الله بن الزبير فحسب ما عليه من الدين فوجدتُه ألفي ألفي ومئتى ألفي)(١).

وقد اختلف الفقهاء من قبل في تكييف السُّفْتجة: هل هي قرض أم حوالة؟ لأن صورتها صورة القرض والغرض منها نقل المال.

والأكثرون على أنها قرض، قال شيخ الإسلام ابن تيمية رَحْمَهُ اللهُ: (من أخذ السُّفتجة من المقرض، وهو أن يقرضه دراهم يستوفيها منه في بلد آخر، مثل أن يكون المقرض غرضه حمل دراهم إلى بلد آخر والمقترض له دراهم في ذلك البلد وهو محتاج إلى دراهم في بلد المقرض فيقترض منه في بلد دراهم المقترض، فهذا في بلد دراهم المقترض، فهذا يجوز في أصح قولي العلماء، وقيل: ينهى عنه؛ لأنه قرض جرَّ منفعة، والقرض إذا جرَّ منفعة كان ربًا، والصحيح الجواز، فكلاهما منتفع بهذا الاقتراض، والشارع لا ينهى عما ينفع الناس ويصلحهم ويحتاجون إليه، وإنما ينهى عما يضرهم ويفسدهم).

**ووجه قياس الحساب الجاري على السفتجة**: أن صورة الحساب كصورة القرض والغرض منه الحفظ كالوديعة، فيغلب جانب القرض فيه، كالسفتجة.

#### الترجيح:

بالنظر في الأقوال السابقة فليس ثَمَّة خلاف على أن الودائع الجارية تعَدُّ دينًا في ذمة المصرف، ولا أظنُّ أحدًا ينازع في ذلك، وإنما الخلاف في توصيف هذا الدين هل هو قرض، أم أنه ويعة مضمونة، أم أنه دين ناشئ عن عقد جديد يجمع بعض خصائص العقدين؟

والأظهر: أن عقد الوديعة الجارية عقد مستحدث، فهو يمثل دينًا حالًا للعميل في ذمة المصرف يشبه القرض في كثير من أحكامه والوديعة المضمونة في أحكام أخرى، إلا أنه لا يصدق عليه أنه قرض من كل وجه ولا وديعة مضمونة من كل وجه، وهو إلى القرض أقرب منه إلى الوديعة.

وهذا القول في نظر الباحث يتفق مع النظرة القانونية؛ إذ الأنظمة وإن كانت تعامل الحسابات الجارية على أنها ديون مضمونة على المصرف، إلا أنها تميز بين الودائع الجارية والقروض، ومن ذلك:

<sup>(</sup>۱) أخرجه البخاري في صحيحه (٣١٢٩).

۱ - في معايير كفاية رأس المال تفرق تلك المعايير بين الالتزامات التي تكون على المصرف على سبيل الاقتراض، كما لو حصل على تمويل من بنوك أخرى، والالتزامات التي تكون على شكل ودائع جارية من العملاء سواء أكانوا أفرادًا أم مؤسسات أم بنوكًا.

Y- في المعالجة الضريبية والزكوية تفرق الأنظمة كذلك بين الالتزامات على المصرف التي تمثل قروضًا، والالتزامات التي تمثل ودائع، فعلى سبيل المثال يجري العمل في مصلحة الزكاة والدخل بالمملكة العربية السعودية على ضم القروض والتمويلات التي على المصرف إلى وعائمه الزكوي، باعتبارها من مصادر الأموال، بينما لا تضم الودائع المصرفية إلى الوعاء الزكوي، باعتبارها أموالاً تحت تصرف المودعين، ولا يملك المصرف التصرف فيها بشكل مطلق كالقروض والتمويلات.



## الأثار المترتبة على هذا التخريج

## أولًا: حكم الفوائد المشروطة على الحسابات الجارية.

لا يجوز أخذ فوائد مشروطة على الودائع الجارية؛ سواءٌ قيل بتخريجها على عقد القرض أم على الوديعة المضمونة ولا خلاف بين العلماء المعاصرين في ذلك؛ لأنها بالاتفاق دين مضمون في ذمة المصرف؛ فلا تجوز الزيادة فيه. قال ابن عبد البر: (وكلُّ زيادة في سلف أو منفعة ينتفع بها المسلف فهي ربًا، ولو كانت قبضة من علف، وذلك حرامٌ إن كان بشرط)(١).

#### ثانيًا: حكم الهدايا النقدية غير المشروطة.

تعمِد بعض المصارف إلى توزيع عوائد نقدية على الحسابات الجارية، باعتبار أن تلك العوائد هبة من المصرف لأصحاب الحسابات من غير أن تكون مشروطة في العقد، ويراعى في تلك الهبات عادة مقدار الحساب الجارى ومدة بقائه.

### والأظهر أن هذه الهبات محرمة؛ لأمرين:

الأول: أن المصرف إذا اعتاد على توزيع هذه الهبات فتكون مشروطة عرفًا، وإن لم ينصَّ عليها في العقد، ومن المعلوم أن (المعروف عرفًا كالمشروط شرطًا).

والثاني: أنها من هدية المدين لدائنه قبل سداد الدين، وقد اختلف فيها أهل العلم: فيرى الحنفية جوازها، والورع تركها إن علم أنه يهديه لأجل القرض، ويرى المالكية أن هدية المِدْيَان حرام إلا أن يتقدم مثل الهدية بينهما قبل المداينة، وعلم أنها ليست لأجل الدين، ويرى الحنابلة تحريمها إلا أن ينوي الدائن احتسابها من دينه أو مكافأة المدين عليها أو كان قد جرى عادة بينهما بذلك قبل نشوء الدين (").

ودليل المنع: سد ذريعة أخذ الزيادة في القرض، ولما روى البيهقي عن زِرِّ بن حُبَيش قال: (قلت لأُبَيِّ بن كعب: إني أريد أن أسير إلى أرض الجهاد في العراق، فقال: إنك تأتي أرضًا فاش فيها الربا، فإن أقرضت رجلًا قرضًا فأتاك بقرضك ومعه هدية، فاقبض قرضك واردُدْ عليه هديته) (٣).

<sup>(</sup>١) الكافي في فقه أهل المدينة، ص٥٩ ٣٠.

<sup>(</sup>۲) الفتاوي الهندية ۳/ ۲۰۳، الخرشي ٥/ ۲۳۰، شرح المنتهي ٢/ ٢٢٧.

<sup>(</sup>٣) السنن الكبرى للبيهقي ٥/ ٣٤٩.

قال ابن القيم: وكل ذلك سدًّا لذريعة أخذ الزيادة في القرض الذي موجبه رد المثل.

### ثالثًا: حكم الهدايا العينية غير المشروطة.

#### للهدايا العينية غير المشروطة ثلاث حالات:

الحال الأولى: أن تكون الهدايا متفاوتة ويراعى في كلِّ منها مقدار الحساب ومدة بقائه، فالأظهر حرمتها الماسبق في الهدايا النقدية غير المشروطة الإإن تفاوت الهدايا بحسب مقدار الحساب ومدته دليل على أن الهدية لأجل الدين، وليست على ظاهرها، وهذا هو مبعث التحريم عند من منع هدية المدين لدائنه قبل سداد الدين.

الحال الثانية: أن تكون من قبيل الهدايا التسويقية والدعائية كالتقاويم والأقلام والحقائب التي تحمل شعار المصرف، فالذي يظهر جواز هذه الهدايا؛ لأنها ليست متمحضة عن الدين، والفائدة فيها مشتركة للطرفين، فالمصرف يستفيد الدعاية والتسويق له، والعميل يستفيد من تلك الهدية.

الحال الثالثة: أن تكون الهدايا لعملاء المصرف دون أن تختص بأصحاب الحسابات الجارية، فالأظهر جوازها، ولا مانع من أن تتفاوت تلك الهدايا بحسب حجم العلاقة بين المصرف وعميله بحيث لا يكون تقييم العلاقة مقصورًا على الحساب الجاري فقط، وإنما على مجمل العلاقة التي قد تشمل الحسابات الاستثمارية والبطاقات الائتمانية وعقود التمويل وغير ذلك. والقول بجواز ذلك هو مفهوم ما جاء في المعايير الشرعية حيث ينص معيار القرض على أنه (لا يجوز للمؤسسة أن تقدم لأصحاب الحسابات الجارية بسبب تلك الحسابات وحدها هدايا عينية)(١). فيفهم منه أنها لولم تكن بسبب الحسابات وحدها فتجوز.

#### رابعًا: حكم المزايا والخدمات المجانية.

للمزايا والخدمات التي يمنحها المصرف لعملاء الحسابات الجارية حالتان:

الحال الأولى: أن تكون تلك المزايا والخدمات لتيسير الوصول إلى الحساب الجاري، للإيداع والسحب، وغير ذلك، مثل منح دفاتر شيكات مجانية أو بطاقات صراف آلي، أو تخصيص مواقف أو غرف لبعض أصحاب الحسابات الجارية، أو الإعفاء من رسوم الدخول للحساب من الإنترنت، أو رسوم استقبال رسائل الجوال بالعمليات التي تتم على الحساب ونحو ذلك، فهذه المزايا والخدمات جائزة ولو تفاوتت بحسب أرصدة الحسابات الجارية؛ لأن هذه المنافع ليست منفصلة عن الوديعة الجارية فهي وسيلة لوفاء المصرف للأموال التي أخذها من العميل، فهو

<sup>(</sup>١) المعايير الشرعية، معيار القرض، فقرة ١٠/٢، ص٢٤٥.

مطالب بأن ييسر للعميل طرق الوصول إلى أمواله متى طلب ذلك، ولا شك أن من يدين البنك بمبلغ كبير يحتاج إلى تسهيلات للوفاء أكثر من صاحب الدين القليل.

الحال الثانية: ألَّا تكون تلك المزايا والخدمات متعلقة بالحساب الجاري، مثل الإعفاء من رسوم بطاقات الائتمان، أو الحوالات، أو خطابات الضمان أو الاعتمادات أو غير ذلك، فهذه المزايا لا تخلو من حالتين:

۱ – أن يراعى فيها حجم العلاقة بين المصرف وعميله دون أن تختص بالحساب الجاري، فالأظهر الجواز؛ لأنها ليست متمحضة عن الحساب الجاري، وهذا ما يفهم من نص المعيار.

Y – أن يراعى فيها مقدار الحساب الجاري فقط، فالذي نصَّ عليه المعيار الشرعي الصادر من هيئة المحاسبة والمراجعة هو المنع. ونصُّه: (لا يجوز للمؤسسة أن تقدم لأصحاب الحسابات الجارية بسبب تلك الحسابات وحدها...ميزات مالية لا تتعلق بالإيداع والسحب.. ومن ذلك الإعفاء من الرسوم أو بعضها مثل الإعفاء من رسوم بطاقات الائتمان وصناديق الأمانات ورسوم الحوالات ورسوم خطابات الضمان والاعتمادات).

وقد يقال بالجواز في هذه الصورة؛ إذ المزايا تختلف عن الهدايا، فالإهداء نفعٌ محضٌ للدائن وضررٌ محضٌ على المدين، فيتوجه المنع منه لئلًا يكون ذريعة إلى الزيادة في الدين، بخلاف المزايا من إعفاءاتٍ ونحو ذلك، فالمنافع فيها متبادلة؛ إذ إن المصرف عندما يعفي عميله من رسوم الاعتماد أو خطاب الضمان أو بطاقة الائتمان أو يخفض من تكلفة التمويل، فلا يعني ذلك أنه متضرر من تقديم تلك الخدمة، فهو يستفيد من أشياء أخرى غير تلك الرسوم، مثل العمولة التي يأخذها عند استخدام البطاقة في الشراء، وهامش الربح الذي يتقاضاه في التمويل أو في الاعتمادات وغير ذلك، فالإعفاء بمثابة التحفيز للعميل على الدخول في المعاملة، ليكسب المصرف من جرَّائها من عمولات أخرى تابعة لها غير الرسوم الابتدائية.

### خامسًا: حكم أخذ الرسوم على الحسابات الجارية.

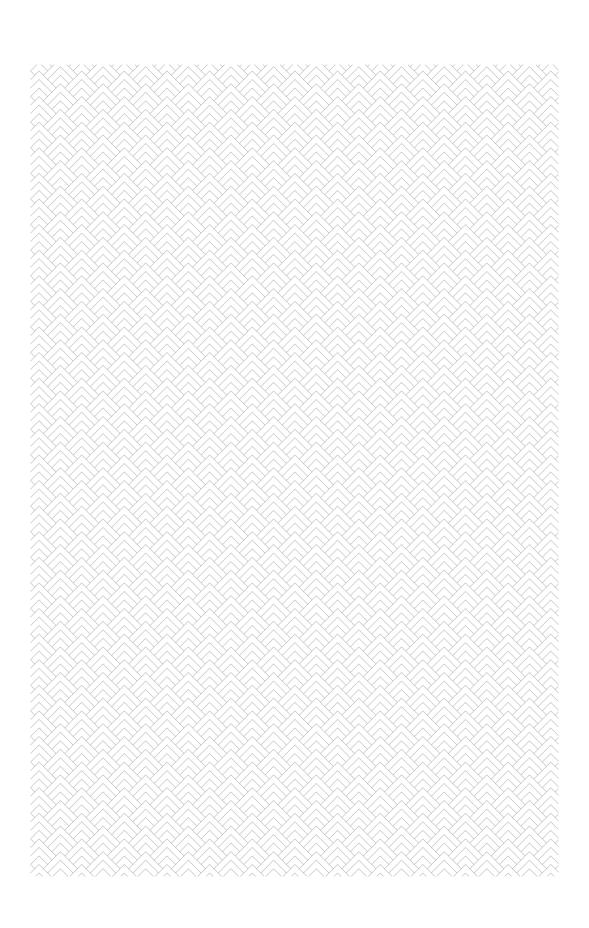
لا يظهر ما يمنع شرعًا من أخذ المصرف أجرًا على الخدمات المتعلقة بالحساب الجاري، سواء على جميع الحسابات الجارية أو على بعضها، كرسوم فتح الحساب، أو رسوم دورية على الحساب، أو رسوم للسحب النقدي، ونحو ذلك؛ لأن المصرف في مركز المدين والعميل في مركز الدائن، والمحظور شرعًا: أن يأخذ المقرض على المقترض زيادة مشروطة وليس العكس، والله أعلم.

والحمد لله أولًا وآخرًا وظاهرًا وباطنًا، وصلى الله وسلم على نبيِّنا محمد وعلى آله وصحبه.



## ودائع المرابحة في البنوك الإسلامية دراسة تأصيلية تطبيقية

بحث محکم نُشر في عام ۱٤٣٢هـ / ۲۰۱۱م





الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على نبيّنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين. أما بعد:

فإنَّ من أبرز المجالات التي جاءت الشريعة المحكمة ببيان أحكامها وضوابطها: التعاملات المالية، فجاء النظام المالي الإسلامي بديعًا في تكوينه، قويًّا في إحكامه، راسخًا في مبادئه، يحقق العدالة، ويمنع الظلم، ويستند إلى قواعد محكمة يتحقق بها الخير والصلاح للمجتمعات الإسلامية، بل للبشرية جمعاء إن هي أخذت به. يقول سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى: ﴿ الْيُوْمَ أَكُمْلُتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتَمَتُ عَلَيْكُمْ فِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامِيةُ الْهُ اللهِ مَنْ اللهُ الل

وتحتلُّ الأعمال المصرفية اليوم أهمية كبرى مقارنة بغيرها من التعاملات المالية، ولذا كانت جديرة بأن تخصص لها الأبحاث والدراسات الشرعية، لا سيما ما يتعلق بالاستثمارات المصرفية، حيث تصل المبالغ المستثمرة من خلال الودائع المصرفية الاستثمارية إلى أرقام ضخمة جدًّا، ففي أحدث تقرير لمؤسسة النقد العربي السعودي تجاوزت الودائع الاستثمارية في المصارف المحلية السعودية ٣١٣ مليار ريال أي بنسبة تزيد عن ٣٠٪ من إجمالي النقود المعروضة في المملكة -سواء في المصارف أم خارجها- البالغة تريليون وعشرة مليارات ريال(٢)، الأمر الذي يستدعي تجلية الأحكام والضوابط الشرعية المتعلقة بهذا النوع من الودائع.

وسأتناولُ في هذه الدراسة بعون الله تعالى التأصيل الشرعي للأحكام المتعلقة بهذه الودائع، والجوانب التطبيقية لها بدراسة عينات من نماذج العقود المعمول بها في عدد من المصارف المحلية والإقليمية والدولية.

### أهمية الموضوع:

تظهر أهمية الموضوع من عدة جوانب؛ منها:

١ - أنه يُعنى بدراسة إحدى أبرز الخدمات التي تقدمها المصارف؛ حيث أصبحت ودائع

سورة المائدة، الآية: ٣.

<sup>(</sup>٢) النشرة الإحصائية ربع السنوية، الصادرة عن مؤسسة النقد العربي السعودي عن الربع الأول لعام ١٠١٠م.

المرابحة تمثل نسبة كبيرة من إجمالي الودائع البنكية في منطقة الخليج العربي، وتتسابق البنوك -الإسلامية والتقليدية- لاستقطاب عملائها إلى هذا النوع من الودائع.

٢- أنه يجمع بين التأصيل الشرعي لودائع المرابحة والتطبيق العملي لما يتم تنفيذه في البنوك عمليًا.

٣- أن ودائع المرابحة تعني أغلب فئات المجتمع من أفراد وشركات؛ لكونها تلبي
 احتياجات الجميع في توفير وسائل ادِّخار ذات آجال مختلفة وبمبالغ مالية مناسبة لجميع الفئات.

#### الدراسات السابقة:

لم أطلع على بحثٍ سابق تحدّث عن ودائع المرابحة بخصوصها، وإنما وقفت على بعض القرارات والفتاوى الصادرة من عدد من الهيئات الشرعية لبعض المصارف الإسلامية، والسبب في ذلك -والله أعلم - أن هذا النوع من الودائع حديث النشأة، حتى إنَّ كثيرًا من العملاء -لا سيما الأفراد لم يعلموا به. وهناك مجموعة من الأبحاث والدراسات التي كتبت عن المعاملات المصرفية بشكل عام، وعن الودائع الاستثمارية والمرابحات المصرفية بشكل خاصٍّ، إلا أنَّ الودائع الاستثمارية التي تتحدث عنها هذه البحوث هي ودائع المضاربة وهي تختلف عن ودائع المرابحة. والمرابحة المصرفية التي يكون فيها العميل متمولًا -مشتريًا - وهي إحدى صور بيوع التقسيط، بينما في ودائع المرابحة يكون البنك هو المتمول، فهي عكس المرابحة العادية و تختلف عنها في الغاية والشروط والتطبيقات. ومع ذلك فسيستفيد الباحث -بإذن الله - مما كتبه الباحث قبله عن الودائع المصرفية وعقود المرابحة؛ ومن تلك البحوث:

- ١ الودائع المصرفية، للدكتور حسن الأمين.
- ٢- المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق، للدكتور عبد الرزاق الهيتي.
  - ٣- بيع التقسيط، للدكتور سليمان التركي.
  - ٤- مشكلة الاستثمار في البنوك الإسلامية، للدكتور صلاح الصاوي.
- ٥ الأبحاث المقدمة لمجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الخامسة عن بيع المرابحة للآمر بالشراء.

#### خطة البحث:

تتكون خطة البحث من: مقدمة، وتمهيد، وفصلين، وخاتمة، وذلك على النحو الآتي:

المقدمة: وتشتمل على أهمية الموضوع وأسباب اختياره والدراسات السابقة ومنهج الباحث وخطة البحث.

التمهيد: في التعريف بالودائع المصرفية وبودائع المرابحة وصورها.

الفصل الأول: التأصيل الشرعى لودائع المرابحة.

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: تكييف ودائع الاستثمار المباشر وحكمها.

المبحث الثاني: تكييف ودائع الوكالة في الاستثمار وحكمها.

المبحث الثالث: الأحكام المتعلقة بودائع المرابحة.

وتحته أربعة مطالب:

المطلب الأول: القبض في ودائع المرابحة.

المطلب الثاني: كيفية احتساب الأرباح وقسمتها.

المطلب الثالث: الاسترداد والتخارج.

المطلب الرابع: التحوط في ودائع المرابحة.

المطلب الخامس: بيع السلعة على المورِّد أو وكيله أو ضامنه.

الفصل الثاني: دراسة تطبيقية لودائع المرابحة.

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: تطبيقات عقود ودائع المرابحة في أسواق السلع الدولية.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: سوق لندن للمعادن.

المطلب الثاني: بورصة السلع الماليزية.

المبحث الثاني: دراسة تطبيقية لودائع مرابحة في بعض المصارف الإسلامية.

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: البنك الأول (بنك إسلامي محلى).

المطلب الثاني: البنك الثاني (نافذة إسلامية لبنك محلى).

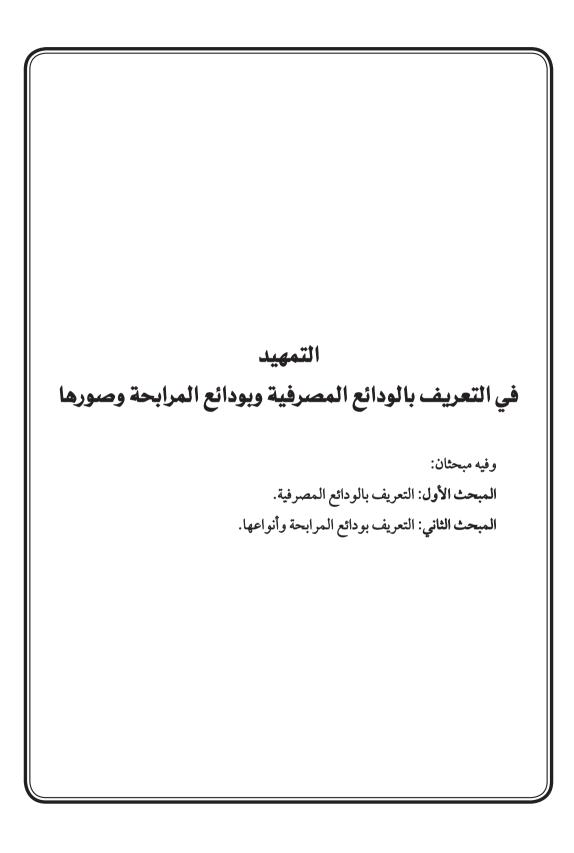
المطلب الثالث: البنك الثالث (بنك خليجي).

المطلب الرابع: البنك الرابع (بنك دولي).

الخاتمة: وتشتمل على أهم النتائج.

أسال الله أن يجنبنا الزلل، وأن يوفقنا إلى ما يرضيه من القول والعمل.







# المبحث الأول

# التعريف بالودائع المصرفية

الودائع: جمع وديعة. وهي في اللغة: ما يحفظه الإنسان عند غيره(١).

والمصرِف -بكسر الراء- على وزن مفعِل: مكان الصرف.

جاء في «المعجم الوسيط»: (المصرف: الانصراف ومكان الصرف، ومنه سمي البنك مصرفًا)(٢).

وفي «المعجم الاقتصادي»: (المصرِف -البنك-: مؤسسة مالية تقوم بأعمال الإقراض والاقتراض، وبإصدار الكمبيالات، وبالائتمان على الأموال والودائع والممتلكات الثمينة وبتمويل الأعمال والمشاريع وما شابه ذلك) (٣).

والودائع المصرفية: هي المبالغ المدفوعة للمصرف لغرض حفظها أو استثمارها(٤).

وتعد الودائع المصرفية أكبر الموارد المالية التي تمول بها المصارف عملياتها المختلفة؛ إذ تصل نسبتها -عادة- إلى إجمالي الموارد الأخرى من رأس مال واحتياطيات وغيرها من حقوق الملكية إلى ما يقارب ٨٥٪ من إجمالي قيمة المركز المالي للمصرف(٥).

# والودائع المصرفية على ثلاثة أنواع:(١)

1 – الودائع الجارية: وهي: (المبالغ التي يودعها أصحابها في البنوك بقصد أن تكون حاضرة التداول، والسحب منها لحظة الحاجة بحيث ترد بمجرد الطلب، ودون توقف على إخطار سابق من أي نوع) (٧)، ولا يقصد بهذه الودائع الاستثمار، وإنما هي لغرض الحفظ، ولاستعمالها كأداة لتسوية الالتزامات عن طريق استعمال الشيكات أو أوامر النقل المصرفي (٨).

<sup>(</sup>١) القاموس المحيط، ص٩٩٤، مختار الصحاح، ص٩١٥، مادة (و دع).

<sup>(</sup>٢) المعجم الوسيط، لإبراهيم مصطفى وزملائه ٢/ ١٦٥.

<sup>(</sup>٣) معجم مصطلحات الاقتصاد والمال وإدارة الأعمال، نبيل عطاس، ص٤٤، وينظر: الموسوعة الاقتصادية د. سميح مسعود، ص٢٨.

<sup>(</sup>٤) ينظر: عمليات البنوك من الوجهة القانونية، ص٣١، النقود والمصارف، ص١٣٦.

<sup>(</sup>٥) ينظر: التقرير السنوي الخامس والأربعين، الصادر من مؤسسة النقد العربي السعودي: www.sama.gov.sa.

<sup>(</sup>٦) الودائع الاستثمارية في البنوك الإسلامية، ص٢٣.

<sup>(</sup>V) الودائع المصرفية النقدية واستثمارها في الإسلام، ص٢٠٩.

<sup>(</sup>A) عمليات البنوك من الوجهة القانونية، ص٣١.

٢- الودائع الآجلة (الاستثمارية): وهي المبالغ المودعة لدى المصرف لغرض استثمارها، ولا يحتُّ للمودع سحبها أو سحب جزء منها قبل تاريخ متفَق عليه، ويحصل المودع على عائد (فائدة أو ربح) بصفة دورية أو في نهاية مدة الإيداع(١).

والغالب تسمية هذه الودائع في المصارف الإسلامية بالودائع الاستثمارية، بينما في المصارف التقليدية يغلب تسميتها بالودائع الآجلة، والمقصود منهما واحد، وهو الاستثمار إلا أنهما يختلفان في طبيعة العلاقة بين المصرف والعميل؛ ففي المصارف الإسلامية تكون العلاقة مبنية على المضاربة أو المرابحة، بينما في المصارف التقليدية تكون العلاقة مبنية على القرض بفائدة (٢).

## وفي الودائع الاستثمارية لا بد من توافر عنصرين:

الأول: المبلغ: فتشترط المصارف ألّا يقلّ المبلغ المودّع عن حدٍّ معين، وقد يتدرَّج معدل العائد في التصاعد كلّما زاد المبلغ المودع (٣).

والثاني: الزمن: فيمنع المودع من سحب وديعته أو بعضها قبل مضي فترة معينة من الإيداع (٤).

٣- الودائع الادِّخارية (ودائع التوفير): وهي المبالغ المودعة لـ دى المصرف وتكون قابلة للسحب عند الطلب، ويحصل المودع على عائد عـن فترة الإيداع<sup>(٥)</sup>. وفي العادة يحتسب العائد على أدنى رصيد تمَّ الاحتفاظ به خلال الفترة.

وهذه الودائع ذات طبيعة مزدوجة، فهي تشترك مع الحسابات الجارية في إمكان السحب منها في أي وقت، ومع الحسابات الاستثمارية فيما تفرضه المصارف من عوائد على المبالغ المدخرة، إلا أنَّ هذه العوائد أقل بكثير من تلك التي على الودائع الاستثمارية (٢).

<sup>(</sup>۱) إدارة البنوك التجارية، ص ١٥٠، وينظر: النقود والمصارف، ص ١٢٦، إدارة البنوك، ص ١٣٣، الودائع المصرفية النقدية واستثمارها في الإسلام، ص ٢١٢.

<sup>(</sup>۲) الودائع المصرفية: أنواعها، استخدامها، استثمارها، ص ۸۱، ۸۳، الودائع الاستثمارية، ص ۲۶، (الودائع المصرفية حسابات المصارف) بحث د. أحمد الكبيسي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ۹/ ۱/۱۷۱.

<sup>(</sup>٣) الإدارة العلمية للمصارف التجارية، ص١٤٣، البنوك الإسلامية: المنهج والتطبيق، ص٦٨.

<sup>(</sup>٤) إدارة البنوك التجارية، ص١٥١، الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية ٥/ ١٣٠.

<sup>(</sup>٥) إدارة البنوك د. زياد رمضان ومحفوظ جودة، ص ٢٠، الودائع المصرفية، ص ١٨٨، الودائع المصرفية النقدية واستثمارها في الإسلام، ص ٢١٠.

<sup>(</sup>٦) إدارة البنوك التجارية، ص١٤٩، موسوعة أعمال البنوك، ص١٣٥، الودائع المصرفية النقدية واستثمارها في الإسلام، ص٢١٠، اقتصاديات النقود والمال، ص١٢٧.

# المبحث الثَّاين

# التعريف بودائع المرابحة وأنواعها

المطلب الأول: التعريف بها.

المقصود بودائع المرابحة: المبالغ المودعة لدى المصرف لغرض استثمارها في عقود مرابحة فقط.

والمرابحة في اللغة: مفاعلة من الربح، وهو: النماء في التَّجْر.

يقال: نقد السلعة مرابحة على كل عشرة دراهم درهم. والمفاعلة هنا ليست على بابها؛ لأن الذي يربح إنما هو البائع، فهي من المفاعلة التي استعملت في الواحد، كسافر، وعافاه الله(١).

والمرابحة في الاصطلاح الفقهي: بيع بمثل الثمن الأول مع زيادة ربح معلوم(٢).

والمرابحة أحد أنواع بيوع الأمانة؛ ذلك أن البيع ينعقد شرعًا بالنظر إلى طريقة تحديد ثمنه بأسلوبين:

الأول: بيع المساومة، وهو بيع السلعة بثمن متفق عليه دون النظر إلى ثمنها الأول الذي اشتراها به البائع.

والثاني: بيع الأمانة، وهو البيع الذي يأتمن فيه المشتري الباثع، ومن ثَمَّ يطلب منه إعلامه بتكلفة المبيع عليه، حتى يبني المشتري الثمن الذي يعرضه البائع وفقًا لتِلْكُم التكلفة. فإذا باع المبيع بأقل من تكلفته سمي البيع وَضِيعة أو حَطِيطة، وإن باعه بمثل التكلفة سمي تولية، وإن باعه بأزيد من التكلفة سمى مرابحة.

وبيع المرابحة حُكِي فيه خلاف يسير (٣)، إلا أنَّ عامة أهل العلم على جوازه، بل حكى غير واحد الإجماع على ذلك (١٠). ولم يزل المسلمون يتعاملون به في مختلف الأعصار والأمصار من

<sup>(</sup>١) لسان العرب ٢/ ٤٤٢، المصباح المنير، ص٨٦، التعريفات الفقهية، ص٤٧٦.

<sup>(</sup>٢) بدائع الصنائع ٥/ ٢٢٠، الخرشي ٥/ ١٧١، روضة الطالبين ٣/ ٥٢٨، الكافي، لابن قدامة ٣/ ١٣٥.

 <sup>(</sup>٣) مغني المحتاج ٢/ ٤٧٦، المغني ٦/ ٢٦٦، المحلى ٩/ ١٤.

<sup>(</sup>٤) منهم الكاساني وابن قدامة وابن هبيرة وابن رشد: بدائع الصنائع ٥/ ٢٢٠، الاختيار ٢/ ٢٧٣، بداية المجتهد ٢/ ٢٥٦، الإفصاح ١/ ٣٥٠، المغنى ٦/ ٢٦٦.

غير نكير، فصحَّ الاتفاق حكمًا على الجواز، وطردًا للقاعدة الشرعية أن: (الأصل في المعاملات الحل حتى يقوم دليل على المنع)(١).

وبيع المكايسة (المساومة) أحبُّ إلى أهل العلم من بيع المرابحة؛ لأنَّ البائع في المرابحة مؤتمن، وقد لا يتيسر له دائمًا ضبط المصروفات التي بذلتْ في الحصول على السلعة، في حين أن بيع المساومة يخلو من هذا الالتزام.

قال في «المغني» – بعد أن نقل قول الإمام أحمد: (والمساومة عندي أسهل من بيع المرابحة) –: (وذلك لأن بيع المرابحة تعتريه أمانة واسترسال من المشتري ويحتاج فيه إلى تبيين الحال...ولا يؤمن هوى النفس في نوع تأويل أو غلط فيكون على خطر وغرر وتجنب ذلك أسلم وأولى)(٢).

وفي «المقدمات الممهدات»: (البيع على المكايسة أحب إلى أهل العلم وأحسن عندهم) (٣). وتتم عمليات المرابحة في المصارف بطريقتين:

الأولى: المرابحة البسيطة، كالتي سبق شرحها عند الفقهاء. وهذه الطريقة قليلة التطبيق؛ لأنها تفترض أن البائع في حوزته السلعة محل البيع قبل طلب المشتري لها، وهذا قليل.

والثانية: أن يطلب راغب في سلعة من غيره شراء سلعة ويعده بشرائها بالأجل بربح معلوم بعد تملكه لها، وهي المعروفة بـ (المرابحة للآمر بالشراء)(١)، أو (المرابحة المركبة)(٥). وقد ذهب جمه ور المعاصرين إلى جوازها بشرط أن يتملك البائع السلعة ويقبضها قبل بيعها وألَّا يكون بينهما مواعدة ملزمة قبل تملك البائع للسلعة(٢). وقد أشار إلى نظير هذه المعاملة عدد من الفقهاء المتقدمين، ونصُّوا على جوازها بالشروط السابقة(٧).

<sup>(</sup>١) فتح القدير ٦/ ١٢٢، مواهب الجليل ٤/ ٤٨٩، حواشي الشرواني ٤/ ٤٢٨.

<sup>(</sup>٢) المغنى ٤/ ١٣٤.

<sup>(</sup>٣) المقدمات الممهدات ٢/ ١٣٩، حاشية الدسوقي ٣/ ١٥٩.

<sup>(</sup>٤) تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية، ص٤٧٦.

<sup>(</sup>٥) المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق، ص١٤٥.

<sup>(</sup>٦) قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم (٤٠- ١٥/ ٢/ ٥، ٣/ ٥) بشأن الوفاء بالوعد والمرابحة للآمر بالشراء، ومعيار المرابحة للآمر بالشراء الصادر من هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، ص٥٠ ١، المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق، ص٥١ ٥.

<sup>(</sup>٧) منهم: الإمام الشافعي: الأم ٣/ ٣٩، ومحمد بن الحسن: المبسوط ٣٠/ ٢٣٧، وابن القيم: إعلام الموقعين ٤/ ٣٧.

ومما سبق يتبين أن ودائع المرابحة تندرج ضمن الودائع الاستثمارية في المصارف الإسلامية؛ ذلك أن الودائع الاستثمارية في المصارف الإسلامية؛ ذلك أن الودائع الاستثمارية في المصارف الإسلامية على نوعين:

الأول: ودائع المضاربة: وفيها يكون العقد الحاكم للعلاقة بين المصرف والعميل المودع هو عقد المضاربة(١)، ويستحق العميل (رب المال) حصة من أرباح الودائع، وللمصرف حصة منها بصفته مضاربًا.

والثاني: ودائع المرابحة، وفيها يكون العقد الحاكم للعلاقة بين المصرف والمودع هو عقد المرابحة، أو يكون المصرف وكيلًا عن المودع في ذلك، والربح الناتج عن هذه المرابحات يستحقه العميل كاملًا، وقد يكون للمصرف أجر على الوكالة في حال البيع على طرف ثالث.

# المطلب الثاني: أنواع ودائع المرابحة وآلية العمل في كل منها:

من خلال استعراض ما يجري عليه العمل في المصارف الإسلامية فإن ودائع المرابحة على نوعين:

## النوع الأول: ودائع الاستثمار المباشر:

وفي هذا النوع من الودائع يوكل العميل المصرف في شراء سلعة نقدًا ثم يبيعها العميل على المصرف بالأجل بربح معلوم.

وسميت بودائع الاستثمار المباشر؛ لأن العميل يستثمر المال مباشرة مع المصرف دون وساطة طرف ثالث.

والعميل في هذه الودائع هو الممول، فلديه السيولة النقدية التي يريد استثمارها في عقود بيع آجلة تحقق له ربحًا آجلًا، بينما المصرف هو المتمول، فهو بحاجة إلى السيولة، ولذا فهو يشتري السلع من العميل بالأجل ثم يبيعها نقدًا، فالعملية تتضمن تورقًا عكسيًّا، ولذا يطلق على هذا النوع من الودائع: التورق العكسي، أو المرابحة العكسية؛ لأن المعتاد أن يكون العميل هو الذي بحاجة إلى النقد بينما الأمر هنا على عكس ذلك.

## وتتم عمليات الاستثمار المباشر وفق الخطوات الآتية(٧):

<sup>(</sup>۱) المضاربة هي: دفع مال لمن يتَّجر فيه بجزء معلوم من ربحه. ينظر: البحر الرائق ٧/ ٦٣، البهجة شرح التحفة ٢/ ٣٥٧، روضة الطالبين ٥/ ١١، شرح المنتهى ٢/ ٣٢٧.

<sup>(</sup>۲) ينظر: Commodity Murabahah Structure for CIMB Bank ينظر: نظر: TaHawwut Master Agreement From International Islamic Financial Market اتفاقية حساب البيع الآجل لدى بنك البلاد، اتفاقية الاستثمار المباشر لدى مصرف الراجحي، اتفاقية حساب الجود الاستثماري لدى بنك الإمارات.

١ - يوكل العميل المصرف في شراء سلعة له -أي للعميل - نقدًا، وتحدد صفات السلعة في نموذج معدًّ لتلك العميل المودع لدى المصرف.

٢- يعدُ المصرفُ العميلَ بشراء السلع منه بالأجل بربح معلوم بعد تملك العميل لها؛ أي
 بعد تنفيذ المصرف عقد الشراء الذي وكل به.

٣- يقوم المصرف بشراء السلعة من أحد الموردين، وفي العادة تكون من السلع الدولية من
 سوق لندن للمعادن، أو من غيره من الأسواق الدولية.

٤ - يبلغ المصرف العميل بشراء السلعة لصالحه، ومن ثُمَّ يقوم العميل ببيع السلعة على المصرف بالأجل، بالربح المحدد في الوعد السابق.

٥- وبعد تملك المصرف للسلعة يبيعها نقدًا على مورد آخر غير الذي اشتراها منه.

٦- يـودع المصـرف الثمـن الآجل الذي اشـترى به السـلعة مـن العميل عند حلـول الأجل
 المتفق عليه.

والمبالغ التي تتم بها عمليات المرابحة في هذه الودائع مضمونة على المصرف؛ ولذا تظهر ضمن المطلوبات على المصرف في مركزه المالي.

النوع الثاني: ودائع الوكالة في الاستثمار.

وفي هذا النوع من الودائع يوكل العميل المصرف في شراء سلعة نقدًا ثم يوكله في بيعها على طرف ثالث بالأجل(١٠).

والربح المستحق في عمليات المرابحة يكون للعميل، ويستحق المصرف أجرًا مقابل قيامه بأعمال الوكالة، ويكون الأجر بنسبة من قيمة المرابحة التي يتمُّ تنفيذها.

#### وتتم عمليات الوكالة في الاستثمار وفق الخطوات الآتية:

١ - يوكل العميل المصرف في شراء سلعة له - أي للعميل - نقدًا، وتحدد صفات السلعة في نموذج معد لتلك العمليات، على أن يتم خصم ثمنها النقدي من حساب العميل المودع لدى المصرف.

٢ - يقوم المصرف بشراء السلعة من أحد الموردين، وفي العادة تكون من السلع الدولية من
 سوق لندن للمعادن، أو من غيره من الأسواق الدولية.

<sup>(</sup>١) ينظر: منتج الوكالة في الاستثمار في بنك البلاد قرار الهيئة الشرعية رقم (٢٧) عقد وكالة بالاستثمار في المرابحات الدولية في بيت التمويل الكويتي (فرع البحرين)، ودائع المرابحات الدولية في بيت التمويل الكويتي (فرع البحرين)، ودائع المرابحات الدولية في البنك العربي الوطني.

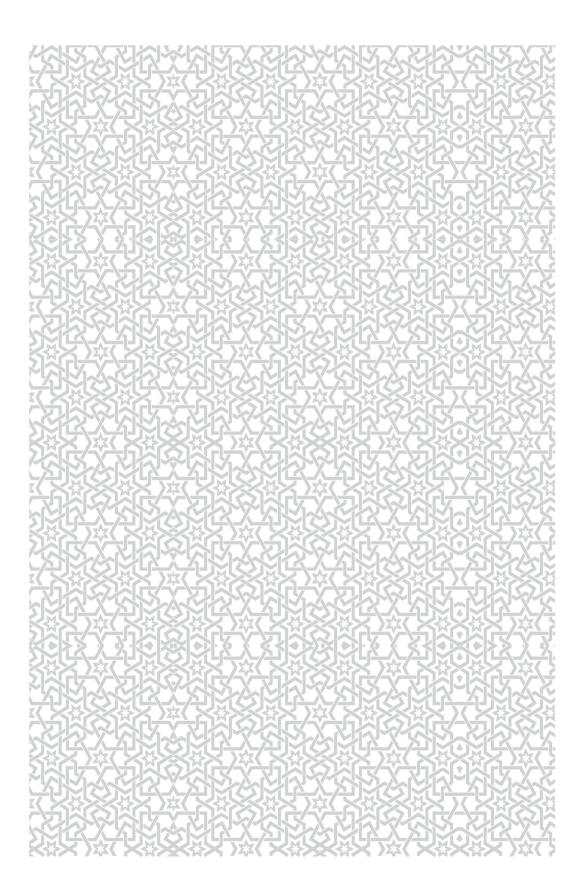
٣- يبلغ المصرف العميل بشراء السلعة لصالحه، ومن ثَمَّ يقوم العميل بتوكيل المصرف
 ببيع السلعة على طرف ثالث بالأجل بربح محدد.

٤ - يتوكل المصرف عن العميل في تحصيل ثمن المرابحة عند حلوله ومن ثُمَّ يودعه في حساب العميل.

٥- يستحق المصرف مقابل قيامه بأعمال الوكالة نسبةً من قيمة المرابحة.

ومن الواضح أن المبالغ في هذا النوع غير مضمونة على المصرف؛ وإنما على الطرف الثالث ولذا لا يظهر مبلغ الوديعة ضمن المركز المالي للمصرف؛ ولذا فإن معظم المودعين يرغبون في النوع الأول؛ لكون دين المرابحة مضمونًا على المصرف.





# الفصل الأول التأصيل الشرعي لودائع المرابحة وفيه ثلاثة مباحث: المبحث الأول: تكييف ودائع الاستثمار المباشر وحكمها. المبحث الثاني: تكييف ودائع الوكالة في الاستثمار وحكمها. المبحث الثالث: الأحكام المتعلقة بودائع المرابحة.



# لمبحث الأول

# تكييف ودائع الاستثمار المباشر وحكمها

وفيه مطلبان:

# المطلب الأول: تكييفها الشرعي.

يشتمل عقد وديعة الاستثمار المباشر على وكالة ومرابحة وتورق، وبيان ذلك كالآتي:

# أولًا: الوكالة.

ومن السنة ما روى عروة البارقي رَضَّوَالِلَهُ عَنْهُ أَن النبي صَلَّاللَهُ عَلَيْهُ أَعطاه دينارًا ليشتري له شاة فاشترى له به شاتين فباع إحداهما بدينار وجاءه بدينار وشاة فدعا له بالبركة في بيعه، وكان لو اشترى التراب لربح فيه (٤٠).

## ثانيًا: المرابحة.

إذ إن بيع العميل السلعة للمصرف بالأجل من قبيل بيع المرابحة؛ لأنه يبيعها برأس مالها الذي اشتريت به، وهو تكلفة الشراء، وربح معلوم، وهذا هو عقد المرابحة؛ إلا أنَّ المرابحة هنا هي من النوع الثاني الذي سبق بيانه وهو المرابحة للآمر بالشراء؛ لأن المصرف يعِدُ العميل بشرائها منه قبل أن يتملكها العميل.

<sup>(</sup>۱) الإجماع لابن المنذر، ص۱۲۸، الإفصاح ۲/ ۱۰، تكملة فتح القدير ۷/ ۳، بدايــة المجتهــد ۲/ ٣٦٦، فتح العزيز ۱۱/ ۷۰ المغنى ۷/ ۱۹٦.

<sup>(</sup>٢) سورة الكهف، الآية: ١٥.

<sup>(</sup>٣) الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي ١٠/ ٢٤٤.

<sup>(</sup>٤) أخرجه البخاري (٣٦٤٢)، وأبو داود (٣٣٨٤)، وأحمد ٤/ ٣٧٦.

# ثالثًا: التورُّق.

بيع المصرف للسلعة في السوق على طرف ثالث يعَدُّ تورُّقًا. والمستورق هنا هو المصرف؛ لأنَّ المبلغ النقدي الذي تباع به السلعة مستحقُّ له وليس للعميل.

# والتورُّق الذي تجريه المصارف نوعان:

الأول: التورُّق البسيط: وهو المعروف عند الفقهاء المتقدمين، وصورته: أن يشتري من يحتاج إلى نقد سلعة بثمن مؤجل ثم يبيعها على غير البائع نقدًا، من دون أن يكون هناك توكيل من المشتري (المستورق) للبائع (الممول) ببيع السلعة على الطرف الثالث، وهذا النوع من التورق فيه خلاف معروف بين الفقهاء المتقدمين (۱۱)، وليس هذا موضع بسطِ هذا الخلاف، وجمهور العلماء المعاصرين على الجواز، وبه صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي (۱۲)، وهو الأظهر إذا تحققت شروطه، ومنها أن يكون البيع بعد تملك السلعة وقبضها، وأن تباع على غير البائع الأول.

والثاني: التورق المنظم: وفيه يتم توكيل المصرف في شراء السلعة كما في التورق المصرفي العكسي، أو في بيعها كما في التورق المصرفي التمويلي، وهذا النوع فيه خلاف كبير ستأتي الإشارة إليه في المطلب التالي. والتورق في ودائع الاستثمار المباشر هو من هذا النوع.

# المطلب الثاني: حكمها الشرعي.

اختلف الباحثون المعاصرون في حكم ودائع الاستثمار المباشر على قولين:

القول الأول: جواز ودائع الاستثمار المباشر إذا تمَّ العقد على سلع معينة وتحقق فيها الملك قبل البيع، على أن يتولَّى العميل بيع السلع على المصرف بنفسه، بحيث لا يتولى المصرف طرفي العقد. وقد أخذ بهذا القول عدد من الهيئات الشرعية للمصارف الإسلامية (٣).

وحجة هذا القول: أنَّ العقد مستوفِ لشروطه وأركانه، والملك فيه حقيقي وليس صوريًّا، وكلَّ من الوكالة والمرابحة والتورُّق التي تتكون منها العمليات في هذه الودائع من العقود الجائزة شرعًا؛ عملًا بالقاعدة الشرعية أن (الأصل في المعاملات الحل والإباحة).

<sup>(</sup>۱) ينظر:البحر الرائق ٦/ ٢٥٦، حاشية الدسوقي ٣/ ٨٨، الأم ٣/ ٧٨، إعلام الموقعين ٣/ ١٣٥، الفروع ٤/ ١٧١، ومصطلح التورق خاص عند الحنابلة دون غيرهم.

<sup>(</sup>٢) ينظر: الدورة الخامسة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي بالرابطة، مجلة البحوث الإسلامية ع ٧، ص٥٣، أقسام المداينات، ص٧٠١.

<sup>(</sup>٣) مثل: المجلس الشرعي للسوق المالية الإسلامية (International Islamic Financial Market)، والهيئة الشرعية لمصرف الراجحي قرار الهيئة رقم (٥٣٣)، والهيئة الشرعية لبنك البلاد، قرار الهيئة رقم (١٣)، وغيرها.

القول الثاني: تحريم ودائع الاستثمار المباشر، وهي نوع من التورُّق المنظم؛ إذ لا فرق بين أن يكون المستورق هو العميل -كما في التورق المنظم العادي- أو المصرف -كما في التورق المنظم العكسى.

وممَّن أخذ بهذا القول مجمع الفقه الإسلامي الدولي (١)، ومجمع الفقه الإسلامي برابطة العالم الإسلامي (٢) وعدد من العلماء المعاصرين (٣).

# ومستندات القائلين بالتحريم ما يلي(٤):

١ – أن التزام المصرف بالشراء – وهو الوكيل عن العميل - يعدُّ حيلة على الربا؛ إذ المتأمل في حقيقة المعاملة لا يراوده الشك في أنَّ المقصود منها مبادلة نقد حاضر بنقد آجل أكثر منه.

٢ - ولأن العميل يبيع ما لا يملك؛ إذ يتم العقد -سواء في التورق المنظم أو في التورق العكسى على سلع موصوفة في الذمة غير معينة.

٣- ولأن واقع هذه المعاملة أن السلعة الواحدة تباع على جهات متعددة في وقت واحد؛ لأن المورِّد يعلم أن المستثمر لا غرض له في السلعة، فملكية المستثمر للسلعة صورية وليست حقيقية.

٤- أنَّ المعاملة تعدُّ من بيوع العِينة.

ويمكن أن يناقش: بأن هـ ذه المعاملة تختلف عن العِينة، ففي العِينة تباع السلعة على البائع الأول، بينما هنا تباع على غير من اشتريت منه.

٥- ولأن الغرض من المعاملة هو التمويل النقدي، والسلعة ليست مقصودة للطرفين.

**ويناقش**: بأن هذا يرد على التورق البسيط الذي أجازه جمهور الفقهاء فإن غرض المستورق منه هو النقد وليس السلعة.

# الترجيح بين القولين:

الذي يترجح للباحث أن ودائع الاستثمار المباشر لا تخلو من حالين:

الحال الأولى: أن يكون هناك ترتيبٌ بين الطرفين على أن يبيع العميل السلع التي تُشترَى

<sup>(</sup>١) الدورة التاسعة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي، قرار التورق المصرفي.

<sup>(</sup>٢) قرار مجمع الفقه الإسلامي برابطة العالم الإسلامي (٤/ ١٩/٨ ١٤٢٨ هـ).

<sup>(</sup>٣) ينظر الأبحاث المقدمة للدورة التاسعة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي الدولي؛ حيث قدم للدورة تسعة عشر بحثًا، وذهب جُلُّ الباحثين إلى التحريم.

<sup>(</sup>٤) المراجع السابقة.

له على المصرف، والتزام من قبل المصرف (الوكيل في الشراء) نصًّا أو عرفًا بشرائها، فالعقد في هذه الحال محرم؛ لأنه حيلة ظاهرة على الربا؛ فإن حقيقة المعاملة مبادلة نقد حاضر بنقد آجل مع الزيادة.

والحال الثانية: أن يوكل العميل المصرف في شراء السلعة نقدًا ثم بعد تملكه وقبضه لها يكون له الاختيار في الاحتفاظ بها أو بيعها على غير المصرف أو بيعها على المصرف، فيختار بنفسه البيع على المصرف من دون ترتيبات سابقة لذلك ولا التزام من المصرف بالشراء بالأجل، فلا يظهر في هذه الحال محظور شرعي.

# ويجب في هذه الحال التحقق من الضوابط الآتية:

١ – أن يكون بمقدور العميل التصرف في السلعة بأخذها أو بيعها من غير طريق المصرف أو غير ذلك من أنواع التصرفات، بحيث لا يكون مجبرًا على بيعها على المصرف.

٢- أن تكون السلعة خلال فترة تملك العميل لها من ضمانه؛ لا من ضمان المصرف؛ لئلًا يدخل في: (نهيه صَلَّاللَّهُ كَلَيْهُ وَسَلَّمَ عن ربح ما لم يُضُمَن)(١).

٣- أن يكون في سلع معينة، لا موصوفة في الذمة؛ لأن الموصوف في الذمة غير المقبوض
 لا يجوز بيعه بالأجل؛ لأنه من بيع الكالئ بالكالئ، وقد ورد عن النبي صَالَاللَهُ عَلَيْهِ وَسَالَةُ (النهي عن بيع الكالئ بالكالئ بالكالئ) (٢). والحديث وإن كان ضعيفًا إلا أنه حكى الإجماع على معناه.

٤ - ألا يتصرف مشتري السلعة فيها بالبيع إلا بعد تملكه لها وقبضها القبض المعتبر شرعًا.
 ويلحق بالبيع في المنع: المواعدة الملزمة للطرفين؛ إذ لا يجوز أن يكون ثمَّ مواعدة ملزِمة على
 إجراء العقد قبل الملك؛ إذ المواعدة الملزمة في حكم البيع، وهذا ما أخذ به مجمع الفقه الإسلامي

<sup>(</sup>۱) أخرجه أحمد (۲۲۲۸)، وأبو داود (۲۰۰۶)، والترمذي (۱۲۳۶)، والنسائي (۲۲۸۹)، وابن ماجه (۲۱۸۸)، من حديث عبد الله بن عمرو رَضِيَلِتُهُ عَنْهَا. وهو حديث صحيح.

<sup>(</sup>۲) أخرجه عبد الرزاق (۲33)، والدارقطني (۲٦٩)، والبيهقي ٥/ ٢٩٠، والطحاوي في شرح معاني الآثار 
٤/ ٢١، والحديث ضعفه الإمام أحمد فقال: (ليس في هذا حديث يصح)، والشافعي والدارقطني والبيهقي 
وابن عدي وابن حجر والشوكاني والألباني. ينظر: نصب الراية ٤/ ٣٩، التلخيص الحبير ٣/ ٢٦، الدراية 
٢/ ١٥٧، نيل الأوطار ٦/ ٢٤٠، التعليق المغني على سنن الدارقطني ٣/ ٧١، إرواء الغليل ٥/ ٢٢٠. 
غير أن هذا الحديث مع ضعف إسناده فقد تلقّته الأمة بالقبول، وأجمعوا على المنع من بيع الكالئ بالكالئ، 
قال الإمام أحمد: (إجماع الناس على أنه لا يجوز بيع الدين بالدين) المغني ٦/ ٢٠١، وممن حكى الإجماع 
أيضًا: ابن المنذر في الإجماع، ص ٩٢، وابن قدامة في المغني ٦/ ٢٠١، وابن تيمية في مجموع الفتاوى 
٢٢/ ٢٥، وابن عرفة المالكي، نقل ذلك عنه الموَّاق في التاج والإكليل ٦/ ٢٣٢، والسبكي في تكملة 
المجموع ١/ ٢٠٠،

الدولي في المواعدة في المرابحة، ونص القرار: (المواعدة -وهي التي تصدر من الطرفين- تجوز في بيع المرابحة بشرط الخيار للمتواعدين كليهما أو أحدهما، فإذا لم يكن هناك خيار فإنها لا تجوز، لأن المواعدة الملزمة في بيع المرابحة تشبه البيع نفسه، حيث يشترط حينتل أن يكون البائع مالكًا للمبيع حتى لا تكون هناك مخالفة لنهى النبي صَلَّاللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن بيع الإنسان ما ليس عنده (١١)(٢).

٥- ألَّا تباع السلعة على المورد الأول الذي اشتريت منه؛ لثلَّا يدخل في بيع العِينة.

٦- أن يتولّى العميل بنفسه بيع السلعة على المصرف بحيث لا يتولى المصرف طرفي العقد؛
 تجنبًا للصورية في العقد.

فإذا اختلَّ أيُّ من الضوابط السابقة فهو من التورق الممنوع.

وعند التأمل فإن الضابط الأول هو حجر الزاوية في هذه المسألة، فبالنظر في تطبيقات الاستثمار المباشر في المصارف الإسلامية نجدُ أنَّ العميل الذي تُشترى له السلعة ليس أمامه إلا خيار واحد وهو أن يبيعها على المصرف، ولو رغب في الاحتفاظ بها أو نقلها إلى غير المصرف أو بيعها على عير المصرف أو بيعها على سلع دولية تتمُّ هذه المرابحات على سلع دولية يتعذر فيها التسليم الفعلي، مما يؤكد الجزم بأن ملكية العميل لتلك السلع ملكية صورية لا حقيقة لها إلا في الورق الذي كتبت فيه العقود.

وعلى هذا: متى كان هناك سوق مفتوحة يتمكن العميل من أن يشتري سلعة نقدًا بنفسه أو بتوكيل غيره، ثم بعد شرائه وقبضه لها كان له الاختيار بين الاحتفاظ بها أو أن يبيعها على من يشاء من المشترين في السوق فاختار بيعها على المصرف لكونه أفضل عرض حصل عليه فلا يظهر ما يمنع من ذلك شرعًا، ومثل ذلك في التورق التمويلي؛ حيث يشتري العميل السلعة بالأجل ويقبضها، ثم يكون له الاختيار في التصرف فيها فيختار توكيل المصرف الذي اشتراها منه بدون ترتيبات سابقة أو وعد أو مواعدة بذلك فلا يظهر في هذا التوكيل محظور شرعي، ولا يتعارض مع ما ذكره الفقهاء في التورق، بل ورد في فتوى لسماحة الشيخ محمد بن إبراهيم عن رجل الشيخ المفتي العام الأسبق للمملكة العربية السعودية ما يدلُّ على الجواز، حيث سئل رَحَمُهُ اللَّهُ عن رجل اشترى من تاجر سلعة بالأجل يريد التورق ووكَّله ببيعها في الحراج وقبض الثمن نيابة عنه فأجاز ذلك".

<sup>(</sup>۱) أخرجه أحمد ٣/ ٤٠٢، وأبو داود (٣٠٥٣)، والترمذي (١٢٣٢)، والنسائي (٤٦١٣)، وابن ماجه (٣١٨٧)، من حديث حكيم بن حزام رَهَوَاللَّهُ عَنْهُ وهو حديث صحيح.

<sup>(</sup>٢) قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم ٤٠، ١٤ (٢/ ٥، ٣/ ٥) بشأن الوفاء بالوعد والمرابحة للآمر بالشراء.

 <sup>(</sup>٣) فتاوى ورسائل سماحة الشيخ محمد بن إبراهيم رَحَمُهُ اللَّهُ ٧/ ٦٤.

وباستعراض تطبيقات ودائع الاستثمار المباشر في المصارف الإسلامية فإن معظمها -مع الأسف، باستثناء بعض البنوك الإسلامية الرصينة - تندرج تحت الحالة الأولى؛ حيث يكون هناك وعد ملزم من المصرف بشراء السلعة من العميل، وليس أمام العميل خيار إلا ببيعها على المصرف، بل تشترط بعض المصارف أنَّ لها الحق في بيع السلع المشتراة لصالح العميل إذا تأخر العميل في تنفيذ البيع؛ وتعتبر ذلك من باب تصرف الفضولي، وهذا إلى التمويل الربوي أقرب منه إلى التمويل الإسلامي.



# المبحث الثَّاين

# تكييف ودائع الوكالة في الاستثمار وحكمها

وفيه مطلبان:

# المطلب الأول: تكييف ودائع الوكالة في الاستثمار.

يشتمل عقد وديعة الوكالة في الاستثمار على وكالة بأجر ومرابحة، وبيان ذلك كالآتي:

أولًا: الوكالة.

فالعميلُ يوكل المصرف ابتداءً في شراء سلعة نقدًا، ثم بعد تملكها يوكله في بيعها بالأجل على طرف ثالث، فالمصرف هنا وكيل بأجر، والأجر المستحقُّ له بنسبة من قيمة المرابحة.

والوكالة وإن كان الأصل فيها أنها من عقود الإرفاق، إلا أنَّ الوكيل لو اشترط عوضًا فإن هذا الشرط صحيح وملزم. قال في «القوانين الفقهية»: (تجوز الوكالة بأجرة وبغير أجرة، فإن كانت بأجرة فحكمها حكم الإجارات، وإن كانت بغير أجرة فهو معروف من الوكيل)(١).

وقال ابن قدامة رحمه الله تعالى: (ويجوز التوكيل بجُعل وبغير جُعل). ثم استدلَّ لذلك بأنَّ النبي صَلَّلَتُهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كان يبعث عمَّاله لقبض الصدقات، ويجعل لهم عُمالة، ولهذا قال له ابنا عمه: لو بعثتنا على هذه الصدقات فنؤدى إليك ما يؤدى الناس، ونصيب ما يصيبه الناس؟)(٢).

قال: (فإن كانت بجعل استحق الوكيل الجعل بتسليم ما وكل فيه إلى الموكل إن كان مما يمكن تسليمه، كثوب ينسجه أو يقصره أو يخيطه، فمتى سلمه إلى الموكل معمولًا فله الأجر، وإن كان الخياط في دار الموكل، فكلما عمل شيئًا وقع مقبوضًا وإن وكل في بيع أو شراء أو حج استحق الأجر إذا عمله وإن لم يقبض الثمن في البيع)(٣).

وفي «مجلة الأحكام العدلية»: (إذا اشترطت الأجرة في الوكالة وأوفاها الوكيل فيستحقها،

<sup>(</sup>۱) القوانين الفقهية، ص٤٤٤، وانظر: الكافي لابن عبد البر ٢/ ٧٨٧، شرح الزرقاني على الخليل ٦/ ٩١، شرح الدسوقي ٣/ ٣٩٦، التاج والإكليل ٧/ ٢١٤.

<sup>(</sup>۲) أخرجه مسلم (۱۰۷۲)، وأحمد (۱۷۵۲۰)، وأبو داود (۲۹۸۵)، من حديث عبد المطلب بن ربيعة بن الحارث.

<sup>(</sup>٣) المغنى ٧/ ٢٠٥، وانظر: شرح المنتهى ٢/ ٣١٧، الإقناع ٢/ ٤٣٩، المبدع ٤/ ٣٨٥.

وإن لم تشترط ولم يكن الوكيل ممن يخدم بالأجرة فيكون متبرعًا وليس له المطالبة بالأجر)(١).

والوكالة إذا كانت بعوض: فإما أن يكون هذا العوض أجرًا فتأخذ حكم الإجارات، وإمّا أن يكون جُعلًا فلها حكم الجعالات. ويبين في «شرح الخرشي» صورة الإجارة والجعالة في العقد بقوله: (وصورة الإجارة أن يوكله على عمل بأجرة معلومة، كقوله: وكّلتك على تقاضي ديني من فلان وقدره كذا، وصورة الجِعَالة أن يقول: وكلتك على مالي من الدين من غير تعيين قدره، أو يعين له قدره ولكن لا يعين له من هو عليه.. وليس المراد أنها وقعت بلفظ الإجارة أو الجِعالة، وإنما المراد أنه عين فيها الزمن أو العمل إذا وقعت بأجرة) (٢).

والأقرب في صورة الوكالة في الاستثمار أن العوض فيها يعدُّ أجرًا لا جعلًا؛ لأن العمل والمبلغ معلومان، فهي من قبيل الإجارة لا الجعالة. وعلى هذا فيشترط في العقد شروط الإجارة من حيث العلم بالأجرة والمنفعة المتعاقد عليها، ويكون العقد لازمًا، ولو كان بلفظ الوكالة.

وذكر الشافعية خلافًا فيما لو عقد بلفظ الوكالة وشرط فيها أجرًا، فهل تعتبر وكالة جائزة تغليبًا للصيغة أم إجارة لازمة تغليبًا للمعنى؟ قال في «فتح العزيز»: (إذا شرط فيها -أي الوكالة جعلًا معلومًا واجتمع شرائط الإجارة، وعقد العقد بصيغة الإجارة فهو لازم، وإن عقدا بصيغة الوكالة فيمكن تخريجه على أن الاعتبار بصيغ العقود أو بمعانيها)(٣).

#### ثانيًا: المرابحة.

فالمصرِف يبيع السلعة نيابةً عن العميل إلى طرف ثالث بالأجل بربح معلوم، والبيع هنا من قبيل بيع المرابحة؛ لأنه بيع برأس المال -وهو تكلفة الشراء- وربح معلوم.

# المطلب الثاني: حكم ودائع الوكالة في الاستثمار.

لا يظهر في وديعة الوكالة في الاستثمار محظورٌ شرعيٌّ؛ إذ لا يشتمل العقد في إطاره العام على على تورُّق منظم أو على عينة؛ لأن البيع يكون على غير المصرف؛ ولا خلاف بين أهل العلم على جواز أن يتوكَّل الشخص عن غيره في شراء سلعة ثم بيعها. يدلُّ على ذلك حديث عروة البارقي السابق فإنه تُو كُل عن النبي صَالِللهُ عَلَيهُ وَسَلَم في شراء الأضحية ثم باعها نيابة عنه، وأقرَّه النبي صَالِللهُ عَلَيهُ وَسَلَم على ذلك.

وكون أجرة الوكيل بنسبة من مبلغ المرابحة لا محظور فيه؛ لأن هذه النسبة تئول إلى العلم، وقد جوَّز كثيرٌ من أهل العلم نظائر لهذه المسألة يكون فيها الأجر بنسبة من مبلغ يئول إلى العلم.

<sup>(</sup>١) مجلة الأحكام العدلية، ص٢٨٥، م/ ١٤٦٧.

<sup>(</sup>٢) الخرشي على مختصر خليل ٦/ ٨٦.

<sup>(</sup>٣) فتح العزيز ١١/ ٧٠، وينظر: أسنى المطالب ٢/ ٢٧٨، مغنى المحتاج ٣/ ٢٥٧، نهاية المحتاج ٥/ ٥٢.

قال في «البهجة شرح التحفة»: (ومن هذا، أي مما يعفى فيه عن تسمية الأجر في الإجارة-: اعْمَل على دابتي فما حصل فَلَكَ نصفُه.. وعلى ذلك تخرج أجرة الدلّال بربع عشر الثّمن مثلًا)(١).

وفي «المغني»: (ويجوز أن يستأجر سمسارًا.. ويجوز على مدة معلومة.. فإن عَيَّن العملَ دون الزمان، فجعل له من كل ألف درهم شيئًا معلومًا صحَّ أيضًا)(٢).

ونقل ابنُ قدامة رَحَمُهُ اللهُ صورًا متعددةً يصحُّ فيها أنْ يكون أجر العامل جزءًا مشاعًا مما ينتج من عمله، كما لو دفع دابَّته لرجل ليعمل عليها، وما يرزقُ اللهُ بينهما نصفين أو أثلاثًا، أو دفع ثوبه بالثلث والربع، أو أعطى فرسه على النصف من الغنيمة، ثم قال: (وقد أشار أحمد إلى ما يدل على تشبيهه لمثل هذا بالمزارعة. وهذا يدل على أنه قد صار في هذا ومثله إلى الجواز لشبهه بالمساقاة والمزارعة لا إلى المضاربة ولا إلى الإجارة)(٣).

وجوَّز فقهاء المالكية المجاعلة على اقتضاء الدَّين بجزء منه كالرُّبُع مثلًا، وأن يقول له: احصد زرعى، وما حصدت فلكَ نصفُه، من غير تعيين ما يحصد (٤٠).

وبناءً على ما سبق؛ فيجوز الدخول في عقد وديعة الوكالة في الاستثمار بالضوابط الآتية:

۱ – أن يكون العقد في سلع معينة، ويمكن التحقق من هذا الضابط في السلع الدولية بالحصول على الرقم التسلسلي (serial number) للسلعة، وأما الموصوف في الذمة فلا يجوز أن يكون محلًا للعقد هنا إلا بعد قبضه وتعيينه؛ لأنه يباع بثمن آجل، فإذا بيع وهو موصوف غير معين مؤجلًا فيدخل في بيع الدَّين بالدَّين (٥).

٢- ألّا تباع السلعة إلا بعد تملك العميل لها وقبضها القبض المعتبر شرعًا، ويعدُّ قبض المصرف نيابة عنه كافيًا في ذلك؛ لأن قبض الوكيل بمنزلة قبض الموكل. ويلحق بالبيع في المنع: المواعدة الملزمة للطرفين؛ إذ لا يجوز أن يكون ثَمَّ مواعدة مُلزِمة بين المصرف والمشتري الثاني على إجراء العقد قبل الملك؛ إذ المواعدة الملزمة في حكم البيع (٢).

٣- ألَّا تباع السلعة على المورد الأول الذي اشتريت منه؛ تجنبًا للعِينة المحرمة شرعًا.

<sup>(</sup>١) البهجة شرح التحفة ٢/ ٢٩٩.

<sup>(</sup>٢) المغني ٨/ ٤٤.

<sup>(</sup>٣) المغني ١١٦/٧.

<sup>(</sup>٤) البهجة شرح التحفة ٢/ ٣١١، حاشية الدسوقي ٤/ ١٠.

<sup>(</sup>٥) ينظر: الإفصاح ١/ ٣٦١، أحكام القرآن للجصاص ١/ ٦٣٧، المنتقى شرح الموطأ ٦/ ٣٥، فتح العزيز ٨٠٠٨، نظرية العقد، ص٢٠٥، المغنى ٦/ ٦٠، إعلام الموقعين ١/ ٢٩٣.

<sup>(</sup>٦) ينظر قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم ٤٠، ١٤ (٢/ ٥، ٣/ ٥).

﴿ ٦٠ ﴾

٤ - أن يكون بمقدور العميل التصرف في السلعة بأخذها أو بيعها من غير طريق المصرف أو غير ذلك من أنواع التصرفات، بحيث لا يكون مجبرًا على توكيل المصرف ببيعها.



# لمبح<u>د الث</u>الث

# الأحكام المتعلقة بودائع المرابحة(١)

# المطلب الأول: القبض في عقود ودائع المرابحة.

تقدَّم معنا أنَّ من ضوابط صحة ودائع المرابحة بنوعيها -ودائع الاستثمار المباشر وودائع الاوكالة في الاستثمار - أن يقبض العميل السلعة قبل بيعها مرابحة على المصرف، والقبض جاء على لسان الشارع مطلقًا من غير تقييد لا في الشرع ولا في اللغة؛ ولذا نصَّ عامة الفقهاء على أن المرجع في تحديده إلى العرف، فما تعارف الناس على أنه قبض اعتبر قبضًا شرعيًّا، وما لا فلا(٢).

قال شيخ الإسلام ابن تيمية رَحَمُهُ اللَّهُ: (القبض مرجعه إلى عرف الناس؛ حيث لم يكن له حدُّ في اللغة ولا في الشرع)(٣).

وقال الشيخ محمد بن إبراهيم رَحَمَهُ اللهُ: (ونعرف أن القبض من الأمور التي تختلف باختلاف المقبوضات، فما جاء فيه التنصيص في الشرع صار القبض فيه إلى مقتضى التنصيص وما لا فيرجع فيه إلى المتعارف)(٤).

ولا خلاف بين أهل العلم على أن المبيع إذا كان طعامًا فلا يجوز بيعُه قبل قبضه (٥)، وأما غير الطعام فاختلفوا فيه على أربعة أقوال:

القول الأول: المنع من بيع المبيع قبل قبضه مطلقًا، عقارًا كان أو منقولًا. وهذا مذهب الشافعية (٢).

<sup>(</sup>١) تم دمج الأحكام المتعلقة بنوعي ودائع المرابحة لاتفاقهما في معظم هذه الأحكام، وما يختص بأحدهما من أحكام يبين في موضعه.

<sup>(</sup>۲) بدائع الصنائع ٥/ ١٤٨، رد المحتار ٧/ ٩٦، مواهب الجليل ٤/ ٤٧٧، حاشية الدسوقي ٣/ ١٤٥، أسنى المطالب ٢/ ٨٦، مغنى المحتاج ٢/ ٤٦٧، المغنى ٦/ ١٨٦، كشاف القناع ٤/ ١٤٧٥.

<sup>(</sup>۳) مجموع الفتاوي ۳۰/ ۲۷۵.

<sup>(</sup>٤) فتاوى ورسائل الشيخ محمد بن إبراهيم ٧/ ١٠٣.

 <sup>(</sup>٥) الإفصاح ١/ ٣٤٣، التمهيد ١٣ / ٣٣٤، المغني ٦/ ١٨٩، وحكي خلاف عن عثمان البَتِّي إلا أنه خلاف شاذً
 كما ذكر ذلك أهل العلم.

<sup>(</sup>٦) المجموع شرح المهذب ٩/ ٢٧٠، حاشيتا قليوبي وعميرة ٢/ ٢٦٣.

ومن أدلَّتِهم ما روى زيد بن ثابت رَضَالِتَهُ عَنهُ أنَّ رسول الله صَالَّتَهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نهى أن تباع السلع؛ حيث تبتاع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم)(١). وهذا النهي عامٌ في كل السلع.

القول الثاني: أنَّ النهي خاص بالمنقولات دون العقار. وهذا مذهب الحنفية(٢).

وعلَّلوا ذلك بأنَّ في المنقول غرر انفساخ العقد الأول بهلاك المبيع، وهو علة النهي عن بيع المبيع قبل قبضه، وهذا المعنى غير موجود في العقار؛ فإن الهلاك فيه نادر(٣).

ولكن نوقش: بأن هذا منتقض بالمنقولات التي لا يتصور هلاكها كالحديد الكثير، وبالعقار الذي لا يؤمن فسخ العقد بهلاكه كعلو الدار(٤٠).

القول الثالث: أنَّ النهي خاص بالطعام إذا اشتري بكيل أو وزن. وهذا مذهب المالكية (٥).

واستدلُّوا: بما روى ابن عمر رَضَالِلَهُ عَنْهَا عن النبي صَالِللهُ عَلَيْهِ وَسَلَمٌ أنه قال: «مَنِ ابْقَاعَ طَعَامًا، فَلَا يَبِعْهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَهُ» (١٠)، وعن ابن عباس رَضَالِلَهُ عَنْهَا أنه قال: (أما الذي نهى عنه النبي صَالَللهُ عَلَيْهِ وَسَلَمُ فَهُو الطعام أن يباع حتى يقبض) (٧).

ويناقش استدلالهم: بأنَّ ما في هذه الأحاديث ليس تخصيصًا؛ لأن من شرط المخصص أن يكون مخالفًا، فقد ثبت النهي عن بيع عموم السلع قبل قبضها، ومن المحتمل أن يكون ذكر الطعام خرج مخرج الغالب، فلا مفهوم له (١٠)؛ ولذا فإن ابن عباس رَصَالِتُهُ عَنْهُا وهو من رواة الحديث قال: (وأحسب كل شيء بمنزلة الطعام).

القول الرابع: لا يجوز بيع ما اشتري بوزنٍ أو كيلٍ أو عدٍّ أو ذرع حتى يُقبض، وفيما عدا ذلك يجوز بيعه قبل قبضه.

<sup>(</sup>۱) أخرجه أحمد ٥/ ١٩١، وأبو داود (٣٤٩٩)، وابن حبان - الإحسان ١١/ ٣٦٠، والدارقطني ٣/ ١٣، والحاكم ٢/ ٤٠، والحديث صححه ابن حبان والحاكم وقال: (صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه) ووافقه الذهبي وصححه النووي في المجموع ٩/ ٢٧١.

<sup>(</sup>٢) بدائع الصنائع ٥/ ١٨٠.

<sup>(</sup>٣) بدائع الصنائع ٥/ ١٨٠، فتح القدير ٦/ ١٣٥.

<sup>(</sup>٤) المجموع شرح المهذب ٩/ ٢٧٢، الحاوي الكبير ٥/ ٢٢٢.

<sup>(</sup>٥) المنتقى شرح الموطأ ٦/ ٢٧٢، بداية المجتهد ٢/ ١٧٢، التاج والإكليل ٦/ ٤٢٢.

<sup>(</sup>٦) أخرجه البخاري (٢١٣٣)، ومسلم (١٥٢٦).

<sup>(</sup>٧) أخرجه البخاري (٢١٣٥)، ومسلم (١٥٢٥).

<sup>(</sup>٨) تهذيب السنن ٥/ ١٣٣.

وهـذا مذهـب الحنابلة، قالوا: إن الطعـام المنهي عن بيعه قبل قبضه لا يـكاد يخلو من كونه مكيلًا أو موزونًا أو معدودًا، فتعلق الحكم بذلك كتعلق ربا الفضل به(١).

ويناقش هذا الاستدلال: بمثل ما نوقشت به أدلة القول الذي قبله.

#### الترجيح:

الذي يترجح للباحث أنَّ النهي عام في كل السلع؛ لعموم النهي، وذكر بعض السلع في بعض الأحاديث ليس تخصيصًا؛ ولأن العلة التي من أجلها منع البيع قبل القبض -وهي التحرز عن شبهة الربا- متحققةٌ في كل السلع، فقد سئل ابن عباس وَ عَالَيُهُ عَنْهُا عن علة النهي، فقال: (ذاك دراهم بدراهم والطعام مرجأ)(٢)؛ أي أنه (إذا اشترى طعامًا بمئة دينار مشلًا ودفعها للبائع، ولم يقبض منه الطعام ثم باع الطعام لآخر بمئة وعشرين دينارًا وقبضها والطعام في يد البائع فكأنه باع مئة دينار بمئة وعشرين دينارًا وقبضها بالطعام)(٣).

ويتأكد وجوب القبض في عقود التمويل والاستثمار المصرفي؛ إذ التساهل في هذا الأمر يجعل هذه العقود مجرد مبادلات نقدية ليس فيها معاوضة حقيقية على السلع.

وعلى هذا فيجب في ودائع الاستثمار المباشر أن يقبض العميل السلعة أيًّا كان نوعها قبل بيعها على المصرف، والقبض كما سبق بحسب العرف، ففي بيع الأسهم مثلًا يكون القبض بتسجيلها في محفظة العميل، وفي المعادن الدولية يتحقق القبض بقبض شهادة الحيازة (warrant) المعينة للسلعة، وهذه الشهادة تفيد تملك حاملها للمعدن، وهي تصدر بأشكال مختلفة، إلا أنّها تتفق في المعلومات الأساسية عن المعدن من حيث نوعُه وكَمِّيَّتُهُ ومكان تخزينه.

# المطلب الثاني: كيفية احتساب الأرباح وقسمتها.

تعَدُّ جميع الأرباح في ودائع الاستثمار المباشر أو في ودائع الوكالة في الاستثمار ملكًا للمودع؛ لكونه هو البائع، سواءٌ تمَّ البيع بنفسه كما في ودائع الاستثمار المباشر أم بتوكيل المصرف.

وما يستحقه المصرف في ودائع الوكالة في الاستثمار يعَدُّ أُجِرًا، ولا يرتبط بالربح المحقق، أو الخسارة الناتجة عن الاستثمار.

وبناءً على ذلك: فأي زيادة تتحقق في عمليات المرابحة فهي للعميل بصفته بائعًا، وليست للمصرف، وكذلك لو حصلت خسارة أو تعثر المشتري الثاني في ودائع الوكالة في الاستثمار

<sup>(</sup>۱) المغني ٦/ ١٨١، حاشية المقنع ٢/ ٦٠، شرح المنتهى ٢/ ١٨٧.

<sup>(</sup>٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢١٣٢).

<sup>(</sup>٣) فتح الباري ٤/ ٣٤٩.

فهذه الخسارة أو النقص يتحملها العميل، ولا يجوز أن يتضمن عقد الوكالة ضمانًا من المصرف للمشتري الثاني تجاه العميل؛ لأنَّ يد الوكيل -وإن كان وكيلًا بأجر - يدُ أمانةٍ لا يضمن إلا في حال التعدي أو التفريط باتفاق الفقهاء(١).

قال في «الوجيز»: (ويدُه -أي: الوكيل- يدُ أمانة في حق الموكل حتى لا يضمن، سواءٌ كان وكيلًا بجُعل أو بغير جُعل)(٢).

وفي «شرح المنتهى»: (والوكيل أمينٌ لا يَضمن ما تَلِفَ بيده بـالا تفريط؛ لأنه نائب المالك في اليد والتصرف، فالهلاك في يده كالهلاك في يد المالك؛ كالمودع والوصي، ونحوه، سواءٌ كان متبرعًا أو بجُعْل)(٣).

ولو شرط الضمان عليه في العقد، فالشرط فاسد؛ لأن الأمانة لا تصير مضمونة بالشرط. قال في «البحر الرائق»: (اشتراط الضمان على الأمين باطل)(٤).

ولا إشكال في قسمة الأرباح وتوزيعها في ودائع المرابحة الفردية؛ إذ يعلم ما يخصُّ المودع من أرباح وديعته عن كل فترة، وإنما يردُّ الإشكال في الودائع الجماعية عندما يُنشِئ المصرف محفظة أو صندوقًا يجمع فيه الودائع ويخلط بعضها ببعض، فيحتاج في هذه الحال إلى معيار لقياس الأرباح المستحقة للودائع عن كل فترة، نظرًا لخروج البعض ودخول غيرهم في أثناء الفترة.

# وثَمَّةَ اتجاهان في المعايير المحاسبية:

الأول: يعتمد على الأساس الاستحقاقي للأرباح.

والثاني: يعتمد على الأساس النقدي، فعلى أساس الاستحقاق لا يعتمد تسجيل الأرباح أو الخسائر على التدفقات النقدية، فالإيرادات يتم تسجيلها في الفترة التي تباع وتسلم خلالها السلعة وليس في الفترة التي يتم فيها تحصيل الثمن، والمصروفات يتم تسجيلها في الفترة التي يتم فيها تحصيل الثمن فيها السداد النقدي، أما على الأساس النقدي في في الفترة التي يتم فيها السداد النقدي، أما على الأساس النقدي فالإيرادات تمثل المتحصلات النقدية من السلع المباعة، والمصروفات تمثل النقدية المدفوعة ثمنًا لشراء السلع<sup>(٥)</sup>.

<sup>(</sup>١) المبسوط ١٩/ ٤٩، تبصرة الحكام ١/ ٣٨٤، مغني المحتاج ٣/ ٥٥، الإنصاف ١٣/ ٥٣٧.

<sup>(</sup>٢) فتح العزيز بشرح الوجيز ٢١/ ٦٠.

<sup>(</sup>٣) شرح المنتهى ٢/ ٣١٥.

<sup>(</sup>٤) البحر الرائق ٧/ ٢٧٤، وانظر: المهذب ١٤ / ١٧٧، مع تكملة المجموع، مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد، ص٣٨٧.

<sup>(</sup>٥) مقدمة في المحاسبة المالية، ص١٧٩، أسس المحاسبة المالية، ص١٧٧.

والأقرب إلى القواعد الشرعية هو الأساس الاستحقاقي وليس النقدي؛ إذ الربح شرعًا ما زاد على رأس المال نقدًا كان أم دينًا؛ ولذا ذكر العلماء في باب الزكاة أن الدين الذي على مليء في حكم المقبوض، فعن عثمان رَحِوَالِللَّهُ عَنهُ أنه كان يقول: (إن الصدقة تجب في الدَّين الذي لو شئت تقاضيته من صاحبه، والذي على مليء تدعه حياءً، أو مصانعة ففيه صدقة)(١)، وعن جابر رَحِوَاللَّهُ عَنهُ قال: (وما كان من دين ثقة قال: (أي دين ترجوه فإنه تؤدى زكاته)(١)، وعن ابن عمر رَحِوَاللَّهُ عَنْهُا قال: (وما كان من دين ثقة فرَكُه)(٣).

# المطلب الثالث: الاسترداد والتخارج(٤).

لا يخلو استرداد ودائع المرابحة والتخارج فيها من حالين:

الحال الأول: أن يكون الاسترداد في الودائع الفردية؛ أي التي يكون فيها التعاقد بين العميل والمصرف على عملية مرابحة محددة، فالاسترداد هنا يعدُّ من قبيل تعجيل استيفاء الدَّين من المدين. ويجوز هذا التعجيل بين الدائن -وهو العميل - والمدين -وهو المصرف في ودائع الاستثمار المباشر أو المشتري الثاني في ودائع الوكالة في الاستثمار - ويجوز خصم المبلغ المستحق في دين المرابحة في كلا النوعين إذا كان ذلك بالتراضي بينهما عند التعجيل، ولم يكن ذلك بشرط سابق في العقد، ويعدُّ الاسترداد هنا مع الخصم من صلح الحطيطة أي الصلح عن المؤجل ببعضه حالًا، وهو جائز كما روي عن ابن عباس وَ المُ الله عنها وهو رواية عن الإمام أحمد واختيار شيخ الإسلام ابن تيمية وابن القيم رَحَهُ وُللَهُ (٥٠).

الحال الثانية: أن يكون التخارج في الودائع الجماعية؛ أيْ عندما يُنشِئ المصرِف محفظة أو صندوقًا لهذا الغرض وتضم ودائع المرابحة بعضها إلى بعض ويتولى المصرف إدارة هذه المحفظة أو الصندوق مضاربة أو وكالة بأجر، ويسمح للمودعين بالتخارج منها(١)، فالتخارج في هذه الحال قد يثير إشكالًا، في كون حصة المودع تمثل دينًا، وهو يستوفي بدلًا عنها نقودًا، فيكون

<sup>(</sup>١) الأموال لأبي عبيد، ص٥٢٧.

<sup>(</sup>٢) المصنف لابن أبي شيبة ٣/ ٥٣، الأموال، ص٥٢٧.

<sup>(</sup>٣) المصنف ٣/ ٥٣، الأموال، ص٥٢٧.

<sup>(</sup>٤) يقصد بالاسترداد: استرداد العميل حصته من الوديعة من المصرف، ويقصد بالتخارج: بيع المودع حصته من الوديعة الاستثمارية.

<sup>(</sup>٥) ينظر: أحكام القرآن للجصَّاص ١/ ٦٣٧، المغني ٤/ ٤٨٩، إغاثة اللهفان من مصايد الشيطان ٢/ ١٣.

<sup>(</sup>٦) ومن أمثلة ذلك: صناديق المرابحة في المصارف الإسلامية، مثل صندوق البضائع لدى مصرف الراجحي، وصندوق المرابح لدى بنك البلاد، وصندوق المتاجرة بالريال لدى البنك الأهلي، وعامة المصارف الإسلامية لديها صناديق مرابحة ويسمح بالتخارج فيها بشكل مستمرًّ.

من بيع الدين بالنقد، وهو ربًا، وتعدُّ هذه المسألة ونظيراتها من مسائل تداول الأوراق المالية -من أسهم أو وحدات استثمارية أو صكوك أو حصص مشاركة - المشتملة على النقود أو الديون من أشكل المسائل المعاصرة.

ولا خلاف أنه إذا كانت موجودات محفظة ودائع المرابحة أو صندوق ودائع المرابحة نقودًا محضة فيجب مراعاة أحكام الصرف عند التخارج، وإن كانت موجوداتها ديونًا محضة فيجب مراعاة أحكام بيع الدين، فلا يجوز التخارج بنقد؛ لأنه من بيع الدين بالنقد، وهو لا يجوز باتفاق الفقهاء؛ لاشتماله على ربا الفضل والنسيئة.

وأمَّا إذا كانت الموجودات مختلطة من النقود والديون والأعيان والمنافع والحقوق؛ بحيث يتمُّ تقليب الودائع في شراء سلع نقدًا ثم بيعها مرابحة بشكل مستمرِّ، فثَمَّةَ خمسة اتجاهات للعلماء المعاصرين في حكم التخارج:

# الاتجاه الأول: الأخذ بمبدأ الغلبة:

أيْ أن الحكم للأغلب، فإن كانت الأعيان هي الغالبة، فله حكم بيع الأعيان، وإن كانت النقود هي الغالبة فله حكم بيع الديون، وهذا ما تضمنه قرار مجمع الفقه الإسلامي في دورته الرابعة بشأن سندات القراض(١).

ويناقش هذا الاتجاه: بأن إعمال الأغلب إنما يصحُّ في حال كون الموجودات مقصودة أمَّا إذا كان بعضها مقصودًا والبعض تابعًا فالحكم للمقصود لا للأغلب.

الاتجاه الثاني: الأخذ بمبدأ الخُلطة.

وعلى هذا الاتجاه فالحكم للأعيان مطلقًا، اكتفاءً بمبدأ الخلطة، فلا يشترط للبيع تقابض ولا تماثل ولو كانت النقود أو الديون هي الغالبة.

وإلى هذا ذهبت ندوة البركة الثانية، وبعض الهيئات الشرعية للمصارف الإسلامية(٢).

ويناقش هذا الاتجاه: بأن النقد والدَّين إذا كانا مقصودين في الصفقة فالذي دلَّت عليه السنة الصحيحة وجوب مراعاتهما وعدم إهمالهما ولو مع اختلاطهما بالأعيان. يدلُّ على ذلك ما روى فضالة بن عبيد رَضَّالِتَهُ عَنْهُ قال: أُتِيَ النبيُّ صَلَّاللَّهُ عَلَيْهُ وَسَلَّم يوم خيبر بقلادة فيها ذهب وخرز، وهي من المغانم تباع، فأمر رسول الله صَلَّاللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّم بالذهب الذي في القلادة فنزع وحده، ثم قال لهم رسول الله صَلَّاللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّم بِالذَّهب وَزْنًا بِوَزْنِ "".

<sup>(</sup>۱) مجلة المجمع ٤/٣/٣١٦.

<sup>(</sup>٢) الفتاوى الاقتصادية، ص١٥، صناديق الاستثمار الإسلامية، ص٤٨.

<sup>(</sup>٣) أخرجه مسلم (١٥٨٨) من حديث أبي هريرة رَسَحُالِلَهُ عَنهُ.

ووجه الدلالة: أنَّه أمرٌ بنزع الخرز وإفراد الذهب ليمكن بيعُه، ولو جاز بيعه مع الخرز -دون مراعاة أحكام الصرف- لما احتاج إلى وزنه، ثم قال: «الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ وَزْنًا بِوَزْنٍ». فنبَّه بذلك إلى أن علة إفراده بالبيع أن يتحقق فيه الوزن بالوزن، أي وجوب مراعاة الصرف(١).

#### الاتجاه الثالث: الأخذ بمبدأ الشخصية الاعتبارية:

وعلى هذا الاتجاه: إذا كان للوعاء الاستثماري الذي يضم ودائع المرابحة شخصية اعتبارية، فيجوز تداولها دون مراعاة أحكام الصرف أو بيع الدَّين ولو كان الأغلب في موجوداتها النقد أو الدين؛ لأن هذه الموجودات تتبع الشخصية الاعتبارية، والحكم إنما هو للمتبوع -وهو الشخصية الاعتبارية للاعتبارية فيأخذ حكم الأغلب من الموجودات.

ويناقش هذا الاتجاه: بأنَّ ربط الحكم بالشخصية الاعتبارية ليس عليه دليل، وهو مصطلح قانوني وليس وصفًا شرعيًّا منضبطًا، بل لم تعرف الشخصية الاعتبارية وتستقر أحكامها إلَّا في العصور المتأخرة.

#### الاتجاه الرابع: الاعتبار بالحقوق المعنوية:

وعلى هذا الاتجاه: يجوز التخارج في الودائع المشتملة على النقود أو الديون ولو كان الأغلب في موجوداتها النقود أو الديون دون مراعاة أحكام الصرف أو بيع الدين، وذلك بافتراض أنه عند ضم الحقوق المعنوية إلى الموجودات المحسوسة مثل جودة الإدارة والاسم التجاري للمصرف فستكون النقود والديون هي الأقل.

ويناقش هذا القول: بأن افتراضَ أنَّ لكلِّ مصرفِ أو وعاءِ استثماريٍّ حقوقًا معنوية تزيد من قيمته محل تُنظرٍ، فهذا القول يفترض أن التخارج يكون بأكثر من القيمة الفعلية للوديعة، وهذا غير صحيح، فالتخارج عادة يكون بأقل من القيمة المؤجلة للوديعة.

#### الاتجاه الخامس: الاعتبار بالنشاط:

وعلى هذا الاتجاه: إذا كان النشاط الذي تستثمر فيه الودائع أو غيرها من الأوراق المالية هو في بيع الأعيان والمنافع والحقوق فيجوز التخارج دون مراعاة أحكام الصرف أو بيع الديون، أمّا إذا كان النشاط المعمول به هو التعامل في الذهب أو الفضة أو العملات فإنّه يجب عند البيع أو التخارج مراعاة أحكام الصرف، وإذا كان النشاط هو التعامل في الديون (التسهيلات) فإنه يجب عند التخارج مراعاة أحكام الديون.

<sup>(</sup>١) ينظر: المنتقى شرح الموطأ ٦/ ٢٦٧، المغني ٦/ ٩٤.

<sup>(</sup>٢) الشخصية الاعتبارية ذات المسؤولية المحدودة، مجلة دراسات اقتصادية إسلامية، ٥/ ٢/ ١٥.

وهذا ما أخذ به المعيار الشرعي الصادر من هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (١)، إلا أنَّ المعيار اشترط لجواز بيع الشركات التي يكون نشاطها في الأعيان والمنافع والحقوق ألَّا تقلَّ القيمة السوقية للأعيان والمنافع والحقوق عن نسبة ٣٠٪ من إجمالي موجودات الشركة الشاملة للأعيان والمنافع والحقوق والنقد والدَّين.

ويناقش هذا الاتجاه: بأننا إذا اعتبرنا النشاط هو الأصل المتبوع، والموجودات الاستثمارية تابعة له، فمقتضى قاعدة التبعية ألَّا يلتفت إلى نسبة النقد أو الدين إلى الموجودات؛ لأنها وإن تجاوزت ٧٠٪ فتبقى تابعة.

# الرأي الذي يترجح للباحث:

الذي يترجَّح للباحث أنه يفرق بين نوعين من الودائع والأوراق المالية:

النوع الأول: ودائع تمثل حصصًا مشاعة في وعاء استثماري ذي نشاط متحرك يتمُّ تقليب موجوداته من نقد إلى أعيان أو منافع ثُمَّ دين وهكذا.

ففي هذا النوع يعمل بقاعدة التبعية؛ فإذا كان النشاط في بيع السلع أو المنافع فلا تجب مراعاة أحكام الصرف أو بيع الدين عند التخارج ولو كان الأغلب في الموجودات في بعض الأحيان هو النقد أو الدين؛ إذ الموجودات تعدُّ تابعة للنشاط.

وهذا النوع يصدق على ودائع المرابحة في الحال الثانية التي سبق بيانها، وهي الودائع التي يتم تجميعها في وعاء استثماري ويقوم المصرف بإدارتها بالوكالة بأجر أو بالمضاربة، ويكون للمودع حصة مشاعة منها؛ فإن النشاط في هذه الودائع في شراء السلع ثم بيعها مرابحة.

ومثل الودائع في ذلك الأسهم في الشركات المساهمة، والوحدات الاستثمارية في الصناديق، وصكوك المشاركة والمضاربة.

والدليل على إعمال قاعدة التبعية هنا ما روى ابن عمر رَيَخَالِتَهُ عَنْهَا أَن النبي صَالَاللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَمَ قال: «مَنْ بَاعَ عَبْدًا لَهُ مَالٌ فَمَالُهُ لِلَّذِي بَاعَهُ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِ طَهُ الْمُبْتَاعُ»(٢). فهذا الحديث أصل في قاعدة التبعية في المعاملات.

ووجه الدلالة منه: أنَّ الحديث دلَّ على أنَّ المبيع إذا اشتمل على نقدٍ واشتُري بنقد، ولم يكن النقد المخلوط مقصودًا فلا يلتفت إليه، بمعنى أنه لا يجري على الصفقة حكم الصرف، حتى ولو كانت قيمة النقد المخلوط أكثر من قيمة الخِلط الذي معه. قال ابن قدامة رَحَمُ أللَّهُ: (الحديث دلَّ على جواز بيع

<sup>(</sup>١) المعايير الشرعية، معيار الأوراق المالية (الأسهم والسندات)، فقرة ٣/ ١٩، ص٥٧٣.

<sup>(</sup>٢) أخرجه البخاري (٢٣٧٩)، ومسلم (١٥٤٣) من حديث ابن عمر رَهَاللَّهَ تَهَا.

العبد بماله إذا كان قصد المشتري للعبد لا للمال... فيجوز البيع سواء كان المال معلومًا أو مجهولًا، من جنس الثمن أو من غيره، عينًا كان أو دينًا، وسواء كان مثل الثمن أو أقل أو أكثر)(١).

ومن المعلوم أنَّ العبد لا يملك وأنَّ المال الذي بيده مآلُه للمشتري، ومع ذلك جاز البيع مطلقًا بدون تقابض ولا تماثل حتى مع اتفاق النقدين (المال الذي معه، والثمن الذي يشترى به العبد)، وحتى لو كان المال الذي مع العبد أكثر من قيمة العبد نفسه.

ولا يشكل على هذا الحديث حديث القلادة -المتقدم- فإنَّ الذهب الذي في القلادة مقصود للمشتري بخلاف المال الذي مع العبد. وهذا أحسن ما قيل في الجمع بين الحديثين.

وفي المسألة التي بين أيدينا تعدُّ موجودات الوديعة الاستثمارية تابعة لأصل النشاط، الذي هو المتاجرة في السلع، فلا يلتفت إلى ما فيها من النقد أو الدين؛ كالمال الذي مع العبد.

والنوع الثاني: ودائع تعكس عملية محدَّدة وليست حصة مشاعة في وعاء استثماري ذي نشاط متجدد؛ أي لا يتم تقليب الموجودات، فيعمل في هذا النوع بقاعدة الأغلبية فتأخذ الوديعة حكم الأغلب من الأعيان أو المنافع أو الحقوق أو النقود أو الديون، فإذا كانت الأعيان والمنافع والحقوق هي الغالبة أي تزيد على ٥٠٪ من إجمالي موجودات الوديعة، فيجوز فيها التخارج دون مراعاة أحكام الصرف أو بيع الدين، وإن كانت النقود هي الغالبة فيأخذ حكم المصارفة، وإن كانت الديون هي الغالبة فيأخ خدم الكل)، ولا يصح إعمال قاعدة التبعية هنا؛ إذ ليس ثَمَّة نشاط يمكن أن يكون متبوعًا.

ويصدق هذا النوع على ودائع المرابحة في الحال الأولى التي يكون فيها التعاقد بين المصرف والعميل بصورة انفرادية، ومثل الودائع في ذلك صكوك المرابحة وبيع المحافظ التمويلية ونحوها.

# المطلب الرابع: التحوط في ودائع المرابحة.

من أهم العقبات التي تواجهها المصارف الإسلامية طريقة احتساب الربح في عقود المرابحات طويلة الأجل؛ إذ يصعب الارتباط بعقد مرابحة طويل الأجل بهامش ربح ثابت في ظل ما تعانيه الاقتصاديات اليوم من تقلبات في معدلات الربح بين الفينة والأخرى، وفي المقابل نجد المصارف الربوية تربط فوائدها بمؤشر الفائدة في السوق؛ مما أوجد لها ميزة تنافسية جعلت الكثير من المودعين الراغبين في ودائع طويلة الأجل يتوجهون إلى الإيداع لدى تلك المصارف لما تحققه من أرباح مجزية لهم.

<sup>(</sup>۱) المغني ٦/ ٢٥٨.

وقد طرحت العديد من المصارف الإسلامية عقود تحوط لغرض الحماية من تقلب هامش الربح في المرابحات طويلة الأجل.

وفيما يلى استعراضٌ لبعض الحلول المطروحة والمقترحة ومناقشتها:

## الفرع الأول: المرابحات المتجددة.

ولها صورتان:

الصورة الأولى: المرابحات المتجددة بدون مواعدة ملزمة:

أي أنْ تكون الوديعة في مرابحات متتالية قصيرة الأجل يحدد هامش الربح في كل مرابحة عند التعاقد، من دون أن يكون هناك مواعدة ملزمة للعاقدين بالدخول في المرابحات اللاحقة، فلا يظهر في هذه الطريقة محظور شرعي.

## الصورة الثانية: المرابحات المتجددة مع المواعدة الملزمة للطرفين:

وفيها يكون استثمار الوديعة في مرابحات متتالية قصيرة الأجل يحدد هامش الربح في كل مرابحة عند التعاقد، مع وجود مواعدة ملزمة للعاقدين بالدخول في المرابحات اللاحقة، فلا تجوز هذه الطريقة؛ لأن المواعدة الملزمة لها حكم العقد، وهنا لا يجوز التعاقد على مرابحات لاحقة لم يتملَّك البائع بعدُ فيها السلع محل المرابحة.

# الفرع الثاني: الوعود المتقابلة لأغراض التحوط.

وهي على غرار المقايضات على الأسعار (Profit Rate Swap) في المصارف التقليدية، وفي هذا النوع من الاتفاقيات يستثمر العميل مبلغ الوديعة في عقود مرابحة طويلة الأجل خمس سنوات مثلًا بثمن محدد، وللحماية من تقلبات هامش الربح في السوق، يصدر العميل وعدًا ملزمًا لصالح المصرف بأنه في حال انخفض معدل الربح في السوق عن الربح المستحق للعميل في وديعة المرابحة فيلتزم العميل بشراء سلعة من المصرف بثمن يزيد على قيمتها في السوق، وهذه الزيادة تعادل الفرق بين الربح المستحق على الوديعة ومعدل هامش الربح في المرابحات في السوق في حينه، وفي المقابل يصدر المصرف وعدًا ملزمًا لصالح العميل بأنه في حال ارتفع معدل الربح في السوق عن الربح المستحق المعميل في وديعة المرابحة فيالترم المصرف ببيع العميل سلعة بثمن أقل من قيمتها في السوق، وهذا النقص يعادل الفرق بين معدل هامش الربح في المرابحات في السوق في حينه والربح المستحق على الوديعة (١). والغرض من هذه الوعود المتقابلة تعويض الطرف الذي تتغير معدلات الربح في السوق لغر صالحه.

<sup>.</sup>Profit Rate Swap From Deutsche Bank (1)

ولا يخفى ما في هذه المعاملة من كونها حيلة على المبادلات النقدية، وأن السلع التي تنفذ عليها الوعود ليست مقصودة، فضلًا عن اشتمالها على المواعدة الملزمة للطرفين وقد سبق إيراد قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي في تحريم المواعدة الملزمة قبل تملك السلعة؛ (لأن المواعدة الملزمة في بيع المرابحة تشبه البيع نفسه)(١).

الفرع الثالث: المرابحات المتعاكسة لأغراض التحوط من تغير أسعار الصرف.

وهذه الطريقة تستخدم لأغراض التحوط من تغير سعر الصرف بين العملة التي تُشترَى بها السلع والعملة التي تباع بها.

فعلى سبيل المثال: لو أنَّ مستثمرًا اشترى سلعًا بمليون يورو تحل بعد سنة وسعر الصرف مع الريال وقت الشراء هو (١ يورو/ ٥ ريالات) ثُمَّ باعها في السوق المحلية بربح ٢٠٪ أي بما يعادل (مليون ومثتي ألف يورو= ٦ ملايين ريال) فلما حلَّ موعد السداد، كان سعر الصرف بين العملتين (١ يورو/ ٧ ريالات)؛ أي أن المبلغ المطلوب سداده بالريال هو (٧ ملايين ريال) فهذا يعني خسارة في رأس المال بمقدار (مليون ريال).

والتحوُّط التقليدي للتذبذب في أسعار الصرف يتمُّ من خلال الصرف المؤجل Forward) وهو محرَّمٌ لما فيه من التأجيل في الصرف.

ومن الحلول المطبقة في بعض المصارف الإسلامية (٢) أن يُجرِي من يرغب في الحماية مرابحتين متقابلتين، بحيث تكون كل واحدة منفصلة عن الأخرى، فيحصل في العملية الأولى على تمويل بالريال، ثم في العملية الثانية يستثمر السيولة المتحصلة من العملية الأولى في ودائع مرابحة باليورو، بحيث يكون أجل العمليتين واحدًا، وبذا يكون مدينًا بالريال ودائنًا باليورو. فلو أنَّ المستثمر في المثال السابق يخشى من ارتفاع سعر اليورو مقابل الريال، ويرغب في التحوُّط عن الالتزام الذي عليه باليورو وهو (مليون يورو)، بأن يثبت سعر صرفه مع الريال على السعر ١ يورو/ وريال، فتتم الحماية بخطوتين:

۱ - في الأولى: يحصل على تمويل بالريال، بحيث يشتري سلعًا ب ٥ ملايين ريال تحلَّ بعد سنة، ثم بعد قبضه السلع يبيعها نقدًا ب ٤٨٠٠٠٠ ريال.

٢ - وفي الثانية: يستثمر المبلغ الذي تحصل عليه من العملية الأولى وهو ٤٨٠٠٠٠ ريال
 في شراء سلع نقدًا ثم بيعها بمليون يورو تحلُّ بعد سنة.

<sup>(</sup>١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الخامسة.

<sup>(</sup>٢) ينظر: منتج الحماية من تذبذب سعر الصرف (الأمان) في بنك البلاد.

والنتيجة: أنه وقت حلول الأجل سيكون على المستثمر دين قدره ٥ ملايين ريال، يسدده من ثمن بيعه السلع (٦ مليون ريال)، وله دين قدره مليون يورو يقضي به الالتزام الذي عليه باليورو. وبه ذا يكون قد حمى نفسه من تذبذب سعر الصرف بين العملتين وثبت السعر على ١ يورو/ ٥ ريال، وتحصَّل له الربح الذي كان يرمي إليه وهو (مليون ريال).

# ولا يظهر في هذه الطريقة محظور شرعي بالضوابط الآتية:

١ – أن تكون العمليتان منفصلتين، وتُجرَى كلُّ عملية على سلعة مختلفة، فلا يصح أن يبيع المصرف على المستثمر سلعة بالأجل ثم يشتريها المصرف منه بالأجل نفسه بالعملة الأخرى؛ لأنَّ هذه الصورة حيلة ظاهرة على ربا النسيئة، وتحقيقًا لهذا الضابط فأرى أنه لا بدأن يكون المصرف الذي يجري معه العملية الثانية (الاستثمار) غير المصرف الذي يجري معه العملية الثانية (الاستثمار).

٢- ألَّا يكون هناك وعود ملزمَة بالدخول في أيٌّ من العمليتين.

٣- أن يكون كلَّ من عقد التمويل وعقد الاستثمار متوافقًا مع الضوابط الشرعية؛ فلا يجوز أن يتمَّ أيُّ منهما من خلال التورق المنظم أو المرابحة العكسية الصورية.

# الفرع الرابع: الاستثمار بالوكالة مع حافز الوكيل.

وهذه الطريقة يعمل بها في النوع الثاني من ودائع المرابحة، وهي ودائع الوكالة في الاستثمار، وفيها يتوكل المصرف عن العميل في شراء سلع نقدًا لصالح العميل، ثم بيعها على طرف ثالث بالأجل بربح معلوم، فتكون أرباح عقود المرابحة لصالح العميل، ويستحق المصرف أجرًا مقابل توكُّله في الشراء ثم في البيع، إضافة إلى حافز للمصرف في حال زيادة الربح المستحق للعميل عن حدًّ معين.

ولا يظهر في هذه الطريقة محظورٌ شرعيٌّ؛ ومما يشهد لصحتها ما رواه البخاري تعليقًا عن ابن عباس رَخُوَلِيَّكُ عَنْهُ أَنه قال: لا بأس أن يقول: (بعْ هذا الثوب، فما زاد على كذا وكذا فهو لك). وقال ابن سيرين: (إذا قال: بعْه بكذا فما كان من ربح فَلَكَ، أو بيني وبينك فلا بأس به)(١).

وفي «المقنع»: (فلو قال: بع ثوبي بعشرة فما زاد فَلَكَ صَحَّ، نصَّ عليه)؛ أي الإمام أحمد، واحتجَّ له بقول ابن عباس، قال في «الشرح الكبير»: (ولا يعرف له -أي ابن عباس- في عصره مخالف فكان إجماعًا)(٢). وبهذا أخذ المعيار الشرعى الصادر من المجلس الشرعى لهيئة المحاسبة

<sup>(</sup>١) الأثران أخرجهما البخاري تعليقًا ٤/١٥٤ مع الفتح.

<sup>(</sup>٢) المقنع والشرح الكبير ١٣/ ٥٥٦.

والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية(١)، وندوة البركة الخامسة والعشرون(١).

## المطلب الخامس: بيع السلعة على المورِّد الأول أو وكيله أو ضامنه.

من الممارسات التي تتم في ودائع المرابحة التي تنفذ في السلع الدولية أن يكون هناك اتفاقيات قد تكون ظاهرة أو خفية بين مورِّدي تلك السلع للمصارف الإسلامية على أنْ تعاد السلعة التي بيعت على المصرف لصالح العميل إلى المورد الأول الذي اشتريت منه؛ لإدراك أولئك الموردين بأن هذه السلع غير مقصودة وأنَّ الغرض منها أن تكون أداة للتمويل فقط، ويتم ذلك بأساليب متعددة؛ منها:

1 – أن يشتري المصرف السلعة نقدًا لصالح العميل من أحد الوسطاء (Brokers) الذي يكون بدوره وكيلًا عن أحد الموردين (Dealers) ثم يبيعها مرابحة على وسيط آخر يكون وكيلًا في الشراء عن المورد الأول نفسه، وهذه المعاملة من صور العِينة المحرمة شرعًا (٢٠)؛ لأن الشراء والبيع تم مع مورد واحد من خلال وكلائه، ولا فرق في العِينة بين أن يكون العقد مع البائع الأول مباشرة أو من خلال وكيله.

٢- أن يشتري المصرف السلعة نقدًا لصالح العميل من أحد الموردين (Dealers) ثم يبيعها مرابحة على وسيط (Broker) يكون وكيلًا عن المورد الأول، وهذا أيضًا من صور العِينة المحرمة شرعًا.

٣- أن يشتري المصرف السلعة نقدًا لصالح العميل من أحد المورِّدين (Dealer) أو الوسطاء (Broker) ثم يبيعها مرابحة على وسيط (Broker) أو (Dealer) آخر غير الأول، إلَّا أنَّ بينه وبين (Broker) ثم يبيعها مرابحة على وسيط (Broker) أو (Dealer) آخر غير الأول، ويأخذ المورد الأول المورد الأول اتفاقية أو مواطأة على أن يعيد تلك السلعة إليه بالثمن الأول، ويأخذ المورد الأول عادة أجرة مقابل تمكين الأطراف من استخدام السلعة في التمويل، فهذه هي الحيلة الثلاثية، وهي من صور العينة المحرمة شرعًا. يقول ابن القيم رَحَمُهُ اللَّهُ: (وللعينة صورة خامسة -وهي أقبح صورها وأشدها تحريمًا - وهي: أن المترابيين يتواطآن على الربا، ثم يعمِدان إلى رجل عنده متاع فيشتريه منه المحتاج ثم يبيعه للمربي بثمن حالً ويقبضه منه ثم يبيعه إياه للمربي بثمن مؤجل، وهو ما اتفقا عليه ثم يعطيه المتاع إلى ربه ويعطيه شيئًا، وهذه تسمى الثلاثية؛ لأنها بين ثلاثة، وإذا كانت السلعة بينهما خاصة فهي الثنائية، وفي الثلاثية قد أدخلا بينهما محلًلا يزعمان أنه يحلل لهما ما حرم الله بينهما خاصة فهي الثنائية، وفي الثلاثية قد أدخلا بينهما محلًلا يزعمان أنه يحلل لهما ما حرم الله

<sup>(</sup>١) المعايير الشرعية، معيار الوكالة وتصرف الفضولي، ص٦٢٢.

<sup>(</sup>٢) الندوة الخامسة والعشرون، القرار ٢٥/ ٢.

<sup>(</sup>٣) وتسمى عكس مسألة العِينة. قال في شرح المنتهى ٢/ ١٥٨: هي (أن يبيع شيئًا بنقد حاضر ثم يشتريه من مشتريه أو وكيله بنقد أكثر من الأول من جنسه غير مقبوض).

من الربا، وهو كمحلِّل النكاح فهذا محلِّل الربا وذلك محلِّل الفروج والله تعالى لا تخفى عليه خافة)(١).

٤ - أن يشتري المصرف السلعة نقدًا لصالح العميل من أحد الموردين (Dealer) أو الوسطاء (Broker) ثم يبيعها مرابحة على وسيط (Broker) أو مورد (Dealer) يكون بينه وبين المورد (Broker) أو الوسيط الأول اتفاقية ضمان، بحيث يضمن أحدهما الآخر ضمانًا ماليًّا تجاه المصرف، فهذه المعاملة وإن كانت في ظاهرها ليست عينة؛ لأنَّ المشتري الثاني ليس هو البائع الأول ولا وكيله؛ إلَّا أنَّ وجود الضمان يقوي التهمة بوجود اتفاق أو مواطأة بينهما على أن ترجع السلعة إلى الأول؛ فتكون من العينة الثلاثية التي سبق بيانها، ومن خلال الرقابة الشرعية على عدد من مرابحات السلع الدولية تبين وجود هذه الاتفاقيات فيما بين أولئك الموردين.



•1±•1 1 ••1	
الفصل الثاني	
دراسة تطبيقية لودائع المرابحة	
وفيه مبحثان:	
المبحث الأول: تطبيقات عقود ودائع المرابحة في أسواق السلع الدولية.	
المبحث الثاني: دراسة تطبيقية لودائع مرابحة في بعض المصارف الإسلامية.	



# المبحث إلأول

# تطبيقات عقود ودائع المرابحة في أسواق السلع الدولية

المطلب الأول: سوق لندن للمعادن الأساسية  $(LME)^{(1)}$ .

يعدُّ سوق لندن للمعادن الأساسية (London Metal Exchange) أكبر سوق في العالم يتمُّ فيه تداول المعادن الأساسية، وتمَّ تأسيسه منذ عام ١٨٧٧م، وتقدَّر الصفقات التي تتمُّ من خلاله سنويًّا بأكثر من ٢٤, ١٠ تريليون دولار، وقد يسَّر الله للباحث زيارة صالة التداول الخاصة بالسوق في العام ١٤٣١هـ، وهي تقع في برج في وسط لندن، يضم شاشات للتداول، لا يسمح فيها بالتداول إلاً لعدد محدود من التجَّار والسماسرة.

وأبرز المعادن التي تتداول في السوق هي: الألمونيوم، والقصدير، والنحاس، والرصاص، والزنك، والنيكل، والحديد، وتمثل الأسعار التي تتحدد في السوق مؤشرًا عالميًّا لأسعار المعادن الأساسية في العالم، وهذه المعادن موجودة خارج لندن في مستودعات ضخمة في أوروبا وأنحاء العالم، وأبرزها تلك التي في ليفربول وأمستردام وزيورخ.

ويسمح نظام السوق بتداول المعادن على مدار الأربع والعشرين ساعة يوميًّا من خلال المكاتب وشبكات الاتصال، ولكن خلال فترة المزاد العلني (Open-outcry) يتمُّ التداول في صالة التداول فقط، وفي هذه الفترة يتحدَّد سعر المعدن رسميًّا. ويمتد المزاد العلني من الساعة ١١٤٥ صباحًا وحتى الساعة ٠٠٥ مساءً بتوقيت لندن، وهو مقسم إلى فترتين: صباحية تمتد من الساعة ١١٤٥ وحتى الساعة ١١٥٠ ظهرًا، ومسائية تمتد من ٢١٣ حتى الساعة ٥٣٤٥ مساءً، ويعطى كلُّ معدن خلال المزاد مدة خمس دقائق يتمُّ خلالها التداول على ذلك المعدن، ويتخلل كل فترة من هاتين الفترتين استراحة لمدة عشر دقائق يتوقف خلالها المزاد، وبانتهاء الفترة الصباحية تعلن الأسعار الرسمية للمعادن، بينما لا يتمُّ مثل ذلك في الفترة المسائية، وتتم تسوية جميع الصفقات في غرفة لندن للمُقاصَّة.

#### ويضم السوق نوعين من الأعضاء:

الأول: التجار (Traders): وهذه العضوية للشركات التي لها مصلحة في المعدن، وليسوا مخوَّلين بإصدار عقود السوق.

والثاني: الوسطاء (Brokers): وهم المخولون بإصدار عقود السوق، وهم على درجات:

۱ - وسيط متعامل: يسمح له بالتداول في البورصة وخارجها، وعددهم محدود جدًّا لا يتجاوز اثنى عشر عضوًا.

٢- وسيط تسوية مشارك: يسمح له بالتداول خارج البورصة فقط من خلال شبكات الاتصال، وهو عضو في غرفة لندن للمُقاصَّة.

٣- وسيط مشارك: يسمح له بالتداول خارج البورصة فقط، وليس عضوًا في غرفة لندن للمُقاصَّة.

وساهم تثبيت سعر المعدن بعد إغلاق الفترة الصباحية مع إمكانية تداول هطيلة اليوم في تفضيل كثير من المصارف الإسلامية إجراء عقود التمويل والاستثمار من خلال شراء هذه المعادن وبيعها؛ إذ إن عامة المرابحات التي تجريها المصارف الإسلامية يتمُّ تنفيذها من خلال الوسطاء خارج البورصة (over-the-counter).

وتتمُّ عمليات الاستثمار المباشر بشراء المصرف معادنَ نقدًا من الوسيط لصالح العميل بعد إغلاق الفترة الصباحية؛ أي بعد تثبيت السعر، ثم يشتريها المصرف من العميل بالأجل، وبعد ذلك يبيعها المصرف على وسيط آخر نقدًا بمثل الثمن الأول الذي اشتراها به؛ إذ تحرص المصارف على أن يتم البيع قبل أن تتغير الأسعار.

وفي ودائع الوكالة في الاستثمار يشتري المصرف المعدن نقدًا من وسيط لصالح العميل ثم يبيعه على وسيط آخر بسعر التكلفة -الذي يعادل ثمن الشراء النقدي- وربح معلوم، ويكون البيع قبل تغير الأسعار في السوق.

وتصدر شهادات الحيازة -في حال شراء معادن معينة - فور الشراء، وتسجل باسم المصرف وليس العميل، ويتم إرسالها مباشرة للمصرف إما من خلال شبكة الإنترنت أو بالفاكس، ثم عند بيع المصرف للمعدن على طرف ثالث فإنه يرسل إشعارًا إلى المورد الأول يطلب منه أن يكون التسليم (Delivery) لصالح الطرف الثالث(۱).

وباستعراض تطبيقات ودائع المرابحة في عدد من المصارف الإسلامية؛ فإنَّ المعادن التي يتمُّ شراؤها على نوعين:

١ – معادن موصوفة في الذمة: وليس بالضرورة أن تكون هذه المعادن مملوكة للمورد الذي يبيع على المصرف؛ إذ من الممكن أن يتمَّ البيع على المكشوف.

<sup>(</sup>١) تـم الوقوف على عدد من الصفقات التي تم تنفيذها في إدارات الخزينة في عدد من المصارف المحلية والخارجية.

Y - معادن معينة: ويصدر لهذا النوع شهادات تسمى شهادات التخزين (warrant) يبين فيها نوع المعدن وكميته والمخزن الذي توجد فيه تلك المعادن، وهي شهادات معترف بها دوليًّا، ويعدُّ قبض هذه الشهادة قبضًا حكميًّا للمعدن؛ إذْ يعدُّ حاملها هو المالك الحقيقي للمعدن، وفي هذا النوع من المعادن يحتسب على المشتري أجرة تخزين من حين إتمام إجراءات التسوية والتي قد تستغرق يومي عمل بعد تسلم الشهادة.

وبالإضافة إلى سوق لندن للمعادن الأساسية فتَمَّةَ سوقٌ أخرى خاصة بالمعادن الثمينة (London bullion market) يتم فيها تداول الذهب والفضة والبلاديوم والبلاتينيوم وغيرها من المعادن الثمينة، وتخزن هذه المعادن على شكل سبائك في مخازن خاصة، ويتمُّ تداولها بإحدى طريقتين: إما من خلال حسابات معينة (Allocated Accounts) حيث يسجل المعدن الثمين باسم المالك، أو من غير تعيين (Unallocated Accounts) أي موصوفة في الذمة، وهذا هو الأكثر، وفي هذه الحال قد يتمُّ التداول بأكثر من قيمة المعدن الموجود.

وبالنظر في واقع المرابحات التي تنفذها المصارف الإسلامية من خلال سوق لندن للمعادن سواء في الودائع أم في عقود التمويل فإنَّها لا تخلو من إشكالات تطبيقية جذرية؛ من أهمها:

١ - وجود اتفاقيات بين الوسطاء المتعاملين مع المصارف الإسلامية على إعادة المعدن إلى المورِّد الأول؛ ولذا يمتنع معظم الوسطاء من توقيع اتفاقية الشراء من المصرف الإسلامي إلا بعد أن يوقع -أي الوسيط- اتفاقية تبادل بينه وبين الوسيط الذي باعها على المصرف، مما يجعل في هذه العقود شبهة العِينة.

٢- أن كثيرًا من هذه العقود يتمُّ تنفيذها على سلع موصوفة في الذمة، وحيث إن نظام السوق يسمح بالبيع على المكشوف فإن المورد أو الوسيط في كثير من الأحيان يبيع سلعًا بكميات أكبر من تلك المملوكة له؛ لكونه يعلم أن المصرف والعميل لن يطلب أيُّ منهما المعدن؛ إذ لا غرض لهما فيه.

٣- أنَّ كثيرًا من هذه الصفقات تتمُّ من دون تسليم فعلي، وإنما الذي يتمُّ عمليات تسوية ومُقاصَّة بين الوسطاء من خلال غرفة لندن للمُقاصَّة.

وهذه الإشكالات تحتم على ضرورة إيجاد سوق سلعية إسلامية تتحقق فيها الضوابط الشرعية، ويمكن الرقابة عليها شرعًا للتأكد من عدم وجود المحظورات الشرعية في تداول السلع.

المطلب الثانى: بورصة السلع الماليزية  $(BSAS)^{(1)}$ .

وهذه البورصة حديثة النشأة، تتبع شركة بورصة ماليزيا للخدمات الإسلامية، يتمُّ فيها تداول

<sup>(</sup>۱) ينظر: الملف التعريفي عن البورصة Bursa Suq Al-Sila.

زيت النخيل، وهو متماثل في الصفات، ويتمُّ تخزينه في صهاريج كبيرة، وتصدر شهادات ملكية (إلكترونية) تفيد الملكية وتُعَيِّن الصهريج الذي يخزن فيه الزيت، وروعي في هذه البورصة أن تكون متوافقة في جميع تعاملاتها مع الضوابط الشرعية؛ ومن ذلك:

- ١ أن يكون البائع مالكًا للسلع قبل البيع، فلا يسمح فيها بالبيع على المكشوف.
  - ٢- تتمُّ تسوية العمليات يوميًّا، فلا يسمح بعقود المستقبليات أو الخيارات.
- ٣- جميع السلع التي يتمُّ تداولها تكون معينة، وتصدر للمشتري شهادة حيازة تعين مكان ورقم الصهريج الذي تمَّ تخزين الزيت فيه.

#### ويضم السوق في عضويته ثلاثة أنواع من الأعضاء:

- ۱ بائعي السلع (المورِّدين CSP).
  - Y- الأعضاء المشاركين (CTP).
    - "- الأعضاء المنفذين (CEP).

ويتيح السوق للمشتري بعد الشراء الخيار ما بين تسلم السلعة -ويستغرق تسليمها على الأقل أسبوعًا - أو بيعها على أحد الوسطاء. وتتمُّ تسوية جميع العمليات مع الموردين من خلال شركة بورصة ماليزيا للخدمات الإسلامية بصفتها وكيلًا للتسوية.

وجميع الصفقات في السوق تنفَّذ بسعر واحد طيلة اليوم، بناءً على سعر إقفال اليوم السابق. والية تنفيذ المصارف لعقود المرابحة في هذه السوق تتم كالآتي:

١ – قبل افتتاح السوق يعرض الموردون سلعهم، وتتقدم المصارف المسجلة في السوق أو من خلال الوسطاء المسجلين بطلبات الشراء.

٢- بعد افتتاح السوق تتم مطابقة العروض مع الطلبات، ويتم البيع بين المورد والمصرف نقدًا.

٣- تتم تسوية الالتزامات المالية بين الموردين والمشترين من خلال شركة البورصة فتضمن للموردين الثمن، وتقوم باستيفائه من المشترين.

- ٤ يتم إصدار شهادة ملكية للمشتري، يُعيِّن فيها مكان تخزين السلعة التي تمَّ شراؤها.
- ٥- يكون للمشتري الخيار في تسلم السلعة، وفي هذه الحال يتحمل رسوم النقل والتسليم، أو بيعها في السوق على غير المورد الأول.
- ٦- يمكن للمصرف أن ينفذ هذه الخطوات في ودائع المرابحة، بأن يشتري من المورد نقدًا
   لصالح العميل ثم يبيعها بالأجل على مورد آخر.

ومن الواضح أن هذه السوق -من الناحية الشرعية - أفضل من سوق لندن للمعادن من جوانب متعددة؛ إذ يمنع فيها البيع على المكشوف، ويمكن أن يتحقق فيها التسليم الفعلي للسلع، ويعطى المشتري الخيار بين التسلم أو البيع، وجميع السلع المتداولة تكون معينة، وتصدر بها شهادات تخزين.

وقد يَرِدُ إشكالٌ بأن التعيين إنما هو للصهريج الذي يخزَّن فيه زيت النخيل، وأما الزيت فهو غير معين داخل الصهريج، وإنما يشتري المستثمر حصة مشاعة منه، ثم إنَّ الزيت يتجدد بشكل مستمر، فقد لا يكون الزيت الذي اشتراه هو بعينه الذي باعه.

ولا يظهر للباحث في ذلك محظور، فتعيين الصهريج تعيين لما فيه، فالزيت حصة مشاعة في شيء معين، فيأخذ حكم المعين، وأما كونه يتجدد فهذا لا يؤثر؛ لأنه متماثل الجنس والصفات.

وإنشاء هذه السوق يعدُّ خطوة في الاتجاه نحو تصحيح مسيرة المصارف الإسلامية، وإزاحة العقبات التي تعترض مسيرتها(١). ومن المؤمل أن يفتح المجال لإنشاء أسواق إسلامية أخرى في عدد من البلدان الإسلامية.



<sup>(</sup>١) وقد وقَّعت عدد من المصارف الإسلامية بالمملكة اتفاقيات للدخول في هذه السوق.



# المبحث إن أين

# دراسة تطبيقية لودائع مرابحة في بعض المصارف الإسلامية

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: دراسة تطبيقية لوديعة مرابحة في بنك إسلامي محلي(١).

نستعرض في هذا المطلب نموذجًا تطبيقيًّا لعقدي وديعة مرابحة في أحد المصارف الإسلامية المحلية، وهو بنك البلاد. العقد الأول عقد استثمار مباشر، والعقد الثاني عقد وكالة بالاستثمار.

ويتمُّ تنفيذ هذين العقدين بعد التوقيع على اتفاقية الوكالة مع العميل؛ حيث يشتري البنك سلعة نيابةً عن العميل، بناءً على طلبه، ثم بعد تملكها وقبض العميل لشهادات الحيازة، يكون له الخيار بين أحد ثلاثة أمور:

الأول: الاحتفاظ بها.

والثاني: أن يبيعها بنفسه مرابحة على البنك (الاستثمار المباشر).

والثالث: أن يوكل البنك في بيعها مرابحة على طرف ثالث (الوكالة في الاستثمار).

#### خطوات التنفيذ:

١ - يتسلم بنك البلاد طلب العميل للاستثمار محددًا به المبلغ والعملة والمدة (كتابيًا أو هاتفيًّا).

٢ - يسلم البنك نموذج توكيل العميل لبنك البلاد بشراء معدن معين، يتم وصفه، وتحديد المبلغ المراد الشراء به وتاريخ الشراء.

٣- إصدار أمر الشراء من قسم المبيعات في الخزينة Treasury Sales إلى قسم الاستثمار في الخزينة Treasury Investment.

٤- يتمُّ خصم مبلغ الشراء من حساب العميل لدى البنك.

٥- بعد إتمام عملية الشراء للعميل، والحصول على شهادة الحيازة يتمُّ تسليمها إلى قسم المبيعات في الخزينة Treasury Sales.

<sup>(</sup>١) اتفاقية الاستثمار بالبيع الآجل ببنك البلاد.

7 - يُبلَّغ العميل بالحصول على شهادة الحيازة من قسم المبيعات في الخزينة Treasury ويرسل له نسخة منها.

٧- يكون للعميل الخيار في بيع السلعة أو الاحتفاظ بها، فإذا رغب العميل في البيع، فإنّه يوقع (نموذج توكيل بالبيع)، ويرسله لبنك البلاد، وإن رغب في بيعها على البنك فيوقع على (نموذج البيع).

Treasury قسم المبيعات في الخزينة Treasury Sales قسم الاستثمار في الخزينة Treasury بيِّ قسم الاستثمار في الخزينة Investment

9 - في حال توكيل البنك بالبيع يقوم قسم الاستثمار ببيع السلعة على غير المورد الأول بالأجل، بالربح المتفق عليه مع العميل، وفي حال بيع العميل على البنك فيصدر المصرف قبولًا لذلك.

• ١ - يقوم البنك بتحصيل ثمن المرابحة عند حلوله وإيداعه في حساب العميل في حال الوكالة بالاستثمار، وفي حال الاستثمار المباشر يودع البنك المبلغ في حساب العميل.

#### المناقشة الفقهية:

باستعراض البنود في العقدين السابقين يتضح أنه روعي فيهما عدد من الضوابط الشرعية: أولًا: اشترطت الهيئة لإجازة المنتجين أن تكون السلع معينة. (القرار رقم ١١).

ثانيًا: لا يشتمل أيُّ من هذين المنتجين على وعد أو مواعدة ملزمة بالشراء أو بالبيع، وهذا ما أخذت به الهيئة الشرعية للبنك في ضوابط المرابحة بمنع الوعد الملزم والمواعدة الملزمة.

ثالثًا: يجعل للعميل الخيار بعد شراء السلعة بين بيعه أو الاحتفاظ به، ويتحمل رسوم التخزين وأي رسوم أخرى تتعلق بملكيته للسلعة، وهذا يؤكد أن ملكيته للسلعة ملكية حقيقية.

رابعًا: لا يتمُّ تنفيذ البيع الآجل، ولا التوكيل بالبيع إلا بعد تملك العميل للسلعة وقبض شهادات الحيازة المعيَّنة لها.

خامسًا: يمنع البنك من بيع السلعة على المورِّد الأول الذي اشتريت منه.

سادسًا: يمنع البنك من أن يتولَّى طرفي العقد في حال شرائه لنفسه؛ دفعًا للصورية في العقد. سابعًا: نص البند (٤/٣) من الاتفاقية على أنه يتعين على البنك بصفته وكيلًا عن المستثمر

سابعا: نص البند (٤/٣) من الاتفاقية على انه يتعين على البنك بصفته وكيلا عن المستثمر أن يشترط على المورد وقبل تصرف أن يشترط على المورد وقبل تصرف المستثمر فيها خلال مدة بقائها في ملكه. وهذا الشرط ضروري؛ إذ إن كثيرًا من المورِّدِين من واقع التجربة يبيعون السلعة على أكثر من جهة في وقت واحد؛ لعلمهم بأن المستثمر لا رغبة له في السلعة وأن غرضه إنما هو التورق فقط.

وكنظرة إجمالية فهذان المنتجان يتوافقان -فيما يظهر - مع الضوابط الشرعية التي سبق بيانها في الفصل الأول.

### المطلب الثاني: دراسة تطبيقية لوديعة مرابحة في نافذة إسلامية في بنك محلي.

نستعرض في هذا المطلب وديعة مرابحة بالاستثمار المباشر في بنك الإمارات فرع الرياض، وتسمى هذه الوديعة في البنك (حساب الجود الإسلامي)، وفيها يوكل العميل المصرف في شراء سلعة نقدًا، ويخصم ثمنها من حسابه، مع التزام البنك بشرائها منه بالأجل.

#### خطوات التنفيذ:

١ - يتقدَّم العميل إلى بنك الإمارات بإبداء رغبته في استثمار رصيد حسابه أو جزء منه عن طريق تنفيذ مرابحة مع البنك.

٢ - في حال قبول بنك الإمارات هذه الرغبة من العميل فإنَّ البنك يطلب من العميل وكالةً
 عنه في شراء سلع، يحدد ثمنها وجنسها وأوصافها المعتبرة.

٣- يبلِّغ البنك العميل بمعدل الربح والمدة في عمليات الاستثمار لديه.

٤ - يصدر البنك وعدًا لصالح العميل يلتزم فيه البنك بشراء السلعة منه بهامش ربح بنسبة
 محددة من كامل ما قامت عليه السلعة.

٥ - يوقع العميل على نموذج الوكالة المعدِّ لذلك والذي يتضمن التفويض بالخصم من حساب العميل لدى البنك بالمبلغ المراد استثماره.

٦- يقوم البنك بتنفيذ مقتضى الوكالة ويشتري معدنًا من المعادن الدولية نقدًا.

٧- يبلغ البنك العميل بشرائه السلعة لصالحه.

٨- يقدم البنك إيجابًا مكتوبًا للعميل يبدي رغبته بشراء السلعة منه بالثمن الذي جرى
 الاتفاق بينهما عليه قدرًا وأجلًا.

٩- في حال قبول العميل تكون السلعة ملكًا للبنك.

• ١ - بعد تملك البنك للسلعة يبيعها في السوق نقدًا.

١١- عند حلول الأجل يقوم بنك الإمارات بإيداع الثمن في حساب العميل.

#### المناقشة الفقهية:

تضمنت اتفاقية حساب الجود بعض القضايا الشرعية، منها:

١ – الوعد الملزم من البنك بشراء السلعة من العميل، وهذا الوعد يصدر من البنك قبل شراء السلعة، وهو محل إشكال؛ إذ الوعد الملزم في مثل هذه الحال كالعقد نفسه.

٢- لم تنص الاتفاقية على أن للعميل الخيار في التصرف في السلعة بغير بيعها على البنك؛
 فلا يحق له الاحتفاظ بها ولا بيعها على غير البنك، وليس أمامه إلا خيار واحد وهو أن يبيع السلعة على البنك، مما يقوي القول بأن ملكية العميل للسلعة ملكية صورية.

٣- لم تشترط الاتفاقية أن تكون السلع المشتراة معينة، وإنما الشرط أن يبين جنسها وصفاتها فقط، من دون أن يكون هناك شهادات حيازة؛ أي أن العقود يتمُّ تنفيذها على سلع موصوفة، وهذا محل إشكال من جهتين:

الأولى: أن المورد الذي يبيع على البنك قد يبيع على المكشوف، أي يبيع سلعًا بأكثر مما يملك، وهو لا يمنع من ذلك نظامًا؛ لأن العقد على موصوف وليس معين.

والثانية: أن العميل سيبيع السلعة على البنك بالأجل، فإذا كانت موصوفة في الذمة غير معينة فيدخل هذا في بيع الدين بالدين، كما ذكر ذلك أهل العلم(١).

٤ - لم تشترط الاتفاقية أن يقبض العميل السلع المشتراة لصالحه ولو قبضًا حكميًّا قبل بيعها
 على البنك، والبنك هنا وإن كان وكيلًا عن العميل في الشراء فإن قبضه للسلعة لا يكفي؛ لكونه هو
 من سيشتري من العميل بالأجل.

٥- لم تشترط الاتفاقية ولا ضوابط إجازتها ألَّا يبيع البنك السلعة المشتراة على غير المورد الأول الذي اشتراها منه ابتداء، وهذه هي صورة العينة الثلاثية التي سبق بيانها.

ويتبين مما سبق أن هذه الاتفاقية تدخل في صورة التورق المنظم العكسي، والله أعلم.

#### المطلب الثالث: دراسة تطبيقية لوديعة مرابحة في بنك خليجي.

نستعرض في هذه الدراسة وديعة مرابحة لدى بنك بيت التمويل الكويتي، بفرعه في البحرين، وفيها يوكل العميل البنك في شراء سلع نقدًا من السوق الدولية ثم بيعها مرابحة.

ويدخل في هذا المنتج النوعان السابقان من ودائع المرابحة (الاستثمار المباشر والوكالة في الاستثمار)؛ إذ يحقُّ للبنك عند شراء السلع لصالح عملائه أن يتوكَّل عنهم في بيعها على طرف ثالث أو على نفسه، والودائع هنا مجمعة وليست إفرادية؛ حيث تضم ودائع العملاء بعضها إلى بعض ويتوكل البنك نيابة عنهم جميعًا في شراء السلع ثم بيعها.

<sup>(</sup>۱) ينظر: فتح القدير ٦/٢٤٣، التاج والإكليل ٤/ ٣٦٧، فتح العزيز ٩/ ٢٠٨، المغني ٦/ ٢٠٦، شـرح المنتهى ٢/ ٢٠١.

#### خطوات التنفيذ:

١ - يوكل العميل البنك في إجراء مرابحات دولية بشراء سلع من السوق الدولية ثم بيعها مرابحة.

٢- يتم خصم مبلغ الاستثمار من حساب العميل لدى البنك.

٣- تنازل البنك في هذه الاتفاقية عن عمولته المستحقة مقابل قيامه بأعمال الاستثمار.

٤ - عند انتهاء مدة كل عملية استثمار يضاف مبلغ الاستثمار مع الأرباح المحققة لنفس
 الحساب الذي تم الخصم منه.

٥ – يقوم البنك بتجديد استثمار الأموال حسب الأسعار المعلنة لديه في ذلك التاريخ؛ حيث يتم إعادة استثمار المبلغ مع الأرباح لمدة أخرى مماثلة، ما لم يحصل البنك على تعليمات أخرى مكتوبة من العميل (١).

#### المناقشة الفقهية:

تتضمَّن هذه الاتفاقية عددًا من القضايا الشرعية؛ منها:

۱ – نصَّت الاتفاقية على أن العميل يتحمل أي خسائر تقع بسبب الاستثمار؛ وأنَّ البنك بصفته وكيلًا لا يتحمل تلك الخسائر؛ إلَّا في حال التعدي أو التقصير، وهذا النص جيد، ويدفع توهم تضمين الوكيل؛ إذ لا خلاف بين أهل العلم على أن يد الوكيل يد أمانة.

٢- في القانون الواجب التطبيق قيّدت الاتفاقية المرجعية القانونية بما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية، وهذا التقييد من أهم الأمور التي يجب تضمينها في الاتفاقيات حتى لا يُلزَم أيُّ من الطرفين بدفع فوائد محرَّمة أو بتنفيذ التزامات غير مشروعة، وإن كان الأولى مع ذلك أن ينصَّ في البند نفسه على التزام الطرفين بعدم دفع أو أخذ أيِّ فوائد أو غرامات تأخير أيًّا كان شكلها؛ لأن بعض الجهات الشرعية تجيز أخذ غرامات التأخير والتخلص منها، وقد يلزم العاقد بذلك إذا لم تضمن الاتفاقية هذا النص.

٣- أجازت الاتفاقية للبنك أن يتولَّى طرفي العقد، بأن يبيع السلعة لنفسه مرابحة، وهذا محل إشكال، فإن هذه المسألة وهي شراء الوكيل أو بيعه لنفسه وإن كان فيها خلاف بين الفقهاء المتقدمين فالحنفية والشافعية يرون المنع مطلقًا، بينما المالكية والحنابلة يرون الجواز بالإذن إذا

<sup>(</sup>١) اتفاقية الوكالة في الاستثمار في المرابحات الدولية، بيت التمويل الكويتي، فرع البحرين.

انتفت التهمة أو بعد تناهي الرغبات (١١)، إلا أنَّ المنع في عقود التمويل والاستثمار المصرفي هو المتعين دفعًا للصورية في العقود ومنعًا لتداخل الضمانات، وبهذا أخذ المعيار الشرعي الصادر من المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، ونصُّه: (ليس للوكيل أن ينوب عن طرفي التعاقد)(٢).

٤ - تنازل البنك عن عمولته مقابل القيام بأعمال الوكالة يشعر بأن البنك سيعمِد إلى استخدام أسلوب التورُّق العكسي، أيْ أنه سيشتري السلع وكالة عن عملائه نقدًا، ثم يبيعها على نفسه مرابحة بالأجل، ثم يبيعها على غيره نقدًا؛ لينتفع من ثمن بيعها.

#### المطلب الرابع: دراسة تطبيقية لوديعة مرابحة في بنك دولي.

نستعرض في هذا المطلب اتفاقية تحوُّطِ لتغير هامش الربح في نافذة إسلامية في أحد البنوك الدولية وهو (دويتشه بنك)<sup>(۲)</sup>، وهو بنك ألماني، وهيكلة هذه الاتفاقية قائمة على أساس استخدام ودائع الاستثمار المباشر –أي النوع الأول من ودائع المرابحة – كأداة لتنفيذ عقد التحوط<sup>(٤)</sup>. وهذه الاتفاقية طويلة جدًّا؛ إذ تزيد صفحاتها على تسعين صفحة، وهي باللغة الإنجليزية، وأعرض باختصار هيكلها العام وأهم بنودها.

#### وصف الاتفاقية:

في هذه الاتفاقية يرتبط العميل بعقود مرابحة طويلة الأجل مع البنك، أحدهما يكون دائنًا والآخر يكون مدينًا، ولغرض التحوط من تغير معدل المرابحات في السوق، يصدر كل من العميل والبنك وعدين متقابلين يلتزم فيه الواعد بشراء سلعة بأعلى من سعر السوق عند التنفيذ بالقدر الذي يعوض به الطرف الآخر بسبب تغير معدل الربح في السوق عن الربح المحدد في المرابحة طويلة الأجل.

وقد كان الغرض من عقود التحوط في بداية نشأتها هو حماية رأس المال، وذلك فيما إذا كان على العميل التزامات طويلة الأجل ويخشى من تقلبات أسعار الفائدة في المستقبل، إلا أنها تحولت إلى عقود للمقامرة والمراهنة على الأسعار، وهذا هو الأكثر في تطبيقاتها في الأسواق المالية اليوم.

<sup>(</sup>١) بدائع الصنائع ٦/ ٣١، حاشية الدسوقي ٣/ ٣٨٧، نهاية المحتاج ٥/ ٣٥، شرح المنتهى ٢/ ٣١١.

<sup>(</sup>٢) المعايير الشرعية، معيار الوكالة وتصرف الفضولي، فقرة ٦/ ١/٣، ص٦٢٥.

<sup>.</sup>Islamic Profit Rate Swap (٣)

 <sup>(</sup>٤) وهذه الاتفاقية مجازة من الهيئة الشرعية للنافذة الإسلامية بالبنك.

فعلى سبيل المثال: لو أن العميل يتوقع انخفاض أسعار الفائدة في المستقبل عن ٥٪ (سعر التنفيذ) والبنك يتوقع عكس ذلك، فلو ارتفعت أسعار الفائدة في تاريخ التنفيذ إلى ٧٪ ففي المصارف التقليدية يدفع العميل الفرق وهو ٢٪، وفي المصارف الإسلامية التي تجيز هذه الاتفاقيات يلتزم العميل بشراء سلعة من البنك بثمن يزيد بمقدار ٢٪ من قيمتها في السوق. ولو نقص معدل الربح إلى ٤٪ ففي المصارف التقليدية يدفع البنك الفرق وهو ١٪، وفي المصارف الإسلامية التي تعمل بعقود التحوط يلتزم البنك بأن يشتري السلعة بثمن يزيد بمقدار ١٪ عن قيمتها في السوق.

#### آلية التنفيذ<sup>(۱)</sup>:

١ – العميل ابتداءً يعتمد في تمويل نشاطه على التمويل قصير الأجل، وتكلفة التمويل (هامش الربح) تختلف بحسب معدلات الربح عند أخذ التمويل، وله استثمارات عبارة عن مرابحات طويلة الأجل بهامش ربح ثابت، ويخشى أن تزيد تكلفة التمويل على هامش الربح في الاستثمارات أو تساويه، فيرغب في الدخول في عقد تحوُّط لتثبيت تكلفة التمويل عليه بحيث لا تزيد عن نسبة ثابتة تكون أقل من هامش ربحه في استثماراته على النحو المبيَّن في الرسم البياني:



٢- يبرم العميل اتفاقية تحوط مع البنك تتضمن هذه الاتفاقية أربع وثائق:

- أ- اتفاقية وكالة بالبيع، وفيها يوكل العميل البنك ببيع السلعة نيابة عنه.
- ب- اتفاقية وكالة بالشراء، وفيها يوكل العميل البنك بشراء السلعة نيابة عنه.
  - ج- تعهد صادر من العميل بالشراء.
    - د- تعهد صادر من البنك بالشراء.

٣- يحدد الطرفان موعد تنفيذ الوعود ويسمى تاريخ التنفيذ، كما يحددان سعر التنفيذ، وهو النسبة المتفق عليها للتنفيذ.

٤ - إن كان معدل الربح في السوق عند التنفيذ أقل من سعر التنفيذ، فيمارس البنك حقه في تعهد العميل له بالشراء، وذلك بتنفيذ عقد تورق منظم بأن يبيع على العميل سلعة بثمن أعلى من قيمتها في السوق (والزيادة تعادل الفرق بين سعر التنفيذ ومعدل الربح في السوق) ثم يبيعها نيابة عنه بمقتضى عقد الوكالة بالبيع.

<sup>.</sup>Profit Rate Swap (1)

وإن كان معدل الربح في السوق عند التنفيذ أعلى من سعر التنفيذ، فيمارس العميل حقه في تعهد البنك له بالشراء، وذلك بتنفيذ عقد تورق عكسي منظم (استثمار مباشر) بأن يشتري البنك سلعة نيابة عن العميل بمقتضى عقد الوكالة في الشراء، ثم يشتريها البنك منه بثمن أعلى من قيمتها في السوق (والزيادة تعادل الفرق بين سعر التنفيذ ومعدل الربح في السوق).

٦- والمحصلة النهائية أن تكلفة التمويل على العميل تعادل -تمامًا- سعر التنفيذ المتفق عليه، فلو ارتفعت تكلفة التمويل في السوق عن هذا السعر فيتحمل البنك الزيادة، ولو انخفضت فيدفع العميل النقص.

#### المناقشة الفقهية:

تشتمل هذه الاتفاقية على عدد من المخالفات الشرعية؛ منها:

١ - أن شراء السلع صوري، وهو حيلة لأجل تعويض الطرف الآخر، ولا يقصد منه التملك الحقيقي، ولهذا تشتري السلعة بغير قيمتها الحقيقية.

٢- أن البنك يتولى طرفي العقد ولا يباشر العميل أي عقد من بيع أو شراء ولا يعلم عن السلع التي يشتريها البنك له أو يبيعها عليه.

٣- تتضمن الاتفاقية عقد تورق منظم، وعقد تورق عكسي منظم، والعميل يوقع على الوكالات بالبيع والشراء قبل أن يتملك السلع.

٤ - تتضمن الاتفاقية مواعدة ملزمة متبادلة بين الطرفين، والمواعدة الملزمة في حقيقتها
 لا تختلف عن العقد، وهذا ما نص عليه قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي.

٥ يتم تنفيذ العقود في هذه الاتفاقية على سلع موصوفة في الذمة، فتباع بالأجل قبل قبضها،
 فتدخل في النهي عن بيع ما لم يقبض، وفي النهي عن بيع الدين بالدين.

٦- شرط غرامات التأخير، ولا يخفى تحريمه ولو أخذت الغرامات بنية التخلص منها.

وإجمالًا فهذه الاتفاقية لا تختلف في حقيقتها ومضمونها عن اتفاقيات التحوط التقليدية، والله أعلم.

# الحاتمة

## وتشتمل على أبرز نتائج البحث، وأُوجِزها في النقاط الآتية:

١ - تعدُّ ودائع المرابحة أحد أنواع ودائع الاستثمار في المصارف الإسلامية.

#### ٧- تنقسم ودائع المرابحة إلى:

- أ- ودائع الاستثمار المباشر، وفيها يوكل العميل المصرف في شراء سلعة نقدًا ثم يبيعها العميل على المصرف بالأجل بربح معلوم.
- ب- ودائع الوكالة في الاستثمار، وفيها يوكل العميل المصرف في شراء سلعة
   نقدًا ثم يوكله في بيعها على طرف ثالث بالأجل.
  - ٣- يشتمل عقد وديعة الاستثمار المباشر على الوكالة والمرابحة والتورق.

#### ٤- لا تخلو وديعة الاستثمار المباشر من حالين:

- أ- أن يكون هناك ترتيب بين الطرفين على أن يبيع العميل السلع التي تُشترى له على المصرف، والتزام من قبل المصرف نصًّا أو عرفًا بشرائها، فالعقد في هذه الحال محرم.
- ب- ألَّا يكون بينهما ترتيباتٌ سابقةٌ بذلك ولا وعد من المصرف بالشراء، وإذا رغب العميل باختياره في البيع على المصرف فلا بأس بذلك، مع مراعاة الضوابط الشرعية التي تبعد العقد عن الصورية.
  - ٥- يشتمل عقد وديعة الوكالة في الاستثمار على وكالة بأجر ومرابحة.
- ٦- تجوز وديعة الوكالة في الاستثمار من حيث الأصل، ويجوز أن يكون أجر الوكيل بنسبة من مبلغ المرابحة.
- ٧- يجب قبض السلع قبل بيعها سواء في ودائع الاستثمار المباشر أم في ودائع الوكالة في
   الاستثمار، ويرجع في القبض إلى العرف.
- ٨- الأرباح في كلا نوعي ودائع المرابحة حتًى للعميل، والمعيار الشرعي لقياس الأرباح هو الأساس الاستحقاقي وليس الأساس النقدي.
- ٩ يجوز الاسترداد في ودائع المرابحة الفردية، ويعد من قبيل تعجيل استيفاء الدين من المدين.

• ١ - يجوز التخارج من وعاء الاستثمار في الودائع المجمعة دون مراعاة أحكام الصرف أو بيع الدين ولو كان الأغلب في الموجودات النقد أو الدين إذا كان الوعاء الاستثماري تقلب موجوداته في المتاجرة بالسلع أو المنافع؛ عملًا بقاعدة التبعية، أما إذا كان لا يتمُّ تقليبه فيأخذ حكم الأغلب من تلك الموجودات.

١١ - إذا كانت موجودات وعاء الاستثمار نقدًا صرفًا فيأخذ حكم النقد، وإذا كان دينًا فقط فيأخذ حكم الدين.

۱۲ - يجوز التحوط في ودائع المرابحة من خلال المرابحات المتجددة بدون مواعدة ملزمة، أو المرابحات المتعاكسة على سلع مختلفة، أو بالاستثمار بالوكالة مع حافز الوكيل، ولا يجوز من خلال المرابحات المتجددة مع المواعدة الملزمة أو من خلال الوعود المتقابلة.

١٣ - لا يجوز بيع السلعة في ودائع المرابحة على المورد الأول ولا وكيله ولا مَنْ بينَه وبين المورد اتفاقية ضمان أو اتفاقية لإعادة السلعة إليه.

١٤ - تشتمل تطبيقات عقود المرابحة في سوق لندن للمعادن على عدد من الإشكالات الشرعية؛ مثل البيع على المكشوف، وبيع سلع غير معينة، وعدم التسليم الفعلي، وتواطؤ المورِّدين على تبادل السلع فيما بينهم لأغراض التمويل.

١٥- بدراسة بورصة ماليزيا للسلع لم يظهر للباحث في نظامها محظورات شرعية.

17 - بدراسة أربعة نماذج لعقود ودائع مرابحة في أربعة بنوك تبين تفاوت المصارف الإسلامية في الالتزام بالضوابط الشرعية؛ ومن أبرز تلك القضايا: تعيين السلع وقبضها، والمواعدة الملزمة، وتولي المصرف طرفي العقد، وتمكين العميل من التصرف في السلعة، والتوكيل بالبيع قبل التملك، وغيرها.

والحمد لله أولًا وآخرًا وظاهرًا وباطنًا، وصلى الله وسلم على نبيِّنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.



# التأجير التمويلي دراسة فقهية مقارنة بمشروع نظام الإيجار التمويلي

بحثُّ محكَّم نُشر في عام ١٤٣٣هـ – ٢٠١١م





الحمد لله، والصلاة والسلام على رسول الله صَالَّاللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّم.

أمَّا بعدُ:

يُعَدُّ عقدُ التأجيرِ التمويلي أحدَ أبرزِ عقود التمويلِ المعاصرة؛ سواءٌ في تمويل الأفرادِ أم الشركات؛ لما يتميَّزُ به من عدد من المزايا لطَرَفَي العقد: الممول والمتمول؛ فالممول يتمكن من إجراء عقد التمويل مع احتفاظه بملكية الأصول المؤجَّرة، وقدرته على استردادها في حال مماطلة المتمول في الوفاء بالتزاماته، الأمر الذي يقلِّل من المخاطر الائتمانيَّة المصاحبةِ عادةً للعقود التمويلية.

ومن جانب المتمول، فهو يتمكَّن من الانتفاع بالأصولِ المؤجَّرةِ خلالَ فترةِ التأجيرِ مقابلَ دُفعاتِ إيجاريَّةِ متباعدة زمنيًّا، وبقِيَمٍ قليلةٍ مقارنةً بقيمة الشراء النَّقْدي، مع تمكينِه من تملُّكِ تلك الأصولِ في نهاية المدَّةِ.

ويُعَدُّ ذلك حلَّا مناسبًا لمن لا تتوافر لديه السيولة النقدية الكافية لشراء الأصلِ المؤجَّر، أو لمن يرغب في استثمار تلك السيولة في مشروعاتٍ أخرى ذات عوائد، بدلًا من تجميدها بالكامل في أصولٍ رأسمالية.

ومن المتوقَّع أن يزداد الإقبالُ على تطبيق عقودِ التأجير التمويلي في المملكة بعد الموافقة على مشروعات الأنظمة التمويلية التي تضبط أعمال هذه العقود، وهي:

- ١ مشروع نظام الإيجار التمويلي.
- ٢- مشروع نظام التمويل العقاري.
- ٣- مشروع نظام مراقبة شركات التمويل.
- ٤- مشروع نظام الرهن العقاري المسجل.

وقد تــمَّت الموافقة على مواد هذه المشروعات من قِبل مجلس الشورى، وتم رفعُها لمجلس الوزراء لاعتمادها من المقام السامي، ويتوقع صدورها خلال الفترة القريبة القادمة.

ويشتمل هذا البحثُ على دراسةٍ شرعيَّةٍ لأحكام التأجير التمويلي، مع المقارنة بما جاء في مشروع نظام الإيجار التمويلي.

#### أهمية الموضوع:

تظهر أهمية الموضوع من جوانبَ عِدَّةٍ، من أبرزها:

1 – أنه يُعنَى بدراسة أحدِ أهم عقودِ التمويل المعاصرة؛ سواءٌ على مستوى المصارفِ أو شركات التمويل غيرِ المصرفيَّةِ؛ فحسَب التقرير السنوي الخامس والأربعين الصادر من مؤسسة النقد العربي السعودي، فإنَّ إجمالي العقود التمويلية بالمملكة يتجاوز ٢, ١ تريليون ريال (١)، ونسبة التمويل بالإجارة للأفراد والشركات تزيد على ١٨٪ من إجمالي العقود التمويلية (٢).

٢- أن هذه الدراسة تجمع بين الجانب الشرعي للموضوع وجانبه النظامي، وذلك بمقارنة مواد مشروع نظام الإيجار التمويلي بأحكام الشريعة.

٣- أن التأجير التمويلي له صِلةٌ باحتياجات أغلبِ فئاتِ المجتمعِ من أفرادٍ وشركاتٍ، ولا سيَّما في التمويل العقاري، حيث تفضِّل معظمُ الشركاتِ أن يكون تمويلُها العقاري من خلال عقد الإجارة بدلًا من بيع التقسيط، أو غيرِه من عقود التمويلِ الأخرى؛ لما يوفِّرُه التأجير التمويلي من ضماناتِ أكثرَ للشركة المموِّلة من مخاطر تعثُّر المتموِّل.

#### الدراسات السابقة:

ثمة العديد من الأبحاث التي كتبت حول التأجير التمويلي، ومما وقف عليه الباحث منها:

- «عقد التأجير التمويلي» (دراسة مقارنة)، للباحث ماجد بن قينان بن عبد الرحمن النتيفات، وهو بحث تكميلي مقدم لنيل درجة الماجستير في المعهد العالى للقضاء.
- «عقد التأجير التمويلي» (دراسة مقارنة في آثاره وانقضائه)، للباحث أحمد بن سليمان ابن حمد العودة، وهو بحث تكميلي مقدم لنيل درجة الماجستير بالمعهد العالي للقضاء.
- «الإجارة المنتهية بالتمليك»، للباحث خالد الحافي، وهو رسالة ماجستير في جامعة الملك سعود.
- «التأجير المنتهي بالتمليك»، للباحث سلمان الدخيل، وهو بحثٌ تكميلي لمرحلة الماجستير بالمعهد العالى للقضاء.
- عدد من الأبحاث المقدَّمة للدورة الخامسة لمجمع الفقه الإسلامي، للشيخ عبد الله بن بيك، ود. حسن الشاذلي، ود. عبد الله محمد عبد الله، وغيرهم.

<sup>(</sup>١) التقرير السنوي الخامس والأربعون عن عام ٢٠٠٩م، الصادر عن مؤسسة النقد العربي السعودي.

دراسة تحليلية للتعاملات المالية والاقتصادية بالمملكة، من إعداد مركز الأوائل للاستشارات الاقتصادية.

وهذه الأبحاث، مع ما فيها من علم وافر، إلَّا أنها جميعًا تُعنى بالتأصيل الشرعي للعَقْدِ فقط، ولم تتعرَّض للأنظمة ولا للكثير من الجوانب التطبيقيَّةِ المستَجَدَّة، بينما هذا البحث يُعنى بمقارنة مشروع نظام الإيجار التمويلي بالأحكام الشرعية، وبدراسة جملةٍ من تطبيقاتِ العقد المستجدَّة، التي لم تتعرض لها البحوث السابقة، ومنها:

- صكوك الإجارة التمويلية.
- بيع محافظ الإجارة التمويلية.
- إجارة الموصوف في الذمة إجارة تمويلية.
- المشاركة المتناقصة مع الإجارة التمويلية.
- إعادة التمويل للأعيان المؤجرة إجارة تمويلية.
  - صياغة عقود الإجارة التمويلية.

وغيرها من المسائل.

#### خطة البحث:

تشتمل خطة البحث على: مقدِّمة، وتمهيد، وستة مباحث، وخاتمة، وفهارس البحث، وذلك على النحو الآتي:

المقدمة، وتشتمل على: أهمية الموضوع، والدراسات السابقة، ومنهج الباحث، وخطة البحث.

التمهيد، في التعريف بعقد التأجير التمويلي، وأنواعه، ومقارنته ببعض العقود المشابهة.

المبحث الأول: التوصيف الشرعي والنظامي لعقد التأجير التمويلي.

المبحث الثاني: أركان عقد التأجير التمويلي وشروط كل ركن.

المبحث الثالث: مراحل التأجير التمويلي وأحكام كل مرحلة.

المبحث الرابع: صُور خاصَّة من عقود التأجير التمويلي.

المبحث الخامس: انتهاء عقد التأجير التمويلي.

المبحث السادس: الصياغة النظامية لعقد التأجير التمويلي، وأبرز مصطلحاته.

الخاتمة: وفيها أبرز نتائج البحث.

أسأل الله أن يجنِّبنا الزَّلَ، وأن يوفِّقنا لما يُرضِيه من القول والعمل.



# تمهيشر

# التعريف بعقد التأجير التمويلي وأنواعه ومقارنته ببعض العقود المشابهة

المطلب الأول: التعريف بعقد التأجير التمويلي.

الفرع الأول: تعريفه باعتباره مركبًا إضافيًا.

عقد التأجير التمويلي مركَّبٌ من ثلاث كلمات، هي: العقد، والتأجير، والتمويل.

فالعقد في اللغة: الرَّبطُ والشَّدُّ(')؛ ويُطلَق على معانِ أخرى، منها: الإلزام، والإبرام، والإبرام،

وفي الاصطلاح الفقهي: يُطلَق العقدُ ويُرادبه المعنى العام، وهو: ما يلتزمه الإنسانُ على نفسه؛ سواءٌ أكان بيمين، أم بنَذْر، أم بعَقْد، أم بشَرْط، أم بغيرها(٢٠)؛ ويطلق ويرادبه المعنى الخاص، وهو: ربطُ أجزاءِ التصرُّفِ بالإيجاب والقبول(٤٠). وهذا هو المراد هنا.

والتأجير في اللغة: مصدر أجَّر؛ يقال: أجَّر تأجيرًا، وآجَرَ إجارةً، وهو مشتقٌ من الأُجرة، وهي العِوَض، ومنه سُمى الثواب أجرًا(٥٠).

والإجارة في الاصطلاح الفقهي: عقدٌ على منفعةٍ مباحةٍ معلومةٍ تؤخذ شيئًا فشيئًا(1).

وقد تقع الإجارة على عينٍ معيَّنة، أو موصوفة في الذَّمَّة، وتسمَّى إجارةَ الأعيان، أو على عملِ وتسمَّى إجارةَ الأعمال().

وَأَمَّا التمويلُ؛ فهو في اللغة: مشتَقَّ من المول، يقال: تموَّل الرجلُ؛ أي: اتَّخذَ مالاً، أو صار ذا مالِ (^).

<sup>(</sup>۱) معجم مقاييس اللغة ٤/ ٨٦. (٢) الصحاح ٢/ ٥١٠، لسان العرب ١٠/ ٢٢٠.

<sup>(</sup>٣) ينظر: نظرية العقد، ص٩٥، الجامع لأحكام القرآن ٧/ ٢٤٦.

<sup>(</sup>٤) التعريفات، ص١٥٣، رد المحتار ١٨٨٤. (٥) معجم مقاييس اللغة ١/ ٦٢، لسان العرب ١/٥٨.

<sup>(</sup>٦) كشاف القناع ٣/ ٥٤٩.

<sup>(</sup>٧) ينظر: المبسوط ١٥/ ٧٤، حاشية الدسوقي ٤/ ٢، مغني المحتاج ٢/ ٤٢٧، شرح المنتهى ٢/ ٢٤١.

<sup>(</sup>A) الصحاح ٤/ ١٨٢٢، لسان العرب ١٥٢/١٤.

والتمويل في الاصطلاح المالي: الإمدادُ بالأموال في أوقات الحاجةِ إليها(١).

ويُصنَّف عقدُ التأجير التمويلي ضمن العقود التمويلية؛ لأنَّ الغرض منه تملُّكُ العينِ المؤجَّرة، وليس مجرَّد الانتفاع بها كما في الإجارة التشغيليَّة.

#### الفرع الثاني: تعريفه باعتباره لقبًا.

عقد التأجير التمويلي هو عقدُ إجارةٍ يقترن بتمكين المستأجر من تملُّكِ العينِ المؤجَّرة بعد انتهاء الإجارة؛ أي أنه مركَّب من عقدَيْن:

الأول: عقد الإجارة.

والثاني: عقد التَّمليك.

وعلى هذا، يمكن أن يُعرف التأجير التمويلي بأنه: عقدٌ يقوم فيه المؤجِّر (الممول) بإيجار أصل رأسمالي على المستأجر، بحيث يتملَّك المستأجِرُ منفعةَ الأصلِ طِيلةَ مدَّةِ الإجارةِ مقابل دفعات إيجارية دورية، مع احتفاظ المؤجِّر لملكية الأصلِ وحتى نهاية العقد، ويكون للمستأجر حتُّ تملُّكِ الأصلِ عند نهاية مدَّةِ الإيجار –على أن تكون دفعات الإجارة قد غطَّت تكلفةَ الأصلِ، وهامشَ ربح محدَّد.

ويطلَق على التأجير التمويلي: التأجير المنتهي -أو مع الوعد- بالتَّمليك؛ وعُرِّف التأجير المنتهي بالتمليك بأنه: تمليكُ للعين على صفة معلومة مينات معلومة مينات المنتهي بالتمليك بأنه: تمليكُ للعين على صفة معلومة (٢).

والاسم الأول هو الذي أخذ به مشروع النظام، حيث سُمي بـ (نظام الإيجار التمويلي)، وهذه التسمية -في نظر الباحث- أشمل، فليس بالضرورة أن يتحقَّق التمليكُ في نهاية مدَّةِ الإجارة؛ إذ إنَّ تمكين المستأجرِ من تملُّك الأصلِ المؤجَّر في نهاية مدَّةِ الإجارة، لا يَعني أنَّ هذه هي النتيجة الحتميَّة للعقد؛ فقد تبقى مِلكيَّةُ الأصلِ عند المؤجِّر دون انتقالِ، إذا لم يرغب المستأجر بدَفْع العوضِ مقابلَ التملُّك، وقد يُتجدَّد عقدُ الإجارة مرَّة أخرى، وقد ينتهي العمر الافتراضي للأصل المؤجَّر؛ فثمَّة أربعةُ احتمالاتِ:

الأول: أن تنتقل مِلكيَّةُ الأصلِ للمستأجِر.

والثاني: أن يبقى في ملكيَّة المؤجِّر، ويُعيدَه المستأجرُ إلى مالكه.

<sup>(</sup>١) مبادئ التمويل، ص٢١.

<sup>(</sup>٢) ينظر: المعايير الشرعية (معيار الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك)، ص ٢٧٠، الإجارة المنتهية بالتمليك، خالد الحافي، ص ٢٠.

التأجير التمويلي -----

والثالث: أن يجدَّد عقدُ الإجارةِ مرَّةَ أخرى.

والرابع: أن يكون العمر الافتراضي للأصل المؤجَّر قد استُهلِك، ولم يَعُدْ له قيمةٌ اقتصادية. ومن جانب آخر: ليس بالضرورة أن يكون التمليكُ على سبيل الوعدِ؛ فقد يكون معلَّقًا على سداد الدفعاتِ الإيجارية دون الحاجة إلى إبرام عقدِ تمليكِ بعد انتهاء عقدِ الإجارة، كما سيأتي.

وجاء تعريف التأجير التمويلي في مشروع نظام الإيجار التمويلي بما نصُّه: (يُعَدُّ عقدًا إيجاريًّا تمويليًّا، كلُّ عقدٍ يقوم المؤجِّرُ فيه بإيجار أصولٍ ثابتةٍ أو منقولة، أو منافع، أو خدمات، أو حقوق معنوية، بصفته مالكًا لها، أو لمنفعتِها، أو قادرًا على تملُّكِها، أو قادرًا على إقامتها؛ وذلك إذا كان حصولُ المؤجِّر عليها بغرض إيجارِها للغير على سبيل الاحتراف.. ويجوز انتقالُ مِلكيَّةِ الأصولِ المؤجَّرةِ للمستأجر وفقًا لأحكام العقدِ(۱).

## المطلب الثاني: أنواع التأجير التمويلي.

يتنوع التأجير التمويلي باعتباراتٍ متعدِّدة (٢):

١ - فمن حيث نوع العينِ المعقودِ عليها، قد يكون:

- أ- تأجيـرًا لعقاراتٍ؛ والأغلبُ في هذا النوعِ أن يكون تمويلًا طويلَ الأجَلِ؛ أي تزيد مدَّةُ الإجارةِ فيه على خمس سنواتٍ.
- أو تأجيرًا لمنقولات؛ كالمركبات، والمعِدَّات، والأجهزةِ ونحوِها؛ والأغلبُ
   في هذا النوع أن يكون تمويلًا متوسِّطَ الأجَلِ؛ أي من سنةٍ إلى خمسِ سنواتٍ.

٢ - ومن جانب آخر، قد تكون العينُ المعقودُ عليها:

- أ- معيَّنةً، وهي ما لا تنطبق في الوجود إلَّا على شيءٍ واحد؛ كهذه الدار، أو تلك السيارة.
- ب- أو موصوفة في الذِّمَّة، وهي ما تنطبق على أعيانٍ متعدِّدةٍ تتحقَّق فيها الصفاتُ المشروطة، وتسـمَّى إجارة الموصوفِ في الذِّمَّة؛ كاستئجار سيارة بصفاتٍ مبيَّنة من دون أن تحدَّد سيارةٌ بعينها.

وقد أشار إلى هذين النوعين من الإجارة عددٌ من الفقهاء المتقدِّمين؛ قال ابنُ مُفلح: (الإجارة

<sup>(</sup>١) مشروع نظام الإيجار التمويلي، م ٢.

<sup>(</sup>٢) ينظر: المعايير الشرعية (معيار الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك)، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثانية عشرة.

أقسام: إجارةُ عينٍ معيَّنةِ فهي كالمبيع، وتنفسخ بتعطُّلِ نَفعها ابتداءً، أو دوامًا فيما بقي؛ وإجارةُ عينٍ موصوفةٍ في الذِّمَّة، فيشترط صفات السَّلَم، ومتى غُصِبت أو تَلِفَتْ أو تَعيَّبَتْ، لَزِمَه بدلُها، فإنْ تعذَّر؛ فللمُكْتَري الفسخُ، وتُفسَخ بمضيِّ المدَّةِ إن كانت إلى مدَّةٍ؛ وعقدٌ على منفعةٍ في الذِّمَّة، في شيءٍ معيَّن أو موصوفٍ؛ كخياطة، ويُشترط ضبطُه بما لا يختلف)(١).

#### ٣- ومن حيث الأجرة:

أ- فقد تكون الأُجرةُ محدَّدةً من بداية عقدِ التأجير.

ب- وقد تكون متغيّرة ؛ بأن تربط بمؤشّر متغيّر يكون معلومًا للعاقِدَين، ومنضبطًا.

## ٤ - ومن حيث التَّمليك في نهاية المدَّةِ:

أ- فقد يكون بعوض خاصِّ بالتَّمليك (الدفعة الأخيرة)؛ أي غير الدفعاتِ الإيجارية.

ب- وقد يكون بغير عوض؛ أي يكون التَّمليكُ مشروطًا بسدادِ الدفعات الإيجاريَّة، وليس ثمة دفعةً خاصَّة بالتَّمليكِ.

# المطلب الثالث: مقارنة التأجير التمويلي ببعض العقودِ المشابهة.

#### الفرع الأول: مقارنته بعقد التأجير التشغيلي.

يقصد بعقد التأجير التشغيلي: عقد الإجارة الذي لا يمكّنُ فيه المستأجِرُ من تملُّكِ الأصلِ المؤجَّر، وهو يتَّفق مع عقد التأجيرِ التمويلي في اشتمال كلِّ منهما على عقد إجارةِ عينٍ، إلَّا أنهما يختلفانِ من أوجُهِ متعدِّدةٍ، منها:

الأول: التأجير التشغيلي يشتمل على عقدٍ واحد، بينما التأجير التمويلي يشتمل على عقدَيْن متتالِيَيْن؛ عقد الإجارة، ثم عقد التَّمليكِ.

والثاني: مقصود المستأجر في التأجير التشغيلي، الانتفاعُ بالعين فقط، بينما في التأجير التمويلي يقصد المستأجرُ الانتفاعَ بالعين وتملُّكَها.

والثالث: دفعات الإجارة في التأجير التمويلي تُغطِّي تكلفةَ شراءِ المؤجِّر للأصل مع هامش رِبحي، بينما في التأجير التشغيلي لا يلزم ذلك.

#### الفرع الثاني: مقارنته ببيع التقسيط.

يتَّف ق عقدُ التأجيرِ التمويلي مع بيعِ التقسيط في أنَّ كلَّا منهما من عقود التمويل؛ إذ الغرضُ مِن كلِّ منهما تمليكُ العينِ محلِّ العقدِ، ويختلفان في أمور:

<sup>(</sup>١) الفروع ٤/ ٤٤٠. وينظر: المبسوط ١٥/ ٧٤، مواهب الجليل ٥/ ٣٩٠، مغني المحتاج ٢/ ٤٠٣.

التأجير التمويلي -----

الأول: في بيع التقسيطِ تنتقل مِلكيَّةُ العينِ فورًا عند إبرام العقدِ من البائع إلى المشتري، بخلاف التأجيرِ التمويلي؛ فلا تنتقل الملكيَّةُ إلَّا بعد انتهاءِ الإجارةِ، وإبرام عقدِ التَّمليكِ.

والثاني: في بيع التقسيطِ تُعَدُّ الأقساط دَيْنًا لازمًا في ذِمَّةِ المشتري بعد إبرام العقدِ، بينما في التأجير التمويلي تُعَدُّ دفعاتُ الإجارةِ ديونًا غيرَ مستقرَّةِ إلَّا بعد التمكُّنِ من استيفاء المنفعةِ.

والثالث: ما يملكه البائعُ في بَيْعِ التقسيط بعد البيعِ، هو الدين الذي في ذِمَّةِ المشتري؛ ولذا لا يجوز له بيعُه ولا تصكيكُه؛ لأنَّه من تداوُلِ الديونِ، بينما في التأجير التمويلي يملك المؤجِّرُ الأصولَ المؤجَّرُ خلالَ فترةِ التأجير؛ ولذا يجوز له بيعُها وتصكيكُها.

010010010



# المبحث الأول

# التوصيف الشرعي والنظامي لعقد التأجير التمويلي

## المطلب الأول: التوصيف الشرعي.

اختلف العلماءُ المعاصرون في التوصيف الشرعي للتأجير التمويلي، ولهم في ذلك ثلاثةُ اتجاهات:

#### الاتجاه الأول: تخريجه على بيع التقسيط.

فيرى أصحابُ هذا الاتجاهِ أنَّ حقيقة هذا العقدِ أنَّه بيعُ تقسيطٍ؛ لأنَّ المتعاقدَيْن قَصَدَا أن يكون الإيجار عقدًا يستر العقدَ الحقيقي، وهو البيع بالتقسيط، فهو بيعُ تقسيطٍ مشروطٌ بعدم انتقالِ الملكيَّةِ للمشتري إلَّا بعد سدادِ جميع الأقساط.

ثم إنَّ مِن أصحاب هذا الاتجاهِ مَن حَكَمَ بفساد العقيد بناءً على ذلك؛ لأنَّ انتقال الملكيَّةِ معلَى سداد الأقساطِ، وهذا لا يجوز في عقد البيع (١)، ومنهم من يرى صحة العقد بهذا الشرطِ، ويجري عليه أحكام بيع التقسيطِ (٢).

#### ويناقش هذا التخريجُ من وجهين:

الأول: أنَّ الحكم ببط لان العقدِ باعتبار أنَّ عقد الإجارةِ عقدُ صُورِيٌّ غير مُسلَّم؛ فإنَّ مِن شروط صِحَّةِ العقدِ شرعًا - كما سيأتي - أن يكون ضمانُ العينِ المؤجَّرةِ ومخاطر ملكيَّتها على المؤجِّر خلالَ فترةِ التأجير لا على المستأجِر، مما يدل على أنَّ الإجارة حقيقيَّةٌ وليست صُورِيَّة، خلافًا لما عليه العملُ في القوانين الوضعيَّةِ من تحميل المستأجِر ضمانَ العين ومخاطر هلاكها.

والثاني: أنَّ الحكم بصِحَّتِه على اعتبار أنه بيعُ تقسيطِ غيرُ مُسلَّم كذلك؛ فالبيعُ يفيد انتقالَ مِلكيَّةِ المبيعِ في الحال، وتعليقُ نَقْلِ الملكيَّةِ على سداد الأقساطِ فيه غررٌ ظاهرٌ؛ لأنه في حال انفساخِ العقد قبل اكتمال سدادِ الأقساط لأيِّ طاريُّ؛ فإنَّ البائعَ يجمع بين العوض والمعوَّض.

<sup>(</sup>١) الإيجار الذي ينتهي بالتمليك، الشيخ عبد الله بن بيه، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الخامسة ١٠٦١/٤

<sup>(</sup>٢) التأجير المنتهي بالتمليك، د. عبد الله محمد عبد الله، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الخامسة ٤/ ٢٠٦١.

وهذا الشرط -أي البيع مع تأخيرِ نقلِ الملك- شرطٌ فاسد عند عامَّةِ الفقهاء؛ لأنه يخالف مقتضى العقدِ؛ بل إنه يُناقِضُ المقصودَ منه (١)، وهو يختلف عن البيع المعلَّقِ الذي حُكي فيه الخلاف؛ فإنَّ البيع هنا مُنجَزُّ والتمليكُ مؤجَّل، وهو غيرُ معهودٍ في أصول العقودِ الشرعيَّةِ.

#### الاتجاه الثاني: تخريجه على عَقدَيِ الإجارة والبيع.

أي أنَّ المعاملة تشتمل ابتداءً على عقدَيْنِ: الإجارة، والبيع؛ وقد أخذ بهذا الاتجاهِ مجلسُ هيئة كبار العلماء بالمملكة (٢)؛ ولذا صدر القرار بتحريمه؛ لأمرين:

الأول: أنه يـؤدِّي إلـى اجتمـاع عقدَيْنِ على عينٍ واحـدةٍ غيرِ مستقِرِّ على أحدِهما، وهما مختلفانِ في الحُكم، وقد (نَهَى صَلَّاللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن بَيْعَتَيْنِ في بَيْعَةٍ) (٣).

ويجاب: بأنَّ محلَّ النَّهيِ فيما إذا كان اجتماعُ العقدَيْن في محلِّ واحدٍ ووقتٍ واحدٍ، أو ترتَّب على اجتماع العقدَيْن محظورٌ من ربا أو غَرَرٍ، وكلاهما غيرُ متحقِّقٍ في صُورِ التأجير التمويلي الجائزة.

والثاني: أنَّ فيه غررًا وغَبْنًا؛ لأنَّ عقد الإجارة لو انفسخ لأيِّ سببٍ، فسيخسر المستأجِرُ جميعَ الدفعاتِ السابقة -وهي عادةً تكون أعلى من أُجرةِ المثلِ- وتعود مِلكيَّةُ العينِ للمؤجِّرِ.

ويجاب: بأنَّ ما دفعه المستأجِرُ من دفعاتٍ لم يذهب عليه، فهو في مقابل انتفاعه بالأصل المؤجَّر، ومثلُ هذا يرد حتى على الإجارة التشغيليَّة، وأمَّا كونُ الأُجرةِ أعلى من أُجرةِ المثلِ، فهذا ليس دائمًا؛ فإنَّ التأجير التمويلي إذا لم يكن فيه دفعةٌ أُولَى، فالغالبُ أن تكون دفعاتُ الإجارةِ أقلَّ من دفعات الإجارة التشغيلية.

ومع ذلك، ففي حال كونِ الأُجرة أعلى من أُجرةِ المثل وانفسخ العقد؛ فيُنظر: فإن كان بتقصيرِ من المستأجِر فيتحمَّل ذلك؛ لأنَّه مِن فِعلِه، وإن كان مِن غيرِه؛ إمَّا من المؤجِّر، أو لقوَّةٍ قاهرةٍ، أو لغير ذلك، فيرجع إلى أُجرةِ المثلِ، ويجب أن ينصَّ في العقد على ذلك؛ دَرْءًا للغَبْن.

#### الاتجاه الثالث: أنه عقدُ إجارةٍ وعقدُ تمليكِ منفصلانِ في وقتيهما وأحكامهما.

فيرى أصحابُ هذا الاتجاهِ أنه إذا تَمَايَزَ عقدُ الإجارةِ عن عقد التمليك، من حيث وقتُ سَرَيانِ كلِّ منهما وأحكامه، وأُجريت أحكامُ كلِّ عقدٍ في الفترة التي يَسري بها، فيكون العقد صحيحًا.

<sup>(</sup>۱) بدائع الصنائع ٥/ ١٧٠، تبيين الحقائق ٤/ ٥٧، شرح الخرشي ٥/ ٨٠، مواهب الجليل ٤/ ٣٧٣، المجموع شرح المهذب ٩/ ٣٦٣، المحتاج ٣/ ٤٥٠، الشرح الكبير على المقنع ١١/ ٢٣٢، الكافي ٣/ ٦١.

<sup>(</sup>۲) قرار المجلس رقم (۱۹۸) بتاریخ ۲/ ۱۱/ ۱٤۲۰ هـ.

<sup>(</sup>٣) أبو داود (٣٤٦١)، والترمذي (١٢٣١)، والنسائي (٢٦٣١).

التأجير التمويلي ------

فعلى هـذا الاتجاه، فإنَّ عقد التأجير التمويلي المشروع مركَّب من عقدَيْن منفصلَيْن زمانًا وأحكامًا، هما: عقد التأجير، وعقد التمليك، ثم يُنظر:

١ – فإن كان التمليكُ بعوض؛ أي بدفعة خاصة به، وهي ما تُسمَّى بالدفعة الأخيرة، فيأخذ حُكمَ البيع؛ ولذا لا يجوز إبرامُه مع عقدِ الإجارة، ولو كان معلَّقًا على انتهاء مُدَّتِها؛ لأنَّ البيع لا يجوز تعليقُه عند جمهور أهل العلم (١٠)؛ لما فيه من الغَرَر؛ لأنَّ العين تتغيَّرُ صِفتُها عند التَّعليقِ عن صفتها عند تحقُّقِ المعلَّق به، لا سيَّما مع طُولِ المدَّةِ، وإنما يكون إبرامُ البيعِ بعد انتهاء عقدِ الإجارةِ، ولا مانعَ من وجود وعدٍ مُلزِم ابتداءً بالبيع.

٢- وإن كان التَّمليكُ بغير عوض؛ أي بدون دفعة خاصَّة به، فيأخذ حُكمَ الهبة؛ أي أنَّ المؤجِّرُ يَهَبُ العينَ المؤجَّرةَ للمستأجِرِ مكافأةً له، في حال التزامِه بسداد الدفعات الإيجارية، والهبةُ -خلافًا للبيع- يجوز أن تكون معلَّقةً ابتداءً، أو موعودًا بها.

فالتَّمليكُ على هذا الاتجاهِ إمَّا أن يكون بوعدٍ بالبيع، أو بوعدٍ بالهبة، أو بعَقدِ هبةٍ معلَّق.

ويُفرِّق أصحابُ هذا الاتجاهِ بين العقد والوعد؛ فالتمليكُ بعقدِ بيعٌ معلَّق، لا يجوز؛ لما سبق، وأما الوعد الملزِم بالبيع، فيجوز، وليس له حكمُ العقد؛ إذ يختلف عن العقد في أمور:

- في الوعد الملزِم تبقى العينُ في مِلك البائعِ، وضمانُها عليه إلى حين التعاقدِ.

ب- لا تنتقل الملكيَّةُ في الوعد الملزِم، بل لا بد من إبرام عقدٍ لاحق.

ج- في الوعد الملزِم إذا نَكَلَ الواعدُ فيُطالَب بالتعويض عن الضَّرَرِ، ولا يطالَب بالتعويض عن الضَّرَرِ، ولا يطالَب بالدخول في العقد.

وهذا الاتجاه هو ما أَخَذَ به مجمعُ الفقهِ الإسلامي، والمجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسَّسات الماليَّة الإسلامية (٢).

وقد تضمَّن قرارُ المجمع ضوابطَ الصُّورِ الجائزة والممنوعة منه، ونصُّه:

الإيجار المنتهى بالتمليك:

أولًا: ضابط الصور الجائزة والممنوعة ما يلي:

أ- ضابط المنع: أن يرد عقدانِ مختلفان، في وقتِ واحد، على عينِ واحدة، في زمنِ واحدٍ. ب- ضابط الجواز:

<sup>(</sup>١) تبيين الحقائق ٤/ ١٣، بلغة السالك ٢/ ٣٤، المجموع شرح المهذب ٩/ ٣٣٥، الإنصاف ١١/ ٢٥٢.

<sup>(</sup>٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي (الدورة الثانية عشرة)، المعايير الشرعية (معيار الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك).

١ - وجود عقدَيْن منفصلَيْن، يستقلُّ كلُّ منهما عن الآخر زمانًا؛ بحيث يكون إبرامُ عقدِ البيع بعد عقد الإجارة، أو وجود وعدِ بالتَّمليك في نهاية مدَّةِ الإجارةِ، والخيار يوازي الوعدَ في الأحكام.
 ٢ - أن تكون الإجارةُ فِعليَّة، وليست ساترةً للبيع.

٣- أن يكون ضمانُ العينِ المؤجَّرةِ على المالك لا على المستأجر، وبذلك يتحمَّل المؤجِّرُ ما يلحق العينَ من ضررٍ غيرِ ناشئٍ من تعدِّي المستأجِر أو تفريطه، ولا يُلزَم المستأجر بشيء إذا فاتت المنفعةُ.

٤ - إذا اشتمل العقدُ على تأمين العينِ المؤجَّرةِ، فيجب أن يكون التأمينُ تعاونيًّا إسلاميًّا لا تجاريًّا، ويتحمَّلُه المالِكُ المؤجِّر وليس المستأجِر.

٥- يجب أن تُطبَّق على عقد الإجارة المنتهية بالتَّمليكِ أحكامُ الإجارة طوالَ مدَّةِ الإجارة، وأحكامُ البيعِ عند تملُّكِ العينِ.

٦- تكون نفقاتُ الصيانةِ غيرِ التشغيليَّة على المؤجِّر لا على المستأجِر طوالَ مدَّةِ الإجارة.
 ثانيًا: من صور العقد الممنوعة.

أ- عقد إجارة ينتهي بتملُّكِ العينِ المؤجَّرة مقابل ما دفعه المستأجِر من أُجرةٍ خلالَ المدَّةِ المحدَّدة، دون إبرام عقدٍ جديد، بحيث تنقلب الإجارةُ في نهاية المدَّةِ بيعًا تلقائيًّا.

ب- إجارة عين لشخص بأُجرة معلومة، ولمدَّة معلومة، مع عقد بيع له معلَّق على سداد جميع الأُجرة المتَّفَق عليها خلال المدَّة المعلومة، أو مضافٍ إلى وقتٍ في المستقبل.

ج- عقد إجارة حقيقي، واقترن به بيعٌ بخيار الشرطِ لصالح المؤجِّر، ويكون مؤجَّلًا إلى أَجَلٍ طويلِ محدَّدٍ (هو آخر مدَّةِ عقدِ الإيجار).

#### ثالثًا: من صور العقد الجائزة.

أ- عقد إجارةٍ يمكِّنُ المستأجِرَ من الانتفاع بالعين المؤجَّرةِ، مقابل أُجرةٍ معلومة في مدَّةٍ معلومة، واقترن به عقدُ هبةِ العينِ للمستأجر، معلَّقًا على سدادِ كاملِ الأُجرةِ، وذلك بعقدٍ مستقِلً، أو وعدِ بالهبة بعد سداد كامل الأُجرةِ.

ب- عقد إجارة مع إعطاء المالكِ الخيارَ للمستأجِر بعد الانتهاء من وفاء جميعِ الأقساط الإيجارية المستحقّةِ خلالَ المدّّةِ، في شراء العين المأجورةِ بسعرِ السُّوقِ عند انتهاء مدَّةِ الإجارة.

ج-عقدُ إجارةٍ يمكِّن المستأجرَ من الانتفاع بالعين المؤجَّرةِ مقابلَ أُجرةٍ معلومةٍ، في مُدَّةٍ معلومة، واقترن به وعدُّ ببيع العينِ المؤجَّرة للمستأجِر بعد سداد كاملِ الأُجرةِ، بثمنِ يتَّفق عليه الطرَ فان.

لتأجير التمويلي ----

د- عقد ُ إجارةٍ يمكِّنُ المستأجِرَ من الانتفاع بالعين المؤجَّرةِ مقابلَ أُجرةٍ معلومة، في مدَّةٍ معلومة، ويُعطي المؤجِّرُ للمستأجر حقَّ الخيارِ في تملُّكِ العينِ المؤجَّرة في أيِّ وقتِ يشاء، على أن يتمَّ البيعُ في وقته بعقدٍ جديدِ بسعر السوق(١). اهـ.

وحُجة هذا الاتجاه: أنه إذا أمكن الجمعُ بين عقدَيْن على وجهِ لا يؤدِّي إلى تداخلهما وتنازُعِ آثارِهما، فليس في النصوص الشرعية أو القواعد الفقهية ما يمنع من ذلك، ويجري حُكم كلِّ عقدٍ في حينه.

وهـ ذا الاتجاه هو الـ ذي يترجَّحُ للباحث؛ وعند التأمُّلِ فليس ثمةَ تعـ ارضٌ بين قرار المجمع وقـ رارِ هيئـة كبارِ العلماء بالمملكة، فما تضمَّنه قرارُ الهيئةِ ينطبق على الصُّورِ الممنوعةِ التي تضمَّنها قرارُ المجمع.

## وعلى هذا يمكن أن نستخلص ضوابطَ الإيجار المنتهي بالتَّمليكِ على النحو الآتي:

١- أن تُطبَّق أحكامُ الإجارة طوالَ مدَّةِ الإجارة، وأحكام البيع، أو الهبة بعد انتقال الملكيَّة.

٢- أن يكون ضمان العين المؤجّرةِ خلالَ فترةِ الإجارة على المالك.

٣- إذا اشتمل العقد على التأمين، فيجب أن يكون التأمين تعاونيًّا.

٤- أن تكون نفقاتُ الصيانةِ غيرِ التَّشغيليَّةِ على المؤجِّر لا على المستأجِر طوالَ مدَّةِ الإجارة.

### المطلب الثاني: التوصيف النظامي للتأجير التمويلي.

تغلِّب أكثرُ الأنظمةِ الجانبَ التمويلي في هذا العقدِ على الجانب الإيجاري منه، فهي تُصنِّف هذا العقدَ على أنه من صِيَغ التمويل، وتُجري عليه أحكامَ البيعِ بالتقسيط مع تأخُّرِ الملكيَّةِ (٢). وترتيبًا على ذلك، فمعظمُ الأنظمةِ تُجري الأحكامَ الآتية على هذا العقدِ:

١ - نفقات الصيانةِ بجميع أنواعِها، يتحمَّلُها المستأجِرُ.

٢- وضمان هلاكِ الأصلِ يكون من مسؤوليَّةِ المستأجر.

٣- ويعامل الممول (المؤجر) ضريبيًّا ومحاسبيًّا، كما لو كان العقدُ بيعَ تقسيطٍ.

٤ - وتظهر الأصولُ المؤجَّرة ضمن قائمةِ الأصولِ في المركز المالي للشركة المستأجرة وليس المؤجِّرة، بينما تسجل الدفعاتُ الإيجارية ضمن المطلوباتِ لدى الشركة المستأجرة، وضمن الأصول لدى الشركة المؤجِّرة.

<sup>(</sup>۱) قرار المجمع رقم ۱۱۰ (٤/ ۱۲).

<sup>(</sup>٢) الوسيط في شرح القانون المدني ١/ ١٧٠، القانون المدني المصري م ٤٣٠، قانون التجارة الكويتي م ١٤٠.

وفي المملكة، تتَّجه مصلحةُ الزكاة والدَّخل إلى معاملةِ شركاتِ التأجير التمويلي زكويًّا معاملة شركات التقسيط، فتضمُّ إلى الوعاء الزكوي صافيَ قيمةِ الاستثمارِ الذي يساوي المتبقِّي من الدفعات الإيجارية بما يعادل تكلفةَ الأصلِ المؤجَّر، بالإضافة إلى المستحَقِّ من الدفعات التي لم تسلم، أي أنها أوجبت الزكاة في الدفعات الإيجارية كما لو كانت ديونَ تقسيطٍ، ولا تزال هناك دعاوَى اعتراض من قِبل عددٍ من شركات التأجير التمويلي على المتَّبَع في المصلحة.

وأمَّا مشروع نظام الإيجار التمويلي؛ فهو واضحٌ بجلاءٍ في تكييفِه للعقد على أنه إجارةٌ تنتهي بالتمليك، وليس بيع تقسيط؛ وذلك في عددٍ من المواد التي اشتمل عليها المشروع(١).

010010010

<sup>(</sup>١) ينظر: المواد (١، ٨، ٩، ٥١، ١٦) من مشروع النظام.

# المبحث الثياني

## أركان عقد التأجير التمويلي وشروط كل ركن

#### المطلب الأول: الركن الأول (الصيغة).

الصيغة هي: ما يصدر من المتعاقدين دالًا على إرادة إنشاء العقد، وقد تكون قوليَّة بالإيجاب والقَبول؛ إمَّا باللَّفظِ، أو بالكتابة، أو بالإشارة، وقد تكون فِعليَّة بالمعاطاة؛ أي تسليم العينِ، وأَخْذِ الأُجرةِ من غير لفظٍ، أو كتابة، أو إشارة (١).

### ويُشترط للصيغة ثلاثةُ شروطٍ(٢):

أ- وضوح الدلالة، والأنسبُ في صياغة العقودِ استخدامُ صيغةِ الماضي؛ مثل: (آجَرَ الطَّرَفُ الطَّرَفُ الطَرَفَ الثاني)؛ لأنها أصرحُ صيغةٍ في الدلالة على إبرام العقد.

ب- مطابقة القَبول للإيجاب؛ بأن يتَّفق القَبولُ مع الإيجاب في تحديد العينِ المؤجَّرة، ووصفها، ومقدار الأجرة والمدة، وغير ذلك مما يؤثر في العقد.

ج- أن يكون القَبولُ متَّصِلًا بالإيجاب، ويرجع في تحديد ذلك إلى العُرف، ويصحُّ أن يكون التعاقُدُ عن بُعدٍ من خلال وسائل الاتصالِ المعاصرةِ؛ كالهاتف، والإنترنت، ونحوها.

ويصحُّ أن تكون الإجارةُ مُنجزةً؛ بأن يبدأ سَرَيانُ الإجارةِ بعد التعاقد مباشرة، أو تكون مضافةً إلى زمن في المستقبل؛ كأن يتعاقداً في شهر رجب على أن تبدأ الإجارة من أول رمضان.

ويجوز كذلك أخذُ العربون (٣) عند إبرام عقد الإجارةِ، على الصحيح من أقوال أهلِ العلم، وهو ما عليه مذهبُ الحنابلة (٤)، ويكون العربون جزءًا مُعجَّلًا من الأجرة في حال نفاذِ عقدِ الإجارةِ، وفي حال العدول يحقُّ للمؤجِّر أَخذُه.

وإذا انعقدت الإجارةُ، فتكون لازمةً للطرَفين، لا يملك أيُّ منهما فَسخَها أو تعديلَها إلَّا بموافقة الآخرِ، ولكن يمكن الفسخُ بالعُذرِ الطارئ.

<sup>(</sup>١) المدخل الفقهي العام ١/ ٣١٨.

<sup>(</sup>٢) رد المحتار ٤/ ٥٠٥، مواهب الجليل ٤/ ٢٢٦، تحفة المحتاج ٤/ ٢١٨، شرح المنتهى ٢/ ٦.

<sup>(</sup>٣) العربون: أن يشتري السلعة فيدفع إلى البائع درهمًا أو غيره، على أنه إن أخذ السلعة احتسب من الثمن، وإن لم يأخذها فذلك للبائع. المغرب، ص٩٠٨.

<sup>(</sup>٤) ينظر الخلاف في مسألة العربون في: شرح الخرشي ٥/ ٧٨، تحفة المحتاج ٤/ ٣٢٢، المغني ٦/ ٣٣١.

#### المطلب الثاني: الركن الثاني (العاقدان).

يُشترَط في العاقدين كمالُ الأهليَّةِ، والمقصودُ بذلك أهليَّةُ الأداءِ، وهي: البلوغُ، والعقل، والرُّشد، وهو حُسن التصرُّفِ في المال(١).

واشترط مشروع النظام في المؤجِّر أن يكون شركةً مساهمةً، مرخَّصًا لها بمزاولة هذا النشاطِ(٢).

#### حقوق المؤجر والمستأجر والالتزامات على كلِّ منهما:

تضمَّنت موادُّ مشروعِ نظام الإيجارِ التمويلي عددًا من الحقوق التي على المؤجِّر أو المستأجِر والالتزامات عليهما، وهذه الموادُّ تتَّفق مع مقتضى عقدِ الإجارةِ في الشريعة، وفيما يلي بيانُ أبرزِ تلك الحقوق والالتزامات:

أولًا: حقوق المؤجِّر والتزاماته (٣).

أ- يثبت للمؤجِّر الأُجرةُ المتَّفَق عليها، بتمكين المستأجِرِ من الانتفاع ولو لم يَستوفِ المنفعةَ فِعلًا.

ب- للمؤجر بيعُ الأصل المؤجّر، وتنتقل الملكيَّةُ محملةً بعقد الإيجار التمويلي، وعند جمه ور الفقهاء لا يجوز للمؤجِّر إجارةُ الأصلِ المؤجَّر خلالَ المدَّةِ المتبقِّية من عقد الإجارةِ؛ لأنَّه بيعُ دين بدَين.

ج- لا يجوز للمؤجِّر أن يشترط براءته من عيوب العينِ المؤجَّرةِ، التي تُخِلُّ بالانتفاع، أو أن يشترط في عقد الإجارةِ عدمَ مسؤوليَّتِه عن العيوب، أو الخلل الطارئ بعد التعاقد؛ أي أنَّ مسؤوليَّته تشمل العيوبَ القديمةَ (قبل العقد)، والحادثةَ (بعد العقد).

ثانيًا: حقوق المستأجر والتزاماته(٤).

أ- يحقُّ للمستأجِر مطالبةُ المؤجِّر بكلِّ ما يمكِّنُه من الانتفاع بالأصل المؤجِّر.

ب- يجوز للمستأجِر التنازلُ عن العقد إلى مستأجِر آخَرَ بموافقة المؤجِّر.

ج- يجوز للمستأجر إجارةُ الأصلِ لغير المالكِ من الباطن بمثل الأُجرةِ، أو بأقلَّ أو أكثرَ ما لم يكن المؤجِّرُ شَرَطَ عليه عدمَ ذلك، أو اشترط موافقتَه.

<sup>(</sup>١) المدخل الفقهي العام ١/ ٣٤٢.

<sup>(</sup>٢) مشروع نظام الإيجار التمويلي م ١.

<sup>(</sup>٣) ينظر: المواد (٨، ١٥) من مشروع النظام، وهي موافقة لما في معيار الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك، المعايير الشرعية.

<sup>(</sup>٤) ينظر: المواد (٧، ٨، ١١، ١٣، ١٤)، وهي موافقة لمعيار الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك، المعايير الشرعية.

د- يلتزم المستأجِر باستخدام الأصلِ في الأغراض المتَّفَقِ عليها في حدود الاستعمال المعتادِ.

هــ- لا يجوز للمستأجر إجراء أيّ تغييرٍ في الأصل المؤجّرِ إلّا بموافقة المؤجّرِ كتابيًّا على ذلك.

و- يتحمَّل المستأجِر المصروفاتِ التشغيليَّة، ومنها: رخصةُ النشاطِ، التأمين على النشاط، والضرائب المتعلِّقة بالاستخدام، وأعمال النظافة ونحو ذلك، والصيانة التشغيليَّة، والأضرار الناتجة عن تَعَلِّيهِ أو تفريطِه.

#### المطلب الثالث: الركن الثالث (العين المؤجرة).

#### يُشترط في العين المؤجَّرة(١):

١ - أن تكون معلومةً للعاقِدَين، إمَّا بالرؤية أو الوصف المنضبطِ.

٢- أن تكون مملوكةً للمؤجِّر عند إبرام العقدِ؛ وفيه تفصيل:

أ- ففي الإجارة المعيَّنة، لا يجوز إبرامُ عقدِ الإجارة إلَّا بعد تملُّكِ المؤجِّر للعين المؤجَّرةِ.

ب- وفي الإجارة الموصوفة في الذِّمَّة، يجوز إبرامُ العقدِ قبل تملُّكِ المؤجِّر، ولا يُشترط فيها تسليمُ الأُجرةِ في العقد؛ وفي حال تعجيلِ الأُجرةِ تكون تحت الحساب حتى يمكَّن المستأجِر من الانتفاع (٢).

٣- أن تكون مما يمكن الانتفاعُ بها مع بقائها، وعلى هذا فلا تجوز إجارةُ الأوراق النقديَّة؛ لأنها تُستَهلَك بالانتفاع بها، ولأنَّ حقيقة ذلك -أي تأجير النقود- أنه قرضٌ بفائدة، ولا يجوز كذلك تأجيرُ الودائع البنكيَّة، ولا الأوراقُ الماليَّة ولو كانت تمثِّلُ حقوقَ مِلكيَّةٍ كالأسهم والصكوك؛ لأنَّ منافع هذه الأصولِ هي العوائد المتحقِّقةُ منها، فإذا كان يدفع أُجرةً مقابلَ ذلك، فتكون من مبادلةِ النَّقدِ بالنقد، وهي من الرِّبا.

## المطلب الرابع: الركن الرابع (المنفعة).

يشترط في المنفعة(٣):

١ - أن تكون معلومةً مُبيَّنة عند التعاقد.

<sup>(</sup>١) ينظر: بدائع الصنائع ٤/ ١٧٧، شرح الخرشي ٧/ ٤، نهاية المحتاج ٥/ ٢٦١، الفروع ٤/ ٢٠١.

<sup>(</sup>٢) المعايير الشرعية، معيار الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك.

<sup>(</sup>٣) ينظر: بدائع الصنائع ٤/ ١٨٢، التاج والإكليل ٧/ ٥٣٤، نهاية المحتاج ٥/ ٢٦١، الشرح الكبير على المقنع ٢٨٣/١٤.

٧- أن تكون مباحةً؛ فلا تجوز إجارةُ العقارِ، أو غيره لمن يستخدِمُه في نشاطٍ محرَّم.

### المطلب الخامس: الركن الخامس (الأجرة).

شرط الأُجرة أن تكون معلومةً؛ سواءٌ أكانت ثابتةً أم متغيّرة، على التفصيل الذي سيأتي بيانُه بإذن اللهِ في الأُجرة المتغيّرة(١).

ويجوز تعجيلُ الأُجرةِ وتأخيرُها؛ فالأجرةُ المعجَّلة هي التي تُستوفى قبل تمكُّنِ المستأجِر من استيفاء المنفعةِ المقابلةِ لها، وأمَّا المؤجَّلةُ فهي التي تُستوفى بعد استيفاء المنفعةِ المقابلةِ لها، وفي حال الأُجرة المعجَّلة، لا تكون الأُجرةُ مستحَقَّةً إلَّا بعد التمكين من استيفاء المنفعةِ المقابلةِ لها؛ أي أنها تكون تحت الحساب، فلو لم يتمكَّن المستأجِرُ من استيفاء المنفعةِ، فيجب رَدُّ الأُجرةِ المعجَّلةِ إليه.

ويجوز باتفاق الطَّرَفين تعديلُ الأُجرةِ عن الفترات المستقبليَّة؛ سواءٌ أكان التعديلُ بزيادةِ الأُجرةِ أو نُقصانها؛ لأنَّ أُجرةَ تلك الفترات لم تُستحقَّ، فلا تأخذ حُكمَ الدين، فلا تأخذ الزيادةُ فيها حُكمَ الزيادةِ في الديون الثابتةِ في الذِّمَّة؛ وأمَّا أُجرةُ الفترات السابقةِ، فيجوز الخصمُ منها، ولا تجوز الزيادةُ عليها؛ لأنَّ تلك الأُجرةَ ثابتةٌ في ذِمَّةِ المستأجر، والزيادةُ فيها تُعَدُّ من الزيادة في الدين المستقِرِّ، فهي من ربا الديون.



<sup>(</sup>١) تبيين الحقائق ٥/ ١٢٧، التاج والإكليل ٧/ ٥٢٧، أسنى المطالب ٢/ ٤٠٤، الإنصاف ١٤/ ٢٧٨.

# المبحث الثيّالثُ

## مراحل التأجير التمويلي وأحكام كل مرحلة

#### المطلب الأول: مرحلة الوعد بالاستئجار.

وهذه المرحلة توجد عندما لا تكون العينُ مملوكةً للمؤجِّر عند طلب المستأجِر لها، وهذا هـو الأغلبُ في عقود التأجيرِ التمويلي لدى البنوك، فيطلب العميل من الشركة أن تتملَّك العين، ويَعِدُها باستئجارها منها.

#### ومن أحكام هذه المرحلة:

#### الفرع الأول: حكم الوعد الملزِم والمواعدة الملزمة.

إذا كان الوعد غيرَ مُلزِمٍ لأيِّ من العاقدَيْن، فالذي عليه جماهيرُ العلماء المعاصرين وعامَّةُ الهيئات الشرعيَّةِ هو الجُواز، أمَّا إذا كان مُلزِمًا لأحدهما -وهو الوعد الملزم- أو لهما معًا - وهو المواعدة الملزمة- فاختلفوا فيه على ثلاثة أقوالِ.

القول الأول(١٠): يحرم الوعد الملزم والمواعدة الملزمة؛ لأنَّ لهما حكمُ العقدِ، إذ الإلزامُ يجعل لهما حُكمَ العقد نفسِه، أي كما لو آجَرَ العينَ وهو لا يملكها، وإجارةُ العينِ قبل تملُّكِها مشمولةٌ بقول النبي صَلَّاللَّهُ كَلَيْوَسَلَّمَ: «لَا تَبعُ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ» (٢)؛ لأنَّ الإجارة بيعُ منافعَ.

والقول الثاني (٣): يجوز الوعدُ الملزِم والمواعدةُ الملزِمة؛ لأنهما يختلفانِ حقيقةً وحُكمًا عن العقد، ولا يترتب عليهما آثارُه؛ فالعقدُ يفيد انتقالَ المللِف في الحال، بخلاف الوعدِ والمواعدةِ، ففيهما التزامُ بإبرام العقدِ في المستقبل.

والقول الثالث (٤): يجوز الوعدُ الملزِم لأحد الطرَفَين دون المواعدةِ الملزِمة لهما، وهذا ما تضمَّنَه قرارُ مجمعِ الفقهِ الإسلامي، والمعيار الصادر عن المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسَّسات الماليَّة الإسلاميَّة، وبه أخذ أكثرُ الهيئاتِ الشرعية للمؤسَّسات المالية.

<sup>(</sup>١) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الخامسة ٢/ ١٠٦١ وما بعدها، نيل المآرب ٣/ ٦٣.

<sup>(</sup>٢) أبو داود (٣٠٥٣)، والترمذي (١٢٣٢)، والنسائي (٤٦١٣)، وابن ماجه (٣١٨٧).

<sup>(</sup>٣) ينظر: ندوة خطة الاستثمار في البنوك الإسلامية، ص ٢٠ وما بعدها.

<sup>(</sup>٤) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الخامسة ٢/ ٩٩٥١، المعايير الشرعية: معيار الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك، الدليل الشرعي للمرابحة، ص ٤٠.

وحُجة هذا القول: أنَّ المواعدةَ الملزِمة لكلا الجانبَيْن تُشبِه العقدَ نفسَه، فلا تصحُّ، بخلاف الوعدِ الملزِم من جانبِ واحدٍ؛ ويؤيِّد ذلك ما ذهب إليه المالكيَّةُ من التَّفرقة بين العِدَةِ والمواعدة:

فالعِدَةُ: أَن يَعِدَ أَحدُهما الآخَرَ؛ وهي لازمةٌ إذا كانت على سبب، ودخول الموعود في كلفة بسببها.

والمواعدة: أن يَعِدَ كلُّ منهما الآخَرَ؛ وهي لا تصتُّ عندهم فيما لا يصتُّ وقوعُه في الحال، فأجرَوْا عليها حُكمَ البيع(١).

والأرجح -والله أعلم-: هو التفصيل في هذه المسألة:

١ – فيجوز الوعدُ الملزِم لطرَفِ واحد، والمواعدةُ الملزِمة للطَّرَفَين، فيما يجوز التعاقدُ عليه في الحال، كما لو وقع الوعد أو المواعدة في وقتٍ يملك فيه العاقدُ العين؛ ومن ذلك ما سيأتي في وعد المؤجِّر للمستأجر بتمليكه العينَ في نهاية مدَّةِ الإجارة؛ إذ لا يترتب على الإلزام هنا محظورٌ شرعي؛ لأنَّ المؤجِّر يملك العينَ حالَ الوعد.

٧- أمَّا إن كان الوعد في حالٍ يحرم فيها التعاقدُ، فيُنظر:

- أ- فيان كان الإلزام يترتب عليه إجبارُ الواعد على الدخول في العقد، فيَحرُم؛ إذ لا فرقَ في هذه الحال بين الوعد الملزم والعقد.
- ب- وأمَّا إن كان يترتب عليه أن يتحمَّل الضررُ الفِعلي في حال إخلافِه لوعده،
   ولا يُجبر على الدخول في العقد؛ فالأظهر هو جوازُ الوعدِ والمواعدةِ
   الملزِ مَين في هذه الحال؛ إذ لا يلحقان بالعقد، والله أعلم.

وبناءً على ما سبق، فإذا كان المؤجِّر لا يملك العينَ محلَّ الإجارةِ، فيُنظر:

١ - فإن كانت الإجارة لموصوفٍ في الذِّمّة غيرِ معيّنٍ، فيجوز عقدُ الإجارةِ ولو لم يملك العينَ؛ لأنّ إجارة الموصوفِ لا يُشترط لها الملكُ، ومن باب أوْلى يجوز الوعدُ الملزِمُ والمواعدةُ الملزمة قبل التملُّك.

٢- وإن كانت الإجارة لمعيّن، فيحرم عقدُ الإجارة قبل الملك، وأمّا الوعد أو المواعدة الملزمين قبل الملك؛ فإن كان يترتب عليهما إجبارُ العاقِدَيْن أو أحدِهما على الدخول في العقد في حرّمان، وإن كان يترتب عليهما أن يتحمّل الضررَ الفِعلي في حال إخلافِه لوعده، ولا يُجبر على الدخول في العقد، فلا محظورَ في ذلك، والله أعلم.

<sup>(</sup>١) مواهب الجليل ٣/ ٤١٣.

## الفرع الثاني: حكمُ المبالِغ النَّقديَّة التي يأخذها المؤجِّر في مرحلة الوعد.

ينبني حكمُ المبالغ النَّقديَّة التي يأخذها المؤجِّرُ في مرحلة الوعدِ على التفصيل السابق:

- فإن كانت رسومًا مستردَّةً؛ أي تُردُّ على العميل في حال عدولِه عن الاستئجار، وهي ما يسمَّى بـ (هامش الجِدِّية) فهي جائزة؛ إذ لا يترتبُ عليها إلزامٌ بالدخول في العقد.
- وإن كانت غيرَ مستردَّةٍ، فليس للشركة أن تأخذ منها في حال عدولِ العميلِ عن الاستئجار إلَّا بمقدار الضَّررِ الفِعلي الذي لَحِقَها جرَّاءَ إخلافِه لوعده؛ مثل: رسوم التَّمين العقاري إن وُجدت، والدراسة الائتمانية، والرسوم الإدارية؛ وفرقُ ما بين قيمةِ شراءِ العين وبيعها إن بيعَتْ بأقلَّ مما اشتُريَت به، ونحو ذلك.

وقد تضمَّن مشروع نظام الإيجار التمويلي بعضَ أحكامٍ مرحلة الوعد، ففي المادة (٤) ما نصُّه: (يجوز للمستأجِر تحديدُ أوصافِ الأصل المرادِ استئجارُه مع المورد أو المنتج أو المقاول، ويكون المستأجِرُ مسؤولًا عمَّا يترتب على اختياره للأصل، وإن حُدِّدت الأوصافُ بناءً على موافقةِ المؤجِّر، فلا تكون مُلزِمةً إلَّا في حدود الموافقةِ) (١٠). أي أنَّ مسؤوليَّة المؤجِّر إذا كان تملَّكَ الأصلَ بناءً على اختيار المستأجِر في حدود موافقة المؤجِّر على الأوصاف، فلو اختار المستأجِر أصولًا ذاتَ مواصفاتٍ لم يوافِق عليها المؤجِّر، فتكون مسؤولية الخلَلِ في تلك المواصفات على المستأجِر حينئذِ.

وفي المادة (٥): (يجوز أن يفوِّض المؤجِّرُ المستأجِر بتسلُّمِ الأصل المؤجَّرِ مباشرةً من المورد أو المنتج أو المقاول، شريطة ألَّا يُبرِمَ عقدَ الإجارة إلَّا بعد تسلُّمِ المؤجِّر ما يفيد تعيينَ تلك الأصولِ له، إمَّا بمحضرِ تسلُّم، أو شهادات حيازةٍ، أو أوراقِ مِلكيَّةٍ)(٢).

فمشروعُ النظام اشترط تملَّكَ المؤجِّر للأصل قبل إبرامِ عقدِ الإجارة، ولا مانعَ من أن يكون قبضُ المستأجِرِ للأصل -بناءً على توكيلِ من المؤجِّر - سابقًا لعقد الإجارةِ.

## المطلب الثاني: مرحلة التأجير.

ومن الأحكام المتعلقة بهذه المرحلة:

الفرع الأول: أحكام الصيانة والضمان للعين المؤجَّرة.

تتنوَّع المسؤوليَّة عن الأعيان المؤجَّرةِ بحسَب نوع الضَّرَر الذي يلحق بها، ولا خلافَ على

<sup>(</sup>١) مشروع نظام الإيجار التمويلي م (٤).

<sup>(</sup>٢) مشروع نظام الإيجار التمويلي م (٥).

أنَّ ما يحدث في العين المؤجَّرةِ من ضَرَرِ بسبب تعدِّي المستأجِر أو تفريطه، أنه من ضمانه، فيتحمَّل مسؤوليَّته تجاه المؤجِّر.

والتَّعدي: أن يفعل في العين المؤجَّرةِ ما لا يجوز له شرعًا، أو عُرفًا.

والتفريط: أن يترك ما يجب عليه شرعًا، أو عرفًا.

وفيما عدا ذلك تكون المسؤوليَّة بحسَب الأنواع الآتية:

النوع الأول: الصيانة التشغيلية العادية.

وهي الصيانة التي تحتاج إليها العينُ؛ لاستمرار منفعتِها بحسب العُرف.

ويشمل هذا النوعُ:

1 - الصيانة الناشئة بسبب الاستعمال المعتاد؛ مثل: تغيير الأجزاء الصغيرة غير الجوهريّة، التي تُستهلك بسبب الاستعمال، وتزويد الآلات بالمياه والوقود والزيوت، وتنظيف الأجزاء الداخلية؛ فالأصلُ أنَّ المسؤوليَّة عن هذه الصيانة على المستأجر؛ لأنها بسبب استعماله، كما نصَّ على ذلك أهلُ العلم؛ قال ابن قدامة: (وعلى الممكري ما يتمكَّنُ به من الانتفاع؛ كتسليم مفاتيح الدار، والحمَّام؛ لأنَّ عليه التمكين من الانتفاع... وما كان لاستيفاء المنافع؛ كالحبل والدَّلُو والبَكْرة، فعلى الممكتري)(۱).

٧- الصيانة الوقائيَّة الدوريَّة؛ وهي أعمالٌ محدَّدة تتم في آجالِ معلومةٍ، يتمُّ فيها تغييرُ بعض الأجزاء، وضبطُ وتجديدُ البعض الآخر، فهذه الصيانة الوقائيَّة وإن كان الأصل فيها أنها على المؤجِّر، إلَّا أنه يجوز تحميلُها على المستأجر بالشرط؛ لأنها عملٌ منضبط، والغَرَرُ فيه يَسِيرُ (١).

والقاعدة في هذا النوع من الصيانة -أي الصيانة التشغيلية - أنها تشمل كلَّ ما يمكن ضبطُه بالوصف، أو المقدار، أو العُرف في العقد؛ سواءٌ أكانت الصيانةُ مجرَّدَ عملٍ، أم كانت عملًا ومواد؛ فهذه الصيانة يجوز تحميلُها بالشرط على المؤجِّر أو المستأجِر، فإن لم يكن هناك شرطٌ فيُرجع إلى العُرف، فإن لم يكن ثمَّ عرفٌ، فالأصل أنَّ الصيانة الناشئة عن الاستعمال على المستأجِر، والصيانة الوقائيَّة على المؤجِّر.

النوع الثاني: الصيانة الأساسية.

وهي: الصيانة التي يتوقَّفُ عليها بقاءُ أصلِ العينِ بحسَب العُرف.

وتشمل نوعين من الصيانة:

<sup>(</sup>١) المغني ٥/ ٢٦٥، الفروع ٤/ ٤٤٩.

<sup>(</sup>٢) المبسوط ١٥/ ١٥٧، المدونة ٣/ ٥١٥، مجلة مجمع الفقه ١١/ ٢/ ١٦٧.

 ١ - صيانة الأعطال الطارئة؛ وهي ما ينبغي عملُه لمواجهة ما يطرأ من أعطالٍ فنيَّةٍ أساسيَّة على الأعيان المؤجَّرةِ أثناء سريانِ عقدِ الإجارة.

٢ - صيانة العيوب المصنعيَّة والهندسيَّة؛ وهي العيوب التي تظهر في العين المؤجَّرةِ لخَلَلٍ
 في التَّصنيع، أو في البناء ونحو ذلك.

ولا خلاف بين أهل العلم على أنَّ الأصل في هذا النوع -أي الصيانة الأساسية - أنه واجبٌ على المؤجِّر؛ لأنه مما يلزم لأصل الانتفاع لا لكماله، ولا يضمنه المستأجر إلَّا في حال تعدِّيه أو تفريطه، فإن شرط في العقد أن يغرم المستأجر هذه الأعمال، فهو شرطٌ باطل عند جمهور أهل العلم (۱).

وعن الإمام أحمد رواية: أنَّ هذا الشرطَ صحيحٌ (٢)؛ لقول النبي صَالَّلَتُهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ»(٣).

والقول الأول هو الأرجح؛ لأنَّ في هذا الشرطِ غَرَرًا فاحشًا، إذ يـوَدِّي إلى جَعْلِ الأُجرةِ ما شُمي في العقد مع نفقاتِ الصيانة المجهولة، فيـوْدي إلى جهالة الأُجرةِ، والعِلمُ بها شرطٌ لصِحَّةِ الإجارة، فضلًا عن أنَّ هذا الشرط يقوي القولَ بأن عقد التأجير التمويلي عقدٌ صُورِيُّ، وأنَّ حقيقته بيعُ تقسيطٍ.

وقد تضمَّن مشروعُ النظامِ بيانَ أحكام الصيانة التشغيلية والأساسية؛ ففي الصيانة التَّشغيلية نصَّت المادة ٧/ ١ على أن المستأجر (يكون مسؤولًا عن القيام بأعمال الصيانة التشغيلية على نفقته وفق الأصول الفنية المتَّبَعة)؛ وبخصوص النفقات التشغيلية نصَّت المادة ٢ / / ٢ على أنه (إذا كان تشغيل محلِّ التعاقد يستلزم رخصة، فيتحمل المستأجر جميعَ الرسوم النظاميَّةِ للحصول على الرخصة وتجديدها، ما لم يتَّفِق على خلاف ذلك).

وأمَّا الصيانة الأساسية فنصَّت المادة ٧/١ على أنها (تَلزم المؤجِّر ما لم يَّفِقِ الطَّرفانِ على التزام المستأجِر بها، وتكون حينتذِ فيما ينشأ عن استخدام المستأجِر للأصل دونما يكون ناشتًا من خَلَل، أو عيبٍ في الأصل المؤجَّرِ)(١).

والتفرقة في الصيانة الأساسية بين العيوب الموجودة في العين المؤجَّرة أصلًا، وبين ما ينشأ بسبب استخدام المؤجِّر، له وجه؛ إذ إنَّ كونَ الضَّرَر ناشئًا من الاستعمال، مَظِنَّةُ وجودِ التَّعدِّي

<sup>(</sup>١) المبسوط١٥/١٥٧، حاشية الدسوقي ٤/ ٤٨، تحفة المحتاج ٦/ ١٢٧، شرح المنتهى ٢/ ٢٦.

<sup>(</sup>٢) الشرح الكبير على المقنع ١٤/ ٤٩٣.

<sup>(</sup>٣) الترمذي (١٢٧٢)، وأبو داود (٣١٢٠).

<sup>(</sup>٤) ينظر: المواد ٧/ ١، ١/ ٢ من مشروع نظام الإيجار التمويلي.

أو التفريطِ في الاستعمال، فأُقيمت المظنَّةُ مقامَ الثبوت، ولو لم يثبت تعدِّيهِ أو تفريطُه، وهو يتوافق مع ما سيأتي في مسألة تحميل المستأجر عِبْءَ إثباتِ عدمِ التَّعدِّي والتفريط، وأن الأصل فيما يلحق العين المؤجَّرة من أعطالِ بسبب الاستعمال، يتحمَّلُه المستأجِر ما لم يثبت أنَّ تلك الأعطال ناشئةً عن عيبٍ، أو خَلَلِ في الأصل المؤجَّر.

النوع الثالث: ضمان هلاك العين المؤجّرة.

ويشمل تحمُّل المسؤوليَّة عن تَلَفِ العينِ كُليَّا أو جزئيًّا بغير فعلِ المستأجِر؛ كالكوارث الطبيعية، والسرقة، والحريق، ونحو ذلك.

ولا خلاف بين أهل العلم على أنَّ الأصل في هذا الضمان أنه على المؤجِّر، وأنَّ يَدَ المستأجِر يدُ أمانةٍ، فلا يضمن إلَّا في حال التعدِّي أو التفريط؛ فإن شَرَطَ عليه الضمان مطلقًا فهو شرطٌ باطل عند عامَّةِ الفقهاء؛ لما فيه من الغرر، والمستأجر على خطر؛ فقد تسلم العين فيغنم النقص في الأُجرةِ بسبب ضمانِه، وقد تَهلِك هلاكًا كليًّا بجائحةٍ أو غيرِها فيغرم(١١).

وعن الإمام أحمد رواية أخرى بجواز هذا الشرطِ كالمسألة السابقة(٢). والقول الأول هو الأرجح؛ لما سبق.

#### وسائل الحماية من مخاطر الضمان والصيانة الأساسية:

تبين مما سبق، أنَّ تحميل المستأجِر الصيانة الأساسية، وضمان التلف، محرَّم؛ لما فيه من الغَرَرِ الفاحش، ولما فيه من الإضرار بالمستأجر، وأنه لا يتحمَّل منها إلَّا ما كان بتعدِّيه أو تفريطِه، إلَّا أنَّه في مثل هذه العقودِ قد يتعذَّرُ على المؤجِّر إثباتُ تعدِّي المستأجرِ أو تفريطه عند استعماله -أي المستأجر - للعين المؤجَّرة؛ لكون المستأجِرِ ينفرد باستعمال العينِ بعيدًا عن نَظَرِ المؤجِّر، وأي تلفي يقع على العين - ولو كان لسُوءِ استعمالِ - فمن الطبيعي أن يدَّعي عدم تَعَدِّيهِ أو تفريطِه؛ لما جُبِلت عليه النَّفسُ الإنسانيَّة من إنكار ما عليها، ودَفْعُ الضَّرَرِ عن المستأجر ينبغي ألَّا يكون بتحميله على المؤجِّر؛ ف «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ»(٣).

ومن الوسائل المطروحةِ في هذه المسألةِ لتقليل مخاطرِ المؤجر، ما يلي:

المسألة الأولى: تحميل المستأجر عِبْءَ إثباتِ عدم التَّعدِّي والتفريط.

وذلك بأن يتضمَّن عقدُ الإجارة شرطًا بأنَّ أيَّ ضررٍ، أو تلف، أو عُطلٍ يقع في العين المؤجَّرةِ

<sup>(</sup>١) المبسوط ١٥/ ١٥٧، حاشية الدسوقي ٤/ ٤٨، مغني المحتاج ٣/ ٤٤٤، المغني ٥/ ٣١٢.

<sup>(</sup>٢) الشرح الكبير مع الإنصاف ١٤/ ٤٩٣.

<sup>(</sup>٣) سنن ابن ماجه (٢٣٤٠).

لتأجير التمويلي -----التمويلي -----التاجير التمويلي -----

فالأصلُ أن يتحمَّلَه المستأجِر، ما لم يثبت عدم تعدِّيهِ أو تفريطه في وقوع ذلك الضررِ، ومن طرق الإثبات:

أ- وقوع أسبابِ ظاهرة؛ كالكوارث، ونحوها.

ب- شهادة أهل الخبرة بأنَّ في العين المؤجَّرة خللًا مصنعيًّا، أو أنَّ في العقار عيبًا هندسيًّا، ونحو ذلك.

ج- شهادة الجهات الأمنية بأنَّ الحريق لم يكن بتفريطٍ من المستأجر، وكذا شهادة أهل الخبرة بأنَّ التلف الحادث لم يكن بتفريطٍ من المستأجر، وإنما لسببِ أجنبيٍّ أو قوَّةٍ قاهرة.

د- وقوع التَّكَف في أجزاء لا يُتصوَّر فيها الإهمالُ؛ مثل: تشقُّق الجدران، وزوال دهان السيارة.

والمسوِّغ لجواز هذا الشرطِ، ما فيه من المصلحة وصيانة أموال الناس، وسَدِّ ذريعةِ الفساد وإهمال الأموالِ للعِلم بعدم الضمانِ.

ولهذه المسألة نظائرُ متعدِّدةٌ مما ذكره الفقهاء المتقدِّمون -ولا سيَّما فقهاء المالكية-بتضمين يدِ الأمانة؛ لوجود التُّهمةِ، أو للمصلحة العامة، ومن ذلك:

١ - مـا ذهب إليه فقهاءُ المالكيَّةِ من تضمين الصنَّاع؛ للمصلحة العامة، صيانةً لأموال الناسِ من الضياع(١).

٢- تضمين الراعي المشترك والسمسار للتهمة؛ فالمشهور في مذهب الإمام مالك وغيره من الأثمَّة، عدمُ تضمينِ الأجير المشترك من غير الصنَّاع، كالراعي المشترك والسمسار، وخالَفَ في ذلك جمعٌ من فقهاء المالكيَّة، وقالوا بتضمينهم للتُّهمة (٢).

٣- تضمين المودَع للتهمة؛ فالأصل في المودَع عدمُ تضمينه، ولكن ذهب الفقيه المالكي ابنُ حبيبِ الأندلسي (٣) إلى تضمين صاحبِ الحمَّام ما يدَّعي هلاكه، أو ضياعه من ثياب الناس المودَعةِ لديه؛ لجريان العادةِ بخيانته (٤).

<sup>(</sup>۱) بداية المجتهد ٢/ ٢٧٨، البهجة شرح التحفة ٢/ ٢٨٢.

<sup>(</sup>٢) كشاف القناع عن تضمين الصناع، ص١١٣.

<sup>(</sup>٣) عبد الملك بن حبيب القرطبي الأندلسي، إمامُ المالكيَّة بالأندلس في عصره. له: الواضحة، وتفسير موطأ مالك، ومصابيح الهدى. توفي سنة ٢٣٨هـ. ينظر: ترتيب المدارك وتقريب المسالك ٤/ ١٢٢، سير أعلام النبلاء ٢١٢/ ١٠٢.

<sup>(</sup>٤) كشاف القناع عن تضمين الصناع، ص٩٦.

3 – مطالبة مَن يدَّعي خلافَ الظاهر بالبيِّنةِ ولو كان الأصلُ يشهد له (١)، كما لو ادَّعت المرأةُ على زوجها الحاضرِ أنه لا يُنفِق عليها؛ فالأصلُ يقضي بعدم الإنفاقِ، والظاهرُ المستفادُ من قرائنِ الحالِ يقضي بأنه ينفق عليها؛ فذهب فقهاءُ المالكيَّةِ إلى تغليب الظاهرِ، فتطالب المرأة بالبيِّنة على عدم الإنفاقِ؛ لأنها تدَّعي خلافَ الظاهرِ.

فالمسوِّغاتُ التي حملت الفقهاءَ المتقدِّمِين على القول بتضمين يدِ الأمانةِ في المسائل السابقةِ، ما لم تَقُمِ البيِّنةُ على عدم التعدِّي أو التفريط؛ متحقِّقةٌ في عقود التأجير التمويلي؛ فوقوعُ الضررِ مَظِنَّةُ التهمةِ في حق المستأجر؛ لكونه يستقلُّ بالعين المؤجَّرة، ولما في ذلك من المصلحة العامَّةِ بحفظ أموالِ الناسِ من الإهمال بداعي عدم تحمُّلِ الضمان.

وقد أخذ بهذا الرأي -أي جوازِ نقلِ عِبْءِ إثباتِ عدمِ التعدِّي والتفريط إلى المستأجر - مؤتمرُ المصارفِ الإسلاميَّةِ المنعقدُ بالكويت عام ٢٠٠٩م.

وينبغي أن يُعلَم أنَّ تحميلَ المستأجرَ عِبْءَ الإثبات، لا يَعني تحميلَه مسؤولية الضمان، فبينهما فرقٌ؛ إذ المقصود من مطالبته بالإثبات، أنه إن أتى بالبيِّنة أو بقرائنَ مقبولةٍ على عدم تعدِّيهِ أو تفريطه، فلا ضمانَ عليه، وإن لم يأتِ بالبيِّنة فعليه الضمان؛ لقيام التُّهمَةِ، بينما تحميلُه مسؤولية الضمانِ تعني مطالبتَه بالضمان على كل الأحوالِ، ولو أثبت أنَّ الضررَ وَقَعَ بغير تقصيرِ منه.

المسألة الثانية: إبرامُ عقدِ صيانةٍ للعين المؤجَّرة مع طرَفٍ ثالث.

ولا مانعَ من أن يحتسب في الأُجرة التي يطالب بها المستأجِر تكاليفَ رسومِ الصيانة، إلَّا أنَّ مسؤولية العقدِ -أي عقد الصيانة- يجب أن تكون على المؤجِّر.

المسألة الثالثة: التأمين التعاوني على العين المؤجرة.

ومن الممكن أن يشمل التأمينُ الأضرارَ الناشئةَ عن تَلَفِ العينِ أو هلاكها، وكذلك الأضرار الناشئة عن تعطُّلِها، وَفقَ ما سيأتي بيانُه في الفرع التالي:

الفرع الثاني: التأمين على العين المؤجَّرة وعلى المستأجر.

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: حكم التأمين.

التأمين على نوعين:

النوع الأول: التأمين التجاري.

<sup>(</sup>١) الفروق ٤/ ٧٥، ١١٢.

لتأجير التمويلي ------الله التمويلي --------الله التاجير التمويلي التمويلي التمويلي التمويلي الله الله الله الم

وفيه يتولَّى إدارة التأمينِ شركةٌ لها ذِمَّةٌ مستقلَّة عن ذِمَمِ المؤمَّن لهم، وتستحق هذه الشركةُ جميع أقساطِ التأمين في مقابل التزامِها بدَفْع مبالغِ التأمينِ عند استحقاقها، وما يتبقَّى لديها من فائض أقساطِ التأمين بعد دَفْعِ التعويضات، فإنها لا تُعِيدُه للمؤمَّن لهم؛ لأنها تعتبره عوضًا في مقابل التزامها بالتعويضات المتَّفَق عليها، وإذا لم تَفِ الأقساطُ المحصَّلة لدَفْعِ كلِّ التعويضات، فلا يحتُّ لها الرجوعُ عليهم بطلب زيادةِ أقساطِ التأمين، وإنما تتحمَّل هي تلك الزيادة في التعويضات(١).

وهـذا هـو عين المتاجـرةِ بالغَرر؛ إذ التعويضاتُ التي هي محلَّ التعاقدِ مجهـولُ قدرُها عند التعاقد، فقد تكون أقلَّ من الأقساط أو أكثرَ منها، فيدخل هذا النوع في (نَهْيِ النبيِّ صَالَّاللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن الغَرِر)(٢).

والنوع الثاني: التأمين التعاوني (التكافلي).

وفيه يشترك مجموعةٌ من الأشخاص يكونون معرَّضِين لأخطارٍ متشابهة على تلافي الأضرارِ الناشئةِ عن تلك الأخطارِ، وذلك بدَفْع اشتراكاتٍ في صندوق تأمينٍ له ذِمَّةٌ ماليَّة مستقِلَّة، بحيث يتمُّ التعويضُ منه عن الأضرار التي تلحق المشتركين من جرَّاء وقوع الأخطارِ المؤمَّن لها، ويتولَّى إدارةَ الصندوقِ هيئةٌ مختارة من حَمَلةِ الوثائق أو شركةٌ مستقلَّة، وتأخذ جهة الإدارةِ أجرًا مقابلَ إدارتها أعمالَ التأمينِ، كما تأخذ أجرًا أو حصةً من الأرباح في مقابل استثمارِها لأموال الصندوق بصِفَتِها وكيلًا بأجرِ، أو مضاربًا (٣).

ويلحظ أنه في كلا النوعَيْن قد تتولَّى إدارةُ التأمين شركةً تهدف إلى الربح، إلَّا أنَّ ثمة فروقًا بينهما، من أبرزها:

الأول: أنَّ التأمين التجاري قائمٌ على أساس المعاوضةِ بين شركة التأمين (المؤمن)، وحملة الوثائق (المؤمن لهم)؛ بحيث تلتزم الشركةُ لهم بالتعويض في مقابل استحقاقِها لأقساطِ التأمين، بينما التأمينُ التكافلي قائمٌ على أساس التعاونِ فيما بين حملة الوثائقِ؛ لتفتيت المخاطرِ التي قد يتعرَّضون لها، وتقليلها.

والثاني: الأموال في صندوق التأمين التجاري مِلكٌ لشركة التأمين، وأيُّ فائضٍ فيها بعد صَرْفِ التعويضات يكون لها، بينما الأموالُ في صندوق التأمين التكافلي من اختصاص المؤمَّن لهم، وأيُّ فائضٍ فيختصُّ بهم، ويجوز أن يُردَّ إليهم الفائضُ أو أن يبقى في الصندوق، أو أن يُحتَفظ به كاحتياطيٍّ لعمليات التأمينِ المستقبليَّة، ويدُ شركة الإدارة على هذا الفائضِ يدُ أمانةٍ لا يدُ مِلكِ.

<sup>(</sup>١) الموسوعة الاقتصادية، ص٣٦.

<sup>(</sup>۲) مسلم (۱۵۱۳).

<sup>(</sup>٣) المعايير الشرعية (معيار التأمين الإسلامي)، ص٦٨٥، التأمين وأحكامه، ص٨٣.

والثالث: مصدر الربح للشركة المؤمنة في التأمين التجاري، هو من فائض التأمين؛ فهي تلتزم بالتعويض لتستحقَّ ذلك الفائض، وهنا منشأ الغَرَر في هذا العقدِ؛ فإنَّ الفائضَ غيرُ معلومٍ؛ فه و مرتبط بمقدار التعويضات التي تدفعها الشركة، بينما الشركة التي تُدير التأمينَ التكافليَّ ليس لها سوى أجرِ مقابلِ إدارتها لعمليات التأمين، بالإضافة إلى حصَّةٍ من الأرباح الناتجةِ من استثمارها لأموال الصندوقِ في حال كونِ الاستثمار عن طريق المضاربةِ، أو أجرٍ معلومٍ في حال كون الاستثمار بالوكالة؛ فالعقدُ لا غَرَرَ فيه.

والرابع: في التأمين التجاري تلتزم شركة التأمين بالتعويض ولو من أموالها الخاصّة، أو بالاقتراض في حال وجودِ عجزٍ في التعويضات، بينما في التأمين التعاوني لا تلتزم شركة الإدارة بذلك، وإنما يتم التعويضُ من أموال الصندوقِ التعاوني، وفي حال العجزِ فلِشركة الإدارةِ أن تأخذ تمويلًا على ذِمَّةِ الصندوق وليس على ذِمَّتِها.

وقد ذهب عامَّةُ العلماء المعاصرين، وهيئات الاجتهاد الجماعي؛ كهيئة كبار العلماء بالمملكة، واللجنة الدائمة للإفتاء، ومجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة، ومجمع الفقه الإسلامي الدولي، وغيرها، إلى تحريم التأمين التجاري وجواز التأمين التعاوني؛ فإنَّ مَبْنَاهُ على التعاوني؛ لما يشتمل عليه التأمينُ التجاري من الغَرَر، بخلاف التأمين التعاوني؛ فإنَّ مَبْنَاهُ على التكافل والتضامن (۱).

وبناءً على ما سبق: فلا يجوز أن يكون التأمين في عقود التأجير التمويلي تأمينًا تجاريًا، بل يجب أن يكون تعاونيًّا؛ سواءٌ كان تأمينًا على العين المؤجَّرة أم على المستأجر، وشركات التأمين التعاوني -ولله الحمد- متوافرةٌ، وتزداد عامًا بعد عامٍ؛ سواءٌ على الصعيد المحلِّي أم الدولي.

المسألة الثانية: حكم تحميل المستأجِرِ مسؤوليَّةَ التأمين.

التأمين المرتبط بالتأجير التمويلي على نوعين:

النوع الأول: تأمين على العين المؤجَّرة ضد الهلاك.

والأصل أنَّ هذا النوع من التأمين يتحمَّلُه المؤجِّر؛ لأنه المالكُ لتلك العينِ، فيكون ضمانُها عليه؛ إذ الضمانُ يتبع الملك، ولا يجوز أن تُجعل مسؤولية التأمين في هذا النوع على المستأجر، ولكن لا مانع من أن تضمن الدفعات الإيجارية على المستأجر تكلفة أقساطِ التأمين التي يدفعها المؤجِّر لشركة التأمين، ولا مانع كذلك من أن يوكل المؤجرُ المستأجرَ في التعاقد مع شركة التأمين،

<sup>(</sup>١) ينظر: المعايير الشرعية (معيار التأمين الإسلامي)، التأمين وأحكامه، ص٨٣، أبحاث ملتقى التأمين التعاوني الذي نظَّمه مجمع الفقه الإسلامي الدولي بعمان.

على أن يكون المؤجر هو من يتحمَّل مسؤولية التأمين؛ بحيث لو قصرت شركة التأمين في التعويض فيتحمَّل المؤجِّر الهلاكَ، ولا يجوز أن ينصَّ في العقد على خلاف ذلك.

وإذا تغيَّرت قيمةُ أقساط التأمين خلال فترة التأجير، فيتحمَّلُه المؤجِّر وليس له أن يَزيد الأُجرة على المستأجِر بدون موافقتِه، إلَّا أن تكون الأجرة متغيِّرة، ومن العناصر المتغيرة فيها تكلفةُ التأمين، فلا بأسَ بإضافتها إلى العنصر المتغيِّر شريطةَ أن يُجعل لهذا التغير حَدُّ أعلى، كما سيأتي في ضوابط الأجرةِ المتغيِّرة.

وتَعمِدُ بعضُ شركات التأجير إلى أن تضع على المستأجر شرطًا بأنه في حال وقوع حادث على المركبة المؤجَّرة، فيتحمَّل المستأجر مبلغًا معلومًا بحدٍّ أعلى، ولو كان الحادث بغير تسبُّبِ منه، والذي يظهر عدم جواز هذا الشرطِ؛ لأنه ينقل مسؤوليةَ الضمانِ إلى المستأجر.

والنوع الثاني: تأمين الحياة على المستأجر.

وهـ ذا النوع يكون عـادةً في التمويل العقـاري؛ لطول فترة التمويل؛ بحيث إنـ إذا تُوفي المستأجر فتتحمَّلُ شـركةُ التأميـن دَفْعَ الدفعـات المتبقيةِ مـن عقد الإجـارة؛ لتنتقل مِلكيَّةُ العقارِ المؤجّر إلى الورثة.

والأظهر: أنَّ هذا النوع من التأمين، يجوز تحميلُه على المستأجِرِ؛ سواءٌ باشَرَ بنفسه التعاقدَ مع شركة التأمين، أم تولَّت الشركةُ المؤجِّرةُ ذلك وحمَّلته أقساطَ التأمينِ ضمن الدفعات الإيجارية؛ لأنَّ التأمين هنا من مصلحته؛ حتى لا يخسر ورثتُه البيتَ بوفاته.

#### الفرع الثالث: أحكام الأجرة.

المسألة الأولى: الأجرة المتغيرة.

الأصل في عقد الإجارة، أن تكون الأُجرةُ محدَّدةً من بداية العقدِ، ولا تتغير بمضيِّ المدَّةِ وحتى انتهاء العقدِ، إلَّا أنه في عقود التأجير طويلةِ الأَجَل قد يرى العاقدان أنَّ من مصلحتِهما جعلُ الأُجرةِ متغيرةً؛ بحيث تربط بمؤشِّر معلومٍ متغير، كما لو كان هناك مؤشِّر قياسي للتأجير العقاري، فتتغيَّر الأُجرةُ بتغيُّر المؤشر.

ولأنَّ الغرض من عقدِ التأجير التمويلي، هو التمويل، وليس الإجارة التشغيلية؛ فإنَّ العقد إذا كان بأُجرةٍ متغيِّرة، فتكون في الغالب مربوطةً بمؤشِّرات التَّمويلِ، كمؤشِّر التمويل بالدولار (LIBOR)، ومؤشر التمويل بالريال (SIBOR).

ويتخرج حكمُ الإجارة بأُجرةِ متغيرةِ على ما ذكره أهلُ العلمِ في مسألة استئجارِ الأجير بطعامه وكسوته؛ إذ الأجرةُ فيه متغيِّرة، ولأهل العلم فيه قولان:

القول الأول: التحريم؛ وهو قول الحنفيَّة، باستثناء استئجار الظِّئر -أي المرضع- بطعامها وكسوتها، وقول الشافعية، ورواية عن الإمام أحمد(١١).

وحجة هذا القول: أنَّ مِن شروط صحةِ الإجارة، العلمُ بالأُجرة، وهي مجهولة هنا(٢).

والقول الثاني: الجواز؛ وهو قول المالكيَّةِ، ورواية عن أحمد، وهي المذهب عند الحنابلة(٣).

واستدل أصحاب هذا القول: بأنَّ الله أباح استئجارَ الظَّيْرِ بطعامها وكسوتها، بقوله: ﴿ وَعَلَ الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسَوتُهُنَّ بِالْمَعُرُوفِ ﴾ (٤)، فيقاس عليه غيره؛ ولأنَّ الأجرة وإن لم تكن معلومةً عند العقد، إلَّا أنَّ لها عُرفًا يُرجَع إليه عند التنازع (٥).

وهذا القول هو الراجح؛ لقوَّةِ أدلَّتِه، وبه أخذ المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسّسات المالية؛ ففي معيار الإجارة: للمؤسّسات المالية؛ ففي معيار الإجارة: (يجوز أن تكون الأجرة بمبلغ ثابت أو متغيّر، بحسّب أيِّ طريقة معلومة للطَّرَفين... وفي حالة الأجرة المتغيرة، يجب أن تكون الأجرة للفترة الأولى محدَّدة بمبلغ معلوم، ويجوز في الفترات التالية اعتمادُ مؤشِّر منضبط)(٢).

وعلى هذا، يجوز أن تكون الأجرةُ متغيرة بحسَب مؤشّرِ معلومٍ؛ سواءٌ أكان مؤشرًا عقاريًا، أم تمويليًّا، أم غير ذلك، بالضوابط الآتية:

الأول: أن تكون أُجرة الفترة الأُولى محدَّدةً بمبلغ معلوم عند العقد.

والثاني: أن يكون المؤشر منضبطًا، بحيث لا يكون تفاوته -زيادةً أو نقصانًا- كبيرًا.

والثالث: أن يكون المؤشر ظاهرًا معلومًا للعاقدين، فلا يصح اعتمادُ مؤشِّرِ خفيِّ، مثل معدل عوائد استثمارات شركة التمويل (المؤجر)، أو معدل عوائد الودائع لدى البنك الممول (المؤجر) ونحو ذلك.

ولم ينصَّ مشروعُ النظامِ على طريقةٍ معيَّنةٍ لاحتساب الأُجرة، بل جعل الأمر متروكًا لإرادة

<sup>(</sup>۱) بدائع الصنائع ٤/ ١٩٣، تبيين الحقائق ٥/ ١٢٧، مجمع الأنهر ٢/ ٣٨٦، أسنى المطالب ٢/ ٤٠٤، نهاية المحتاج ٥/ ٢٧٦، الإنصاف ٤ ١/ ٢٧٨.

<sup>(</sup>٢) الشرح الكبير على المقنع ١٤/ ٢٧٧.

<sup>(</sup>٣) التاج والإكليل ٧/ ٥٦٧، ٥٦٨، منح الجليل ٧/ ٥٦٥، شرح الخرشي ٧/ ١٣، الأخبار العلمية، ص ٢٢١، الفروع ٤/ ٢٢٢، الإنصاف ١٤/ ٢٧٨، كشاف القناع ٣/ ٥٥١.

<sup>(</sup>٤) سورة البقرة، الآية: ٢٣٣.

<sup>(</sup>٥) الشرح الكبير على المقنع ١٤/ ٢٧٨، شرح المنتهى ٢/ ١٧.

<sup>(</sup>٦) المعايير الشرعية، معيار الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك، ص٢٤٨.

لتأجير التمويلي ------الالتماني التمويلي التمويل التمويلي التمويلي

العاقدين، مما يفتح المجالَ لشركات التأجير التمويلي، أن تجعل الأُجرة ثابتةً أو متغيِّرة (١).

المسألة الثانية: تعجيل الأجرة وتأجيلها.

قد يتضمَّن عقدُ التأجيرِ التمويلي اشتراطَ دَفْعِ أُجرةٍ مقدَّمة (الدفعة المقدَّمة) في بداية العقد، وحكم هذه الدفعة الجواز؛ إذ يجوز في عقد الإجارةِ تقديمُ دفعِ الأجرة قبل استيفاء المنفعةِ المقابلة لها، إلَّا أنه في حال تعذَّر تسليمُ العينِ المؤجَّرة، أو الانتفاع بها بسببٍ لا يعود إلى المستأجِر، فيجب رَدُّ الأُجرةِ المعجَّلةِ إليه (٢).

وأمَّا تأجيلُ الأجرة؛ فإن كان في إجارةِ معيَّنٍ فيجوز، وأمَّا في إجارة الموصوفِ في الذِّمَّةِ فقد اختَلَف فيه أهلُ العلم على ثلاثة أقوال:

القول الأول: وجوبُ تسليم الأجرةِ في مجلس العقد؛ وهو قول الشافعيَّة (٣٠).

وحُجتُهم: أنَّ إجارة الموصوفِ سَلَمٌ في المنافع، فيُشترط فيها ما يشترط في السَّلَم.

ويناقش: بأن الإجارة الموصوفة تختلف عن السَّلَم في المنافع؛ إذ الأصلُ في السلم أن يكون تسليم العين أو المنفعة الموصوفتيَّن مؤجَّلًا؛ لقوله عَلَيْوَالصَّلَاةُ وَالسَّلَمُ -في السَّلَم-: «إِلَى أَجَلٍ يكون تسليم العين أو المنفعة الموصوفتيَّن مؤجَّلًا؛ لقوله عَلَيْوالصَّلاةُ وَالسَّلَمُ العالمُ في الإجارة أن تكون منجزةً ؛ مَعْلُوم (ن)؛ ولذا اختلف أهلُ العلمِ في حُكمِ السَّلَم الحالِّ، بينما الغالبُ في الإجارة أن تكون منجزةً ؛ وعلى فرض التسليم بأنها سَلَمٌ في المنافع، فلا يلزم أن تأخذ أحكام السَّلَم في الأعيان من كل وجهٍ ؛ فلإ بالإجارة وإن كانت بيعَ منفعةٍ، إلَّا أنها ليست كالبيع من كل وجهٍ. قال ابن القيم: (وإنْ قُدِّرَ دخولُ الإجارة في لفظ البيع العامٌ، وهو بيعُ المنافع، فحقيقتُها غيرُ حقيقةِ البيع، وأحكامُها غيرُ أحكامِه) (٥٠).

والقول الثاني: وجوبُ تعجيلِ الأجرة؛ إلَّا إذا شَرَعَ المستأجِرُ في استيفاء المنفعة؛ وهو قولُ المالكيَّة (٢).

وحُجتهم: أنَّ تأجيل الأُجرةِ مع تأخُّرِ الاستيفاء، يجعله من الكالئ بالكالئ.

ويناقش: بأنَّ الحديث الواردَ في النَّهيِ عنه لا يثبت؛ قال ابن تيميَّة: (بيعُ الدينِ بالدين ليس فيه نصُّ عامُّ، ولا إجماعٌ)(٧). والإجماعُ المحكي في المسألة، إنما يصحُّ في بعض صُوَرِه لا كُلِّها،

<sup>(</sup>١) مشروع نظام الإيجار التمويلي، م ٦.

<sup>(</sup>٢) مشروع نظام الإيجار التمويلي، م ٦، المعايير الشرعية: معيار الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك.

<sup>(</sup>٣) مغني المحتاج ٢/ ٤٣٠.

<sup>(</sup>٤) البخاري (٢١٢٦)، ومسلم (١٦٠٤).

<sup>(</sup>٥) إعلام الموقعين ١٩٩١.

<sup>(</sup>٦) حاشية الدسوقي ٣/ ١٩٦.

<sup>(</sup>۷) مجموع الفتاوى ۲۰/ ۱۲.

فقد وقع في كثيرٍ من صُوَرِه خلافٌ؛ ولذا قال السبكي: (أمَّا إذا لم يثبت -أي الحديث- فالإجماعُ لا يمكن التمسكُ به مع وجودِ الخلافِ في هذه الصورةِ الخاصَّةِ؛ فإنه يثول هذا إلى تفسير بيع الدين بالدين المجمَع على مَنْعِه... أن يكون للرجل على الرجل دينٌ، فيجعله عليه في دينِ آخَرَ)(١).

والقول الثالث: التفرقة بين ما إذا أُجري العقدُ بلفظِ السَّلَم أو السَّلَف، فيُشترط تسليمُ الأجرةِ في مجلس العقد، وأمَّا إذا عُقدت بغير هذين اللفظين فلا يُشترط؛ وهو قول الحنابلة(٢).

وحُجَّتُهم: أنَّ العقد بلفظِ السَّلَم أو السَّلَف له حكمُ السَّلَمِ في المنافع، فيُشترط فيه ما يشترط في السلم.

ويناقش: بأنَّ المعنى في الصورتين واحدٌ؛ فلا يؤثر اختلافُ الألفاظِ، و(العبرةُ في العقود بالمقاصد لا بالألفاظ).

ولم أقف على قول الحنفية في المسألة.

والأظهَرُ: هو جواز تأجيل الأُجرةِ في إجارة الموصوف؛ لما يلي:

الأول: أنه لم يثبت في تحريم ابتداء الدينِ بالدين نَصُّ ولا إجماعٌ يشمل جميعَ صُوَرِه؛ ولذا جوز منه ما تدعو إليه الحاجةُ؛ كالاستصناع، والتوريد، والمقاولة، ونحوها.

والثاني: أنَّ المنافع تختلف عن الأعيان، فهي مؤجَّلةٌ بطبيعتها؛ لكونها تحدث شيئًا فشيئًا، فلا يصتُّ قياسُها عليها، وما يمتنع في بيع الأعيانِ لا يلزم مثله في المنافع؛ لاختلافهما.

قال الزَّيلعي: (الإجارةُ تتضمَّن تمليكَ المنافعِ، والمنافعُ لا يُتصوَّر وجودُها في الحال، فتكون مضافةً ضرورةً؛ ولهذا قلنا: تنعقد ساعةً فساعةً، على حسَب وجودِ المنفعةِ وحدوثها)(٣).

والثالث: القياس على ما ذهب إليه جمهورُ أهلِ العِلم من جواز إجارةِ العين المضافةِ إلى زمن مستقبل من غير شرطِ تسليمِ الأُجرةِ في الحال(٤٠)؛ أي مع تأجيل البدلَيْن، مع اتّفاقِهم على مَنْع بيع العين المعيَّنةِ مؤجَّلةَ التسليم؛ سواءٌ عُجل الثمن أم لا؛ وذلك لأنَّ المنفعة يتعذَّرُ قبضُها دفعةً واحدة؛ ولذا يُتسامح في بيع الأعيان، والله أعلم.

#### الفرع الرابع: الشروط التوثيقيَّة والجزائيَّة في عقد التأجير.

من الإجراءات المتَّبعة في عقود التأجير التمويلي، أن يتضمَّنَ العقدُ شروطًا توثيقيَّةً لضمان استيفاء المؤجِّر للأُجرة، وشروطًا جزائيَّة لحمل المستأجِرِ على الوفاء وعدم المماطلة.

<sup>(</sup>۲) شرح المنتهى ٤/ ٢٩.

<sup>(</sup>١) تكملة المجموع ٢/ ٢١٥٧.

<sup>(</sup>٣) تبيين الحقائق ١٥/١٥.

<sup>(</sup>٤) المبسوط ١٦/ ٢٠، الإنصاف ١٤/ / ٣٥٩.

والذي تدلُّ عليه نصوصُ الكتابِ والسُّنة، أنَّ الأصل في الشروط في العقود هو الصحة واللزوم؛ لقول الله تعالى: ﴿ يَكَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُواْ أَوْفُواْ بِالْفَقُودِ ﴾ (١). ومن الوفاء بالعقد الوفاء بالسروط المصاحبة له، وقول النبي صَلَّاللَّهُ عَلَيْهُوسَلِّمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ »(٢). ويُستثنى من ذلك الشروطُ المناقضة للشرع والشروط المناقضة لأصل العقد، وهي التي تعود على العقد بالبطلان (٣).

وفيما يلى بيان أحكام تلك الشروط:

المسألة الأولى: الشروط التوثيقية.

يجوز للمؤجر أخذُ الضماناتِ المشروعة بأنواعها لتوثيق الحصولِ على الأُجرةِ، أو الضمان في حال التعدِّي أو التقصير، من رهنٍ، أو كفالة، أو حوالة، على حق أو تعويضات تأمين مشروع عن شخص المستأجر وممتلكاته (٤).

#### المسألة الثانية: الشروط الجزائية.

وهي الشروط التي ترتب جزاءات على العاقد في حال إخلالِه بالتزاماته في العقد (٥)، والجزاء المترتب على الإخلال أعمُّ من أن يكون تعويضًا، فقد يكون خصمًا من قيمة العقدِ، أو تعجيلًا لبعض المستحَقَّاتِ، ونحو ذلك.

#### والشروط الجزائية في العقود على نوعين:

الأول: ما يترتب عليه زيادةٌ في الدين الذي في ذِمَّةِ المدين بسبب تأخيره في الوفاء بالدين، فهذا لا يجوز؛ لأنه من ربا الدين.

والثاني: ما لا يترتب عليه زيادةٌ في الدين على المدين؛ كالشروط الجزائية المقررة لعدم تنفيذ الأعمال أو تأخيرها، مثل التأخير في عقود المقاولة، وتأخير التسليم في عقود التوريد، وتأخير العامل فيما أسند إليه من عمل.

ويترتب على الشرط الجزائي من هذا النوع، الخصم من العوض المقرر للصانع أو المورد أو العامل؛ فهذا النوع جائزٌ بناءً على الأصل الشرعي، وهو أنَّ الأصل في الشروط الصحةُ واللُّزوم، ولا يترتب عليه محظورٌ شرعى، إلَّا أنَّ الأخذ بهذا الشرط مقيَّدٌ بضابطين:

سورة المائدة، الآية: ١.

<sup>(</sup>۲) الترمذي (۱۲۷۲)، وأبو داود (۳۱۲۰)..

<sup>(</sup>٣) ينظر: مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩/ ١٥٥، القواعد النورانية، ص٢١٤، إعلام الموقعين ١/ ٢٦٢.

<sup>(</sup>٤) المعايير الشرعية: معيار الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك.

<sup>(</sup>٥) ينظر: الوسيط، للسنهوري ٢/ ٨٦٦.

الأول: أن يكون بقَدْرٍ مناسب، فإن كان متفاحشًا وكثيرًا، بحيث يعرف أنَّ المراد منه التهديد وليس التعويض، فهذا لا يجب الوفاء به، بل يقدَّر بقَدْرِ الضَّرَرِ الحاصلِ، ويرجع في ذلك إلى أهل الخبرة.

والثاني: أن يكون إخلالُ المتعهِّدِ لغير عُـذرٍ، أمَّا إن كان لعُذرٍ، فلا يلزم بالتعويض، وعليه عِبءُ إثبات ذلك(١).

ومن خلال ما سبق، يمكن بيانُ حُكمِ بعض صور الشروط الجزائيَّةِ في عقد التأجير التمويلي: أولًا: اشتراط تعجيل بعض الدفعات الإيجارية لفترات مستقبليَّة.

وذلك بأن يشترط المؤجِّر على المستأجر تعجيلَ جميع الدفعات المتبقية، أو بعضها في حال مماطلة المستأجِر بسداد الدفعات الإيجارية المستحقَّة في حينها؛ وقد نصَّ على جواز مثلِ هذا الشرط بعضُ الفقهاء في البيوع الآجلة؛ قال ابن القيم رَحَمُهُ اللَّهُ: (فإن خاف صاحبُ الحقِّ ألَّا يَفِيَ له من عليه بأدائه عند كل نجم كما أجَّلَه، فالحيلةُ: أن يشترط عليه أنه إذا حَلَّ نجمٌ ولم يؤدِّ قِسطَه، فجميعُ المالِ عليه حالًّ، فإذا نجَّمه على هذا الشرطِ، جاز، وتمكَّن من مطالبته به حالًّا ومنجَّمًا) (٢).

وفي «الدر المختار»: (عليه ألف ثمن، جعله ربَّه نجومًا إن أخلَّ بنجمٍ حلَّ الباقي، فالأمر كما شرط)(٣).

وبذلك صدر قرارُ مجمع الفقه الإسلامي الدولي (٤)، إلَّا أنَّ المتأمِّل في اشتراط تعجيلِ جميع الدفعات الإيجارية المتبقية، يلحظ ما في هذا الشرطِ من المبالغة في الجزاء، وتحميل المستأجر من الضرر أكثرَ مما أوقعه على المؤجر، فهذا الشرطُ أشبَهُ بالتهديد منه بالتعويض، والأولى أن يقتصر على تعجيل بعض الدفعاتِ وليس كلها، وذلك بالقدر الذي يحمل المستأجر على الالتزام بالسداد، وهذا ما أخذ به مشروع النظام؛ حيث تنصُّ المادة (٦/ ٢) منه على ما يلي: (يجوز اشتراطُ تقديمِ حلولِ دفعات أجرةٍ مستقبليَّة، يدفعها المستأجر في حال تأخَّرِه في السداد، شريطة ألَّا تتجاوز عدد الدفعات التي تأخر عن سدادها). وبهذا القيد أخذت بعضُ الهيئات الشرعية، فجوزت اشتراطَ حلولِ دفعات مؤجَّلة بعدد الدفعات المتأخّرة فقط (٥).

والعمل بهذا الشرطِ مقيَّد بما إذا لم يكن المستأجر مُعسِرًا، وإلَّا فيجب إنظارُه؛ لقول الله تعالى: ﴿ وَإِن كَانَ ذُوعُسَرَةِ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾ (١).

<sup>(</sup>۱) ينظر: قرار هيئة كبار العلماء بالمملكة في الشرط الجزائي، أبحاث هيئة كبار العلماء ١/ ٢٩٣، مناقصات العقود الإدارية، ص٥٥.

<sup>(</sup>٢) إعلام الموقعين ٤/ ٣١. (٣) الدر المختار ٧/ ٥٤.

<sup>(</sup>٤) مجلة المجمع، الدورة السادسة ١/ ٤٤٨. (٥) مثل الهيئة الشرعية لبنك البلاد، قرار الهيئة رقم (١٥).

<sup>(</sup>٦) سورة البقرة، الآية: ٢٨٠.

ثانيًا: شرط غرامة التأخير مع التخلص منها.

لا يجوز -باتفاق العلماء - اشتراطُ زيادةٍ على الأُجرة يستحقُّها المؤجِّرُ في حال تأخر المستأجر في السداد؛ لأنَّ الأُجرة دَينٌ في ذِمَّةِ المستأجر، والزيادة فيها زيادةٌ في الدين، وهذا هو ربا المستأجر في السنيئة - المعروف بـ (زِدْنِي أُنظِرْك) أو (أتقضي أم تُربي؟)، فإن كان المؤجِّر يتخلَّص من هذه الغرامةِ بصَرْفِها في أُوجُهِ البِرِّ، فذهب بعض العلماء المعاصرين -ومنهم المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسَّسات المالية الإسلامية وعدد من الهيئات الشرعية (١٠) إلى جواز أُخذِ الغرامةِ من المستأجِر المماطِلِ دون المعسر، على أن يتخلَّص المؤجِّر منها في أُوجُهِ البِرِّ ولا يستفيد منها، وقالوا: إنَّ الربا يتضمَّنُ زيادةً يأكلُها الدائنُ، وإذا تخلَّص منها فليس ثَم زيادةٌ، ثم إلاَّ في أُخْذِها مصلحةً بمعاقبة المماطل وحَمْلِه على الوفاء بالدَّين.

والرأي الثاني: تحريم ذلك؛ لأنَّ أثر ذلك على المدين واحدٌ؛ سواءً أكان الدائن أو المؤجِّر سيتخلَّص من تلك الزيادةِ أم لم يكن كذلك؛ وهذا ما أخذ به عددٌ من الهيئات الشرعية (٢)، وهذا القولُ هو الأرجحُ، والله أعلم.

ثالثًا: تمديد فترة الإجارة.

إذا حَلَّ موعدُ التَّمليكِ في عقد التأجيرِ التمويلي، وكان التمليك بعوضٍ؛ أي بدفعة أخيرة، ولم يكن لدى المستأجِر ما يَفي بتلك الدفعةِ، فيمكن معالجة هذا الأمرِ -حتى لا يضيع حقه في التملك - بتمديد فترة الإجارة، ولا مانعَ مِن أن تقسَّط هذه الدفعة على تلك الفترات، ولو زاد مجموع تلك الأقساطِ على قيمة الدفعةِ، ولا يُعَدُّ ذلك من الزيادة في الدين؛ لأمرين:

الأول: أن الزيادة في الأجرة في مقابل الزيادة في مدَّة الإجارة، ومن المعلوم أنَّ عقد الإجارة تزيد أُجرَتُه بزيادة مُدَّتِه؛ فزيادة الأقساط هنا ليست زيادة في أُجرةِ فترةٍ ماضية.

والثاني: أنَّ الدفعة التي تعثر فيها المستأجر هي مقابل التمليك وليست أُجرة عن آخِرِ فترةٍ ؛ إذ إنَّ آخِرَ فترةٍ الذات أُجرتها في بدايتها ؛ وعلى هذا فيجوز تعديلُ تلك الدفعة؛ أيْ دفعة التملُّكِ زيادةً أو نقصانًا باتفاق الطرفين؛ لأنَّ الدين لم ينشأ بعدُ؛ لكون عقدِ التَّمليكِ لم يُبرَمُ بعدُ بين المؤجِّر والمستأجر.

ووجهُ إدراجِ هذا الإجراءِ ضمن الإجراءاتِ الجزائيَّة على المستأجِر، أن الدفعات الإيجارية ستزيد على المستأجر مع زيادة مدَّةِ الإجارة قبل تمكُّنِه من تملُّكِ للعين المؤجَّرة.

<sup>(</sup>۱) المعايير الشرعية: معيار المرابحة، فقرة ٥/٦، ص٢١٦، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثامنة ٣/ ١٨١، مجلة دراسات اقتصادية إسلامية مج ٢ع ٣.

<sup>(</sup>٢) مشل هيئة بنك البلاد (قرار الهيئة رقم ١٥)، وهيئة مصرف الراجحي (قرار الهيئة رقم ٥٦٥)، وهيئة مصرف الإنماء (قرار الهيئة رقم (١٨٦).

#### المطلب الثالث: مرحلة التمليك.

والتمليك مشروطٌ بسداد جميع الدفعات الإيجارية المستحقّة في ذِمَّةِ المستأجر؛ وهو إمَّا أن يكون:

- في نهاية مدَّةِ الإيجار بعد استيفاء كامل الدفعات الإيجارية.
- أو أثناء مدَّة الإيجار في حال رغبة المستأجر بتملَّكِ العين المؤجَّرة، ويسمى هذا التملك المبكر.

ولا بأسَ باتفاق العاقدين على آليَّةٍ لكيفيَّة احتسابِ المبلغ الذي تنتقل به الملكيَّةُ، سواءٌ في الحال الأولى أم الثانية.

## صُور التَّمليكِ في عقد التأجير التمويلي وحُكم كلِّ صورةٍ:

تمليك المستأجر للعين المؤجَّرة إمَّا أن يكون بعوض أو بدون عوض، وفيما يلي بيانُ حُكمِ كلِّ منهما:

#### الفرع الأول: أن يكون التمليك بعوض.

أي بدفعة خاصة بالتمليك، وهي التي تُسمَّى الدفعة الأخيرة، والتمليك هنا يأخذ حُكمَ البيع؛ سواءٌ سُمي بيعًا أم نقلًا للملكية، أم غير ذلك؛ إذ العبرةُ في العقود بحقائقها لا بألفاظها.

#### والتمليك في هذه الحال له صورتان:

الصورة الأولى: أن يكون التمليكُ بالبيع المعلَّق، كأن ينصَّ في العقد على أنَّ مِلكيَّة العين المؤجَّرة تنتقل إلى المستأجر إذا سدَّد الدفعة الأخيرة؛ وقد اختلف أهلُ العلمِ في حُكمِ تعليق البيع؛ فذهب جمهورُ أهلِ العلم إلى عدم جوازه (١٠)؛ لأنه محتمَلُ الوقوعِ فيكون من الغَرر (٢٠)، ولأنَّ انتقال الملك يعتمد الرضا، والرضا إنما يكون مع الجزم، ولا جزم مع التعليق، فإنَّ شأن المعلِّق أن يكون يعترضه عدم الحصول (٣).

وبهذا صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي، والمجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسّسات المالية الإسلامية بالمنع من عقد التأجير مع البيع المعلّق (٤٠).

<sup>(</sup>۱) تبيين الحقائق ٤/ ١٣، البحر الرائق ٦/ ١٩٤، الفروق ١/ ٢٢٩، المنثور في القواعد ١/ ٨١، أسنى المطالب ٢/ ٢٣٩، المغنى ٦/ ٤٤١، الفروع ٤/ ١٩٣.

<sup>(</sup>٢) تبيين الحقائق ٤/ ١٣١.

<sup>(</sup>٣) الفروق ١/ ٢٢٩.

<sup>(</sup>٤) قرار المجمع رقم ١١٠ (٤/ ١٢)، المعايير الشرعية: معيار الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك.

التأجير التمويلي -----الالتماميلي التأجير التمويلي التأجير التمويلي التماميلي التماميل

واختار شيخ الإسلام ابن تيميَّة رَحَمُهُ اللَّهُ جوازَ تعليق البيع؛ لأنَّ العقد المعلَّق إن وقع حصل المقصود منه، فعلى التقديرين لا يكون أحد المتعاقدين قد أكل مالَ الآخرِ بالباطل، ولا قَمَرَ أحدُهما الآخرَ، وأمَّا القولُ بأنَّ التعليق يُنافي الرضا؛ فهو غير مُسلَّم (١).

والأرجح -والله أعلم -: أنَّ تعليق البيع جائزٌ إذا كانت المدَّةُ بين التعليقِ وحصولِ الأمر المعلَّقِ عليه قصيرة، بحيث لا تتغير صفةُ العينِ وقيمتُها عادةً خلال تلك المدَّةِ، أمَّا إذا كانت طويلةً بحيث تتغير في العادة، فلا يجوز؛ لأنَّ صفة العين تكون مجهولةً عند نفاذ البيع؛ أي عند التَّمليكِ، فيكون من الغَرَر.

وبناءً على ذلك: لا يجوز أن يكون التمليكُ في التأجير التمويلي بالبيع المعلَّقِ؛ لطُولِ المدَّةِ بين إبرام عقدِ التأجير والتمليك، مما تتغيَّر معه صفةُ العين وقيمتُها حتمًا.

الصورة الثانية: أن يكون التمليك بالوعد بالبيع، وصيغتُه: أن ينصَّ في العقد على أنه إذا انتهى عقدُ الإجارةِ، فيَعِدُ المؤجِّر -أو يلتزم- ببيع العين المؤجَّرة للمستأجِر مقابلَ ثمنٍ يتمُّ الاتفاقُ عليه؛ وقد يكون الوعد متبادَلًا؛ بأن يَعِدَ المؤجِّرُ بالبيع، ويعد المستأجِرُ بدَفْع الثمن.

وتقدَّمَ بيانُ الخلافِ في حُكم الوعدِ من طرَفٍ واحدٍ، والمواعدة من طرفين؛ والذي أخذ به مجمعُ الفقه والمجلسُ الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة، هو جواز الوعدِ الملزِم من طرَفٍ واحدٍ دون المواعدة الملزِمة للطرَفين (٢).

والذي رجَّحه الباحث فيما سبق: أنه يجوز الوعدُ الملزِم لطرَف واحدِ والمواعدة الملزِمة للطرفين، إذا وقع الوعد أو المواعدة بعد تملُّكِ المؤجِّرِ للعين المؤجَّرة؛ إذ لا يترتب على الإلزام هنا محظورٌ شرعي؛ لأنَّ المؤجر يملك العينَ حالَ الوعد، فلو أراد بيعَها في حينه، فله ذلك، فيجوز من باب أَوْلى أن يَعِدَ بذلك، والله أعلم.

والبيعُ في هذ الصورةِ يجوز أن يكون بثمنٍ رمزي، أو بسعر التكلفة، أو بسعر السُّوق، أو بما يتَّفق عليه في حينه (٣).

#### الفرع الثاني: أن يكون التمليك بغير عوض.

أي لا يكون هناك دفعة خاصَّة بالتملك؛ فالتمليك هنا يأخذ حُكمَ الهبةِ؛ سواءٌ تم التعاقد بلفظ الهبةِ أم بدونه؛ لأنَّ المؤجر في الحقيقة يكافئ المستأجِرَ على التزامه بسداد الدفعات الإيجارية، بتمليكه العين؛ تحفيزًا له على عدم التخلُّفِ.

<sup>(</sup>١) نظرية العقد، ص٢٢٨.

<sup>(</sup>٢) قرار المجمع رقم ١١٠(٤/١٢)، المعايير الشرعية: معيار الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك.

<sup>(</sup>٣) قرار المجمع رقم ١١٠ (٤/ ١٢)، المعايير الشرعية: معيار الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك.

وهذه الحال كسابقتها، لها صورتان:

الصورة الأولى: أن تكون بهبة معلَّقة على سداد الدفعات الإيجارية؛ كأن يتَّفِقا على أنَّ العين المؤجَّرة تننقل مِلكِيَّتُها إلى المستأجِر تلقائيًّا بمجرَّدِ سدادِ دفعات الإجارة، بدون دفعة خاصة بالتملك، وبدون الحاجة إلى إبرام عقدِ هبة في حينه.

وتعليقُ الهبةِ جائزٌ على الصحيح من أقوال أهل العلم؛ لقول النبي صَاَلَاتَهُ عَلَيْهِ وَسَلَمَ لأُمُّ سَلَمَةَ وَخَالِلَهُ عَنَهُ اللهِ عَالَى النَّبُ النَّبُ النَّبُ النَّبُ النَّبُ النَّبُ النَّبُ عَلَى النَّبُ النَّبُ النَّبُ النَّبُ عَلَى اللهِ عَلَى المعاوضات (٢).

والصورة الثانية: أن تكون بالوعد بالهبة بعد انتهاء الإجارة؛ كأن يعد المؤجِّرُ -أو يلتزم- بأنه إذ انتهى عقد الإجارة، فإنَّ المؤجِّر يتنازل عن مِلكيَّةِ العينِ للمستأجر، أو يهبها له، ونحو ذلك من الألفاظ.

ومن خلال ما سبق يتبين: أنَّ التَّمليك في عقد التأجيرِ التمويلي له أربعُ صُورٍ، منها ثلاثٌ جائزةٌ، وواحدةٌ ممنوعة.

وسمح مشروع نظام الإيجار التمويلي أن يكون التمليكُ بأيِّ صورةٍ من الصُّورِ الأربع السابقة، بما في ذلك البيع المعلَّق، فقد رَأَتِ اللَّجنةُ الشرعية التي شاركت في إعداد المشروع، جوازَ البيع المعلَّق؛ أخذًا بالرأي الفقهي الذي يُجيز ذلك؛ ففي المادة الثانية ما نصُّه: (دون إخلال بأحكام تملُّكِ العقارِ لغير السعوديين؛ يجوز انتقالُ مِلكيَّةِ الأصول المؤجَّرة للمستأجر وفقًا لأحكام العقد، إمَّا بشرطٍ يعلِّق التملُّكَ على سداد دفعاتِ العقدِ، أو سدادها مع مبلغ محدَّد، أو بعمنِ رمزي، أو بثمنٍ يُتَّفق عليه في العقد، أو بقيمة الأصل في وقت إبرام عقد البيع، أو بالهبة) (٣).

#### 910010010

<sup>(</sup>١) أخرجه أحمد (٢٧٢٧٦)، وابن حبان (١١٤)، والحاكم (٢٨٠١).

<sup>(</sup>٢) ينظر الخلاف في حكم تعليق الهبة في: بدائع الصنائع ٦/١١، حاشية الدسوقي ٤/ ١٠٣، تحفة المحتاج ٦/ ٣١٢، المغنى ٥/ ٣٨٤،

<sup>(</sup>٣) مشروع نظام الإيجار التمويلي م ٢.

# المبحث إلتّ لبع

## صور خاصة من عقود التأجير التمويلي

المطلب الأول: تأجير الأعيان الموصوفة في الذِّمَّة.

تقدَّم معنا أنَّ الإجارة قد تكون على شيء معيَّن، أو على موصوفٍ في الذِّمَّة، وإجارةُ المعيَّن مناسبةٌ لتمويل تملُّكِ الأعيانِ التي تكون قائمةً من عقارات أو منقولاتٍ؛ وذلك بأن تتملَّك شركةُ التمويل العينَ ثم تؤجِّرَها إجارةً منتهيةً بالتَّمليك للمتمول.

وأمَّا إجارةُ الموصوف في الذِّمَّة؛ فهي مناسبة لتمويل المشروعات التي تكون قيد الإنشاءِ، أو المنقولات التي تكون قيد التوريدِ أو التصنيع؛ كأن يرغب شخصٌ في بناء منزلٍ، أو ترغب شركةٌ في بناء مصنع، أو في شراء أجهزة أو معدَّات قيد التصنيع، فالعقدُ المناسب للتمويل هو الإجارة الموصوفة في الذِّمَّة.

ويرى عامَّةُ أهلِ العلم -كما سبق - أنَّ الإجارة تصحُّ معيَّنةً وموصوفةً في الذِّمَّة، ونسبة القول بعدم جواز إجارة الموصوف في الذِّمَّة إلى فقهاء الحنفيَّة غيرُ دقيقة، بل المنصوص عليه في مصنَّفاتهم الجوازُ؛ قال السمر قندي: (فأمَّا هلاكُ المستأجر، فإن كان شيئًا بعينه، يبطل، وإن كان بغير عينِه؛ بأن وقعت الإجارةُ على دوابَّ بغير عينِها للحَمْل أو الركوب، وسلَّم إليه الدوابَّ فهلكت؛ فعلى المؤاجر أن يأتي بغيرها ليحمل المتاع، وليس له أن يفسخ؛ لأنه لم يعجز عن وفاء ما التزمه بالعقد، وهو حملُ متاعِه إلى موضع كذا)(١).

وقال الكاساني: (وإن كانت الإجارةُ على دوابَّ بغير أعيانِها فسلَّمَ إليه دوابَّ فقَبَضَها فماتت، لا تبطل الإجارةُ، وعلى المؤاجر أن يأتيه بغير ذلك؛ لأنه هلك ما لم يقع عليه العقدُ؛ لأنَّ الدَّابَةَ إذا لم تكن مُعيَّنةً فالعقدُ يقع على منافعَ في الذِّمَّة)(٢).

والحنفية وإن كانوا يرون أنَّ المنافع ليست أموالًا، إلَّا أنهم يُجيزون عقدَ الإجارة -الذي هو عقدٌ على منافع- استحسانًا(٢٠).

<sup>(</sup>١) تحفة الفقهاء ٢/ ٣٦١.

<sup>(</sup>٢) بدائع الصنائع ٤/ ٢٢٣.

<sup>(</sup>٣) بدائع الصنائع ٤/ ١٧٤.

## ويمكن تنفيذُ عقدِ الإجارة الموصوفةِ في الذِّمَّة وَفْقَ الآتي:

١ - تُبرم شركةُ التمويلِ مع المستأجر عقدَ إجارةِ تمويلية للأعيان المرادِ تمويلُ تملُّكِها،
 على أن تكون تلك الأعيانُ مبيَّنةً بالوصف لا بالتعيين؛ وهنا تضمن الشركة مطابقةَ الأعيانِ التي يتمُّ
 تأجيرُها للمواصفات المنصوصِ عليها في العقد.

٢- لا مانع من أن يكون إبرام عقدِ الإجارةِ قبل تملُّكِ الشركة لتلك الأعيان، على الصحيح من أقوال أهل العلم، شريطة أن تكون قادرة على التسليم؛ لأنَّ المعقود عليه موصوفٌ في الذَّمَّة وليس مُعيَّنًا(١).

٣- من الممكن أن يكون عقد الإجارة مُنجَزًا؛ أي يبدأ سريانُه من حين العقد، أو يكون مضافًا إلى زمن مستقبل؛ كوقت اكتمالِ المشروع، أو تَسَلُّم الأعيان.

٤ - يجوز في عقد الإجارة الموصوفة في الذّمّة تعجيلُ الأُجرةِ، أو تأجيلُها، أو تقسيطها، وفي حال تعجيلِ الأُجرةِ فإنَّ الأجرة لا تكون مستقرَّةً إلّا بعد اكتمال المشروع وتمكُّنِ المستأجر من الانتفاع به، وأمّا قبل ذلك فهي تحت الحساب، فلو لم يتمَّ التسليمُ فتُرَدُّ إلى المستأجِر.

٥ - تعقد شركة التمويل عقدَ استصناع حمقاولة من الباطن - مع مقاول أو مورِّد لتنفيذ المشروع، أو لتوريد المواد المراد تأجيرُها.

٦- لا مانع من أن توكّل شركة التمويل المستأجِر في توقيع عقد المقاولة نيابة عنها، أو في الإشراف على تنفيذ المشروع، أو في قبض المواد التي يتم توريدها، على أن تكون المسؤولية العقدية المترتبة على عقد المقاولة، أو على عقد التَّوريدِ على شركة التمويل (الموكل) وليس الوكيل (٢).

## المطلب الثاني: العِينةُ الإيجارية.

العِينة في اصطلاح الفقهاء: (بيعُ سلعةِ إلى أجَلِ، ثم شراؤها من المشتري بأقلَّ من ثمنها نقدًا)(١٠).

وهي محرَّمةٌ إذا كان بين العاقديْن شرطٌ لفظيٌّ، أو عُرفي، أو تواطؤ على إعادة بيع السلعة إلى المالك الأول؛ لأنها حِيلةٌ على الربا، ولِمَا روى ابنُ عمر رَضَالِلَهُ عَنْهُا؛ أنَّ النبي صَالَللهُ عَلَيْكُمْ قَال: «إذا تَبَايَعْتُمْ بِالْعَينَةِ، وَأَخَذْتُمْ أَذْنَابَ الْبُقَرِ، وَرَضِيتُمْ بِالزَّرْعِ، وَتَرَكْتُمُ الْجِهَادَ؛ سَلَّطَ اللَّهُ عَلَيْكُمْ ذُلَّا لَا يَنْزِعُهُ حَتَّى تَرْجِعُوا إِلَى دِينِكُمْ »(٤).

<sup>(</sup>١) فتح العزيز ٩/ ٢٢٦، نهاية المحتاج ٤/ ١٨٨، تهذيب السنن ٥/ ١٥٨.

<sup>(</sup>٢) ينظر: المعايير الشرعية: معيار الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك.

<sup>(</sup>٣) فتح القدير ٦/ ٣٢٣، مواهب الجليل ٤/٤٠٤، حواشي الشرواني ٤/ ٣٢٢، شرح المنتهي ٢/ ١٥٨.

<sup>(</sup>٤) أخرجه أبو داود (٣٤٦٢).

والعِينة كما تكون في البيع، تكون كذلك في الإجارة؛ إذ الإجارة بيعُ منافع، وصورةُ العينة الإيجارية: أن يؤجِّر المستأجرُ العينَ المؤجَّرةَ لمالكها نفسِه في مدَّة الإجارة الأُولى؛ لقصد التمويل، مشل أن تقع الإجارة الأولى بمئةٍ حالَّةٍ، ثم يؤجرها للمؤجر بمئةٍ وعشرةٍ مؤجَّلة، أو أن تقع الإجارة الأولى بمئة وعشرة مؤجلة ثم تقع الإجارة الثانية بمئة نقدًا.

#### المطلب الثالث: إجارة العين لمن باعها.

الأصل أن يكون التأجير التمويلي لغرض تمويل تملُّكِ العينِ المؤجَّرة، ولكن قد يتخذ من العقد وسيلة للحصول على التمويل النقدي، وذلك بشراء عينٍ مملوكةٍ للمتمول بثمنٍ نقدي، شم تأجيرها عليه إجارة منتهية بالتمليك، بحيث يكون مجموع الدفعات الإيجارية أكثر من الثمن النقدى الذي اشتُريت به العين، وهذا ما يُعرف بـ (إجارة العين لمن باعها).

فلو أنَّ شركة تحتاج إلى سيولة نقديَّة بمقدار عشرة ملايين، فإنها تبيع أصلًا مملوكًا لها لشركة تمويل بعشرة ملايين، ثم تستأجره منها إجارة منتهية بالتمليك لمدَّة أربع سنوات، بحيث يكون مجموع الدفعات الإيجارية اثني عشر مليونًا مثلًا؛ وهذه المعاملة تُشبه مسألة (عكس العينة).

وعكسُ العينة: أن يشتريَ سلعةً نقدًا، ثم يبيعها بالأجَل على مَن اشتُريت منه بثمنٍ أعلى. وقد ذهب جمهور أهل العلم إلى تحريمها(١).

والفرقُ بين مسألة عكس العينة وهذه المسألة، أنَّ العقد الثاني في عكس العينة بيعُ آجِلٍ، ولذا لا تبقى العين في ضمان الممول (المشتري الأول) إلَّا لفترةٍ قصيرة، وهي فترة ما بين العقدين، بينما العقد الثاني في إجارة العين لمن باعها هو إجارةٌ تمويليَّة؛ ولذا تبقى العين في ضمان المؤجِّر (الممول) طيلةَ فترة الإجارة.

ولذا، اختلف العلماء المعاصرون في حُكمِ إجارةِ العين لمن باعها إجارةً منتهيةً بالتمليك، وهل تلحق بمسألة عكس العينة؟ والأظهر أنه إذا كان التمليك بالقيمة السُّوقية عند التمليك، أو بما يتَّفق عليه العاقدانِ عند التمليك، فتصحُّ، أمَّا إذا كان بقيمةٍ محدَّدةٍ سلفًا، فيُنظر:

أ- فإن كانت تتغير صفةُ العينِ أو قيمتُها بين عقد الإجارة وموعد التمليك، فتصحُّ؛ فقد نصَّ أهلُ العلم في بيع العِينة على أنه إذا تغيَّرت صفةُ العين أو قيمتُها، فليس من العِينة (٢).

ب- أمَّا إذا كانت العين بحالها لا تتغير، فلا تصحُّ؛ لأنها حِيلةٌ على التمويل الربوي(٣).

<sup>(</sup>۱) حاشية الدسوقي ٣/ ٨٨، بلغة السالك ٢/ ٤٧، المغنى ٦/ ٢٦٣، تهذيب السنن ٥/ ١٠٧.

<sup>(</sup>٢) الإنصاف ١١/ ١٩٤، شرح المنتهى ٢/ ١٥٨.

<sup>(</sup>٣) المعايير الشرعية: معيار الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك، ص٢٥٤.

## المطلب الرابع: إجارةُ المؤجِّر العينَ المؤجَّرة.

ويمكن أن يُلخُّص الكلام عن هذه المسألةِ في النقاط الآتية:

أولًا: الذي يظهر من نصوص جمهور أهلِ العلم، تحريم إجارة المؤجر للعين المؤجّرة، إلّا أنّ شيخ الإسلام ابن تيميّة نُقل عنه القول بالجواز؛ ومن ذلك ما نَقَلَه عنه البعلي في «الاختيارات الفقهية» قوله: (ويجوز للمؤجر إجارة العينِ المؤجّرة من غير المستأجر في مدَّة الإجارة، ويقوم المستأجر الثاني مقام المالك في استيفاء الأجرة من المستأجر الأول، وغلط بعضُ الفقهاء فأفتى في نحو ذلك بفساد الإجارة الثانية؛ ظنَّا منه أن هذا كبيع المبيع، وأنه تصرَّف فيما لا يملك؛ وليس كذلك، بل هو تصرَّف فيما استحقَّه على المستأجر)(۱).

وقال برهان الدين في «اختياراته»(٢): (وإن إجارة العين المأجورة من غير المستأجِر في مدَّقِ الإجارةِ، جائزةٌ، ويقوم المستأجر الثاني مقام المالك في استيفاء الأُجرةِ من المستأجر الأول).

ثانيًا: الذي يظهر للباحث، أنَّ إجارة المؤجِّر ليست من قبيل بيعِ الأُجرة، فلا تأخذ حُكمَ بيعِ الدين؛ لأنَّ المؤجر ضامن للمنفعة تجاه المستأجر، فهو قد باع ما هو باقِ في ضمانه، وعليه التزامات تجاه المستأجر.

ثالثًا: مما يخفِّف من مسألة إجارة المؤجر.

١- أن تكون الإجارةُ الأُولى تشغيليَّةً، والثانية تمويليَّةً.

وجه ذلك: أنَّ الإجارة التمويلية تتضمَّنُ وعدًا بالتمليك، فتكون مقتضيات الإجارةِ الثانية أشملَ من الأُولى.

٢- أن تكون مدَّة الإجارة الثانية أطولَ من مدَّة الإجارة الأُولي.

٣- أن يكون محل الإجارة الثانية أوسع من الإجارة الأُولى؛ كأن تكون الإجارة الأُولى لوحدات سكنيَّة أو محلَّات تجارية، والإجارة الثانية للأبراج أو المجمعات التجارية التي تحتوي هذه الوحدات والمحلات بما تحويه تلك الأبراج أو المجمَّعات من مرافق عامة.

رابعًا: الذي يظهر للباحث جوازُ إجارةِ المؤجِّر بالضوابط الآتية:

١ – أن تكون مقتضيات الإجارة الثانية أعم من الأولى؛ مشل أن تكون الإجارة الثانية مع الوعد بالتمليك، والإجارة الأولى تشغيليَّة بدون وعد بالتمليك.

<sup>(</sup>١) الاختيارات الفقهية، ص٢٦٢.

<sup>(</sup>٢) اختيارات برهان الدين ابن قيم الجوزية، ص٦١.

التأجير التمويلي -----

٢- أن تزيد مدَّةُ الإجارة الثانية بأكثرَ من الثلث عن مدَّةِ الإجارة الأولى، وفي حال تفاوتِ
 مُدَدِ الإيجارات الأُولى، فالمعتبر هو القيمة، بحيث تزيد قيمةُ الأجرة في الإجارة الثانية بأكثرَ من الثلث من مجموع قِيَم الإيجارات الأُولى.

٣- أن يكون محلُّ الإجارة الثانية أوسعَ من الأُولى، كأن تكون الإجارة الأُولى لمحلَّات تجارية أو وحدات سكنية، والإجارة الثانية للأبراج أو المجمعات التجارية التي تحتوي تلك الوحدات أو المحلات بمرافقها، أو يكون الوعد بالتمليك في الإجارة الثانية لتلك الأبراج أو المجمَّعات بمرافقها، والله أعلم.

#### المطلب الخامس: المشاركة المتناقصة مع التأجير التمويلي.

وفي هذه الصورة تشترك شركة التمويل مع العميل في تملُّك الأصلِ، ثم تؤجر الشركة حصَّتَها على العميل إجارة منتهية بالتمليك، وهذا يُعَدُّ من إجارة المشاع، وهو جائزٌ عند عامَّة الفقهاء، وما يدفعه المستأجر من دفعات إيجارية يتضمَّن أجرة انتفاعِه بحصَّة الشركة المشاعة، ودفعات يتمُّ بها إطفاءُ مِلكيَّةِ الشركة للأصل.

ويجوز أن يكون الوعد بالتمليك هنا بالقيمة الاسمية أو بالقيمة السوقية، ولا يُعَدُّ ذلك من ضمان رأس المال في الشركة؛ لأنَّ الشركة هنا شركة مِلكِ وليست شركةَ عقدٍ.

## المطلب السادس: بيع محافظ الأعيان المؤجَّرة إجارةً تمويلية وتصكيكها.

تُعَدُّ مشكلة الحصول على السيولة النقديَّةِ من أبرز المشكلات التي تواجه الشركات لتمويل مشروعاتها الرأسمالية، أو لتمويل رأس المال العامل، ومن أبرز الطرق المستخدَمة للحصول على التمويل النقدي من خلال عقود التأجير التمويلي، طريقتان:

الطريقة الأولى: بيعُ مَحافِظِ التأجير التمويلي؛ وذلك بأن تُقَوَّم الأعيان المؤجَّرة ويراعَى في التقويم عادةً قيمةُ الدفعات الإيجارية المتبقية، ثم تباع على طرف ثالث بثمن نقدي يكون في الغالب أقلَّ من قيمة مجموع الدفعات الإيجارية المتبقية.

والطريقة الثانية: تصكيك (١) الأعيان المؤجَّرة إجارةً تمويلية؛ والتصكيكُ يتمُّ بإحدى طريقتين: ١ – فقد يكون بتصكيك مَحافظ تأجير تمويلي قائمة؛ وذلك فيما إذا كان لدى الشركة محفظة تأجير تمويلي، فتُقَوَّم ثم تُجعل على شكل صكوكِ قابلة للتداول، وتُباع على حملة الصكوك.

<sup>(</sup>۱) التصكيك: تحويل الأصول إلى صكوك قابلة للتداول، والصكوك في الاصطلاح المالي: أوراق مالية متساوية القيمة تمثل حصصًا شائعة في ملكية أعيان أو منافع أو خدمات، أو في موجودات مشروع معين أو نشاط استثماري خاص. المعايير الشرعية: معيار صكوك الاستثمار، ص ٤٦٧.

٢ – وقد يكون بإصدار صكوكٍ لأَجْل تمويل تملَّك أعيانٍ معيَّنة أو موصوفة في الذِّمَّة، كأن تحتاج شركة للتمويل النقدي لأجل بناء مشروع استثماري، فتصدر صكوكًا بقيمة تُعادل تكلفة المشروع، ويكتتب المستثمرون في تلك الصكوكِ بحيث تُستخدم أموال الاكتتاب في شراء تلك الأعيانِ، أو بنائها، ثم يؤجرها حملة الصكوك – وهم مُلَّاك تلك الأعيانِ – للشركة المصدرة إجارة منتهية بالتمليك، وتكون الصكوك قابلةً للتداول في الأسواق المالية.

وقد سَمَحَ مشروع ُنظام الإيجار التمويلي لشركات التمويل بإصدار صكوكٍ مقابلَ الأصول المؤجَّرة، المؤجَّرة؛ ففي المادة العاشرة ما نصُّه: (يجوز إصدارُ صكوكٍ قابلة للتداول مقابلَ الأصول المؤجَّرة، وفقًا للَّوائح والقواعد التي تُصدِرُها هيئة السوق المالية)(١).

وبيع مَحافظ التأجير التمويلي وتصكيكها، جائزانِ من حيث الأصلُ؛ لأنَّ المعقود عليه هو الأعيان المؤجَّرة وليس الدفعات الإيجارية؛ ولذا ينتقل ضمان تلك الأعيانِ إلى المشتري في بيع المحافظ، وإلى حملة الصكوك في التصكيك، وهذا ما يُميِّز التمويل بالإجارة عن التمويل بالمرابحة؛ إذ إن محافظ التمويل بالمرابحة لا يجوز بيعُها؛ لأنه مِن بيع الدين، بخلاف بيع محافظ التأجير التمويلي وتصكيكها؛ فهو من بيع الأعيان.

والإشكال في بيع محافظ التأجير التمويلي، وفي تداول صكوكها، يظهر فيما إذا اشتملت موجودات تلك المحافظ أو الصكوك على نقدٍ أو دينٍ إضافةً إلى الأعيان المؤجَّرة، وقد يكون ذلك في حالاتٍ متعدِّدة، من أبرزها:

- كانت الأعيان المؤجّرة موصوفة في الذّمّة؛ كأن تكون تحت الإنشاء، أو قيد التصنيع أو التوريد، فيكون تداولُها من تداول الديون.
- إذا ضُمَّ إلى الأعيان المؤجَّرةِ أصولٌ أخرى تمثل ديونًا، كأن يُستثمر جزءٌ من أموال الصكوك في عقود مرابحة، ومن ذلك أن تُستثمر الدفعات الإيجارية المستحَقَّة لحملة الصكوك في مرابحاتٍ قبل توزيعِها على حملة الصكوك.

وقد أخذ المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية في مثل هذه الحال بمبدأ التبعيَّة، فإذا كان نشاط الشركة في غير النقودِ والديون فيجوز البيع، باعتبار الديون والنقود تابعةً للنشاط، على ألَّا تَقِلَ نسبةُ الأعيان عن ٣٠٪ من قيمة الموجودات(٢)، بينما يرى مجمع الفقه الإسلامي الدولي الأخذَ بمبدأ الغلبة؛ أي أنَّ الحكم للأغلب، فإن كانت الأعيان

<sup>(</sup>١) مشروع نظام الإيجار التمويلي م ١٠.

<sup>(</sup>٢) المعايير الشرعية: معيار الأوراق المالية (الأسهم والسندات)، فقرة ٣/ ١٩، ص٥٧٣.

هي الغالبة، فيجوز البيع دون مراعاة أحكام الصرف وبيع الدين، وإلَّا فلا(١).

والذي يترجَّح للباحث: أن يفرق بين نوعين من المحافظ والصكوك:

النوع الأول: محافظ تمويل أو صكوك تأجير يتم فيها تقليب المال بشراء أعيان أو بنائها شم تأجيرها، وما يتحصَّل من سيولةٍ يُقلَب في أوعية استثمارية متنوَّعة، فهذه يجوز تداولُها، بعد البدء في النشاط، بصرف النظر عن نسبة الأعيان إلى النقود والديون إعمالًا لقاعدة التبعيَّة؛ لأنَّ موجودات المحفظة تابعةٌ للنَّشاط الذي هو في تملُّكِ الأعيان وتأجيرها؛ والأصل في ذلك ما روى ابنُ عمر رَضَيَّكَ عَنْمًا، أنَّ النبي صَلَّالتَهُ عَلَيْهِ وَسَلَمٌ قال: «مَنْ بَاعَ عَبْدًا لَهُ مَالُ، فَمَالُهُ لِلَّذِي بَاعَهُ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهُ الْمُبْتَاعُ» (٢). فهذا الحديثُ أصلٌ في قاعدة التبعيَّة في المعاملات.

ووجه الدلالة منه: أنَّ الحديث دَلَّ على أنَّ المبيع إذا اشتمل على نَقْدِ واشتُري بنقد، ولم يكن النقد المخلوط مقصودًا، فلا يُلتفت إليه، بمعنى أنه لا يجري على الصفقة حكمُ الصرف، حتى ولو كانت قيمة النقد المخلوطِ أكثرَ من قيمة الخِلط الذي معه؛ قال ابن قدامة رَحِمَهُ اللَّهُ: (الحديثُ دلَّ على جواز بيع العبد بماله، إذا كان قَصْدُ المشتري للعبد لا للمال... فيجوز البيعُ، سواءٌ كان المال معلومًا أو مجهولًا، من جنس الثمن أو من غيره، عينًا كان أو دينًا، وسواءٌ كان مثلَ الثمن، أو أقلَّ أو أكثر) (٣).

ومن المعلوم: أنَّ العبد لا يملك، وأنَّ المال الذي بيده مآلُه للمشتري، ومع ذلك جاز البيع مطلقًا بدون تَقابُضٍ ولا تماثُلٍ حتى مع اتفاق النَّقدَين (المال الذي معه، والثمن الذي يُشترى به العبد)، وحتى لو كان المال الذي مع العبد أكثرَ من قيمة العبدِ نفسِه.

و لا يُشكِل على هذا الحديثِ ما روى فَضَالَةُ بن عُبيد رَضَّالِلَهُ عَنْهُ قال: أُتي النبي صَالَاللَهُ عَلَيْهِ وَسَلَمُ يومَ خيبرَ بقلادة فيها ذهبٌ وخَرَز، وهي من المغانم تُباع، فأمرَ بالذهب الذي في القلادة فتُرُع وحده، ثم قال لهم: «الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ وَزْنًا بِوَزْنٍ» (٤). فإنَّ الذهب الذي في القلادة مقصودٌ للمشتري بخلاف المالِ الذي مع العبد.

وهذا أحسن ما قيل في الجمع بين الحديثين.

النوع الثاني: محافظ أو صكوك ليس فيها تقليبٌ للمال، وإنما تمثّل موجوداتها أعيانًا مؤجَّرةً يحصل منها دفعات إجارة من دون تقليبٍ للمال، فيشترط في هذا النوعِ ألَّا تَقِلَّ نسبةُ الأعيان عن ٣٣٪ من إجمالي الموجودات؛ أخذًا بمبدأ القِلَّة والكثرة، والله أعلم.

<sup>(</sup>١) مجلة المجمع، الدورة الرابعة ٣/ ٢١٦٣.

<sup>(</sup>٢) البخاري (٢٣٧٩)، ومسلم (١٥٤٣).

<sup>(</sup>٣) المغني ٦/ ٢٥٨.

<sup>(</sup>٤) مسلم (۱۵۸۸).



# المبحث النجامية

## انتهاء عقد التأجير التمويلي

ينتهي عقد التأجير التمويلي بأحد الأمور الآتية:

١ - انتهاء مدَّة الإجارة.

٧- الإنهاء الاختياري للعقد.

٣- الإنهاء الإجباري.

وفيما يلي بيان أحكامها:

#### المطلب الأول: انتهاء مدة عقد التأجير.

وهـذا هـو الأصل في انتهاء العقـد؛ بأن يمضي العاقدانِ فيـه إلى نهايـة مدَّتِه، وثمـة أربعة احتمالات في نهاية المدة:

الأول: انتقال مِلكيَّة العين المؤجَّرة للمستأجر عند ممارسته حقَّه في التملك؛ وذلك بإحدى الصور السابقة من صُور التملُّكِ، وهي الوعد بالبيع، أو الوعد بالهبة، أو الهبة المعلقة.

والثاني: بقاء العين المؤجَّرة في مِلك المؤجِّر، ويرد هذا الاحتمال فيما إذا كان التمليك بعوض، فقد لا يرغب المستأجر في دَفْع دفعةِ التملُّكِ؛ اكتفاءً بانتفاعه بالعين طيلةَ فترة الإجارة.

ويفضل هذا الخيارَ العديدُ من الشركات التي لا ترغب في تضخيم أصولها الرأسمالية، أو في تحمل نفقات الصيانة، فتعتمد في تشغيل أعمالها على استئجار الأصول بدلًا من تملُّكِها(١٠).

والثالث: تجديد العقدِ لفتراتِ لاحقة؛ سواءٌ حصل التجديدُ قبل انتهاء المدَّةِ الأصلية أم تلقائيًّا، بوَضع نصًّ في العقد بالتجديد عند دخول فترةٍ جديدة إذا لم يتمَّ الإشعارُ برغبةِ أحدِ الطَّرَفَين في عدم التجديد.

والرابع: انتهاء العمر الافتراضي للعين المؤجّرة، بحيث لا يُصبح لها قيمةٌ اقتصادية.

#### المطلب الثاني: الإنهاء الاختياري.

وذلك بأن يتَّفق العاقدانِ على فَسْخ عقد الإجارة باختيارهما قبل انقضاء مُدَّتِه، والفسخُ هنا

<sup>(</sup>١) ينظر على سبيل المثال: عقود التأجير التمويلي بين شركة أعيان للإجارة وشركة بترورابغ.

يُعَدُّ من الإقالة، والإقالة: رفعُ العقدِ وإلغاء حُكمِه وآثاره بتراضي العاقدين(١)؛ وهي مشروعة باتفاق الفقهاء(٢).

#### والاحتمالات الواردة بعد الإقالة ثلاثة:

الاحتمال الأول: تملُّكُ المستأجِر للعين المؤجَّرة، وهو ما يسمَّى بالإنهاء المبكِّر، وهذا هو الاحتمال الأغلب في حالات الإنهاء الاختياري؛ وبيعُ العين المؤجَّرة قبل انقضاء مدَّةِ الإجارة على المستأجِر، جائزٌ كما نصَّ على ذلك أهل العلم؛ ووقع بينهم خلافٌ يسير، هل ينفسخ عقدُ الإجارةِ فيما تبقَّى من المدة بالبيع أم لا(٣)؟

والأرجع: أنه ينفسخ؛ لأنَّ المستأجر مَلَكَ الرقبة والمنفعة من حين البيع.

وللطَّرَفَين أن يتَّفِقا عند الإنهاء المبكِّر على المبلغ الواجبِ دفعُه من قِبل المستأجر لأجل التملُّكِ، سواءٌ أكان بمقدار ما بَقِيَ من دفعات الإجارة، أو أقلَّ أو أكثر (٤).

وإذا كان هناك اتفاق في عقد الإجارة على الآلية التي يتم بها احتسابُ مبلغ التملُّكِ في حال الإنهاء المبكِّر؛ فذهب البعضُ إلى المنع من ذلك، قياسًا على المنع من الاتفاق على الخصم من الدين مقابلَ التَّعجيلِ، وأنَّ من قال بجواز (ضَعْ وتعجَّل) من الفقهاء، إنما أجازها إذا كانت على سبيل الصُّلح بالتراضي عند التعجيل، أمَّا أن تكون مشروطة فلم يجوِّزْها أيُّ منهم (٥٠).

والأظهر في هذه المسألة -أي الاتفاق على آليَّة احتسابِ مبلغِ التملُّك في حال الإنهاء المبكِّر لعقد التأجير التمويلي - هو الجواز؛ عملًا بالقاعدة الشرعية: (الأصل في الشروط هو الصحة واللزوم)، وأمَّا قياسُها على الاتفاق على خصم الدين، فهو قياسٌ مع الفارق؛ فإنَّ الأُجرة ليست دينًا مستقرًّا، فهي إنما تستقرُّ في الذِّمَّة باستيفاء المنفعة المقابلة لها، فإذا انفسخ عقدُ الإجارة في بعض المدَّة، في يستقر المجرة بما يقابل المدَّة المتبقيِّة، بخلاف الديون المستقرَّة في الذِّمَّة فهي تستقر كاملةً في الذِّمَّة؛ لأن عوضها -وهو السلعة - انتقلت مِلكِيَّتُهُ بالكامل للمشتري من حين العقد.

الاحتمال الثاني: تجديد العقد مرَّة أخرى بصفة أخرى، كأن يتَّفِقا على زيادةِ مدَّةِ الإجارة، أو تعديل الأجرة ونحو ذلك، ويجوز للطَّرَفَين بعد فسخ الإجارة ثم التعاقد مرَّة أخرى تعديلُ أجرةِ الفترات القادمةِ التي لم تُستَوفَ منفعتُها، ولو ترتب على ذلك زيادةٌ في الأجرة على ألَّا يُتَّخَذَ ذلك

<sup>(</sup>١) ينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية ٥/ ٣٢٤، المدخل الفقهي العام ١/ ٥٦١.

<sup>(</sup>٢) الاختيار لتعليل المختار ٢/ ١١، شرح الخرشي ٥/ ٣٦٩، مغني المحتاج ٢/ ٨٩، الروض المربع، ص١٨٩.

<sup>(</sup>٣) مغني المحتاج ٢/ ٤٨٧، المغني ٨/ ٤٩.

<sup>(</sup>٤) فتاوى الإجارة، ص٩٣.

<sup>(</sup>٥) ندوة خطة الاستثمار في البنوك الإسلامية، ص٣٥٨.

حيلةً للزيادة في أُجرة الفترات السابقة(١١).

والاحتمال الثالث: أن تبقى العين المؤجَّرة في ملك المؤجِّر، ويعفى المستأجر من سداد أُجرةِ الفترات اللَّاحقة، وتكون منفعةُ العين للفترات القادمة للمؤجر.

ولو اصطلح العاقدانِ على تعويضٍ مالي يدفعه أحدُهما مقابلَ قَبولِ الآخَر للفسخ، فالأظهرُ جواز ذلك؛ قياسًا على صحة الإقالة في البيع بأكثرَ من الثمن الأولِ أو بأقلَّ منه، وهو وجه في مذهب الحنابلة(٢).

#### المطلب الثالث: الإنهاء الإجباري.

ويكون ذلك بأحد أمرَيْن:

١ - هلاك العين المؤجّرة.

٢- إخلال أحدِ العاقدين بالعقد.

وفيما يلي بيان أحكامهما:

### الفرع الأول: هلاك العين المؤجَّرة.

لا يخلو هلاك العين المؤجّرة من أحد احتمالين:

الاحتمال الأول: أن يكون بفِعل المستأجِر، إمَّا لسُوءِ استعمالِ، أو لإهمال في حفظ العين، أو لتقصيره في إبلاغ المؤجِّر عن شيءٍ لحق بالعين مما يتطلَّب المبادرة إلى الإصلاح والمعالجة، ففي جميع هذه الحالات يتحمَّل المستأجِر المسؤولية عن الهلاك الذي يلحق بالعين؛ عملًا بقاعدة الضمان في الشريعة؛ فإذا كان الهلاك كليًّا فيضمن قيمة الأصل عند الهلاك، وإن كان جزئيًّا فيضمن قيمة ذلك الهلاك، باستثناء ما يُغطِّيه التأمين إن وُجد (٣).

والاحتمال الثاني: أن يكون بغير فِعلِ المستأجِر، فيختلف الحكم فيما إذا كان الهلاك كليًا أم جزئيًا، وذلك على النحو الآتي:

الحال الأولى: الهلاك الكلى.

وذلك مثل تهدُّمِ الدار، وتلف السيارة، أو سرقتها، ويلحق به أيضًا تعذُّر استيفاءِ المنفعة؛ لأسباب نظاميَّة، أو كونية، أو لغير ذلك.

<sup>(</sup>١) المعايير الشرعية: معيار الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك.

<sup>(</sup>٢) المغني ٦/ ٩٧.

<sup>(</sup>٣) مشروع نظام الإيجار التمويلي م ٩، المعايير الشرعية: معيار الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك.

ففي حال الهلاك الكلي، يختلف الحكم فيما إذا كانت الإجارة لمعيَّن، أو لموصوف في الذِّمَّة، وذلك على النحو الآتي:

أولًا: إجارة المعيَّن.

إن كانت الإجارة لمعيَّن، فينفسخ العقد، ولا يجوز أن يشترط على المستأجر أداء بقيَّة الدفعات، ويجب الرجوع في هذه الحال إلى أُجرةِ المثل، وهي الأجرة التي تعادل أجرة تلك العين فيما لو كانت الإجارة تشغيليَّة وليست منتهية بالتمليك؛ وذلك لدَفْعِ الضَّرَرِ عن المستأجر الذي رَضِيَ بزيادة الأجرة عن أُجرةِ المثل في مقابلة الوعد له بالتمليك في نهاية مدَّةِ الإجارة، وعلى هذا يُردُّ إلى المستأجر الفرقُ بين أجرة المثل والأجرة المدفوعة عن الفترة الماضية قبل وقوع الهلاك إن كانت أكثر من أجرة المثل.

واحتمال زيادةِ الأجرة المدفوعة عن أجرة المثل، يرد فيما لو كان هناك دفعة مقدمة في العقد، ووقع الهلاك في أول العقد، فمن المحتمل جدًّا أن تكون الأجرة المدفوعة أكثر من أجرة المثل لتلك العين.

والرجوع إلى أجرة المثل إذا لم يكن الهلاك بسبب المستأجر، هو مقتضى العدل، ويدل عليه أمر الشارع بوضع الجوائح في الثمار؛ ذلك أنَّ الثمار تُقبَض شيئًا فشيئًا، فإذا هلكت بغير فعل المشتري، كآفة سماوية، فيرجع بثمن ما هلك منها على البائع، وكذلك الإجارة فإن المنفعة تقبض شيئًا فشيئًا، ويتعذَّر فيها التسليمُ التام في الحال، فإذا وقع هلاك فيرجع إلى أجرة المثل، وفي هذا يقول ابن القيم رَحمَةُ اللّهُ: (وضع الجوائح كما هو موافِقٌ للسنة الصحيحة الصريحة، فهو مقتضى القياس الصحيح؛ فإنَّ المشتريَ لم يتسلم الثمرة ولم يقبضها القبض التامَّ الذي يوجب نقلَ الضمان إليه؛ فإنَّ قبضَ كلِّ شيء بحسبه، وقبض الثمار إنما يكون عند كمال إدراكها شيئًا فهو كقبض المنافع في الإجارة، وتسليم الشجرة إليه كتسليم العين المؤجَّرة من الأرض والعقار والحيوان، وعُلق البائع لم تنقطع عن المبيع، فإنَّ له سقي الأصل وتعاهد، كما لم تنقطع عن المبيع، فإنَّ له سقي الأصل وتعاهد، كما لم تنقطع عن المستأجر التسليم التام، فإذا جاء أمرٌ غالبٌ اجتاح الثمرة من غير تفريطٍ من المشتري لم يصلً للبائع إلزامُه التسليم التام، فإذا جاء أمرٌ غالبٌ اجتاح الثمرة من غير تفريطٍ من المشتري لم يحلً للبائع إلزامُه المعتاد في وقته ثم أخَّره لتفريطٍ منه، أو لانتظار غلاء السعر، كان التلف من ضمانه، ولم توضع عنه الجائحة)(۱).

<sup>(</sup>١) إعلام الموقعين ٢/ ٢٥٧.

التأجير التمويلي ------

ثانيًا: إجارة الموصوف في الذمة.

إذا وقع الهلاك الكُلِّي وعقد الإجارة لموصوف في الذِّمَّة، فلا ينفسخ العقدُ بذلك؛ لأنَّ محلَّ العقدِ ليس هو العين الهالكة بذاتها، وإنما أيُّ عينٍ تنطبقُ عليها المواصفات، وعلى هذا يُلزم المؤجِّر بتقديم أصلٍ بديل بمثل مواصفات الأصل الذي هلك، ويستمر عقد الإجارة لباقي المدَّةِ إلَّا إذا تعذَّرَ البديل فينفسخ العقد، وكذا إذا اتَّفق الطرفان على الفسخ فينفسخ العقد.

وفي حال وجود تعويض من شركة التأمين، سواءٌ في إجارة المعيَّن، أو الموصوف في الذِّمَّة، فهذا التعويض مستحَقُّ للمؤجِّر؛ لأنَّ العينَ مِلكُه، وجَرَتِ العادة لدى بعض شركات التأجير التمويلي بأن تأخذ من مبلغ التعويض التأميني ما يعادل تكلفتها لتملك الأصل، وما زاد على ذلك تردُّه إلى المستأجِر لجَبْر ما لَحِقَه من ضررِ بسبب فواتِ العين التي كان ينوي تملُّكها، وهذا الإجراء وإن لم يكن لازمًا عقديًّا لشركة التمويل، إلَّا أنَّ الذي يظهر أنه أقربُ إلى تحقيق العدلِ في تحمُّلِ الضَّرَرِ الواقع، والله أعلم.

الحال الثانية: الهلاك الجزئي.

وذلك مثل تسرُّبِ المياه في الدار، وتعطل السيارة، ونحو ذلك، فهنا ينظر:

أ- إن كانت الإجارةُ لمعيَّن، وكان الهلاك مخلًّا بالمنفعة، فلا يستحِقُّ المؤجِّر أُجرةً عن مُدَّةِ التوقُّفِ عن الانتفاع إلَّا إذا عوَّضها بالاتفاق مع المستأجِر بمثلها عقبَ انتهاءِ المدَّةِ المبيَّنةِ في العقد، وإن طالت مُدَّةُ التوقُّفِ بما يؤدِّي إلى الإضرار بالمستأجِر، فله حتُّ الفَسخ.

ب- وإن كانت الإجارة لموصوفٍ في الذَّمَّة، فيجب على المؤجِّر تقديمُ بديلٍ عن الأصل الذي تعطلت منفعتُه، وتستمر الإجارة لباقي المدَّقِ؛ إلَّا إذا تعذَّرَ البديل(١٠).

وقد بيّنت المادة ٢٢/ ٢ من مشروع نظام الإيجار التمويلي أثرَ الهلاكِ الجزئي على عقد التأجير التمويلي، ونصُّها: (إذا كان هلاكُ الأصلِ المؤجَّر هلاكًا جزئيًّا مخلًّا بالمنفعة، ولم يَقُمِ المؤجِّرُ خلال ميعادِ مناسب بإعادة الأصل المؤجَّر إلى الحال التي كان عليها، أو إبداله بأصل مماثِل يقبله المستأجر؛ جاز للمستأجر فسخُ العقدِ أو الاتفاق مع المؤجِّر على استمرار العقدِ وتعديل الأُجرةِ بما يتناسب مع حال الهلاك الجزئي للأصل، وفي حال استمرار العقدِ على حاله؛ فلا أُجرةَ على المدَّةِ التي استغرقت للإصلاح ما لم يعوضه المؤجِّر خلال هذه المدَّةِ بأصلِ آخَرَ لا يَقِلُ عن الأصل المؤجَّر) (٢).

<sup>(</sup>١) المعايير الشرعية: معيار الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك.

<sup>(</sup>٢) مشروع نظام الإيجار التمويلي م ٢٢/ ١.

## الفرع الثاني: إخلال أحدِ العاقدَين بشروط العقد.

فإذا أخلَّ أحدُ العاقدَين بشروطِ العقد فيحقُّ للطَّرَف الآخَر الفسخُ، كأن يمتنع المستأجر عن دَفْعِ الأُجرة، أو يمتنع المؤجِّر عن القيام بالصيانة الأساسية اللَّازمةِ عليه، وإذا مارَسَ الطَّرَفُ المتضرِّرُ حقَّه في فَسْخِ العقدِ فتكون الأُجرة الواجبة هي الأجرة المحدَّدة في العقد، وتُحتَسَب إلى تاريخ الفسخ، ولا يرجع إلى أُجرةِ المثل في هذه الحال سواءٌ أكان الفسخ من قِبل المؤجِّر لإخلال المستأجِر أم من قِبل المستأجر لإخلال المؤجر.

وفي حال قيام المؤجِّر بفسخ العقد لإخلال المستأجر، كما لو توقَّف عن دفع الأجرة فيحق له -أي المؤجر- استعادة العين المؤجَّرة؛ لأنها مِلكُه، ولا يجوز له مطالبةُ المستأجر بأي دفعات عن الفترة التي تَلِي استعادته للأصل؛ إذ لا يجوز له أن يجمع بين العوضين، ويجب ألَّا يستعمل المؤجِّر هذا الحقَّ إلَّا بعد مُضِيِّ فترةٍ تُعَدُّ كافيةً للتحقُّق من استمرار المستأجر في الامتناع عن دفع الأجرة وينبغي ألَّا تَقِلَّ عن ثلاثة أشهر، وأن يستنفد المؤجِّر جميع الإجراءات القانونية المعتادة قبل ممارسة هذا الحقِّ.

وقد نَصَّ مشروع النظام على أن تحدد اللَّائحة التنفيذيَّة آليةَ تنفيذ ذلك بما يحقِّق العدالة للطَّرَفَين؛ لما يترتب على سُوءِ تنفيذِ هذا الحقِّ من أضرارِ بالغة (١).

مسألة: لا ينتهي عقدُ الإجارةِ بوفاة أحدِ العاقدين على الصحيح من أقوال أهلِ العلم، ويُستثنى من ذلك وفاةُ المستأجر إذا لم يخلف في تركته ما يَفِي بالأُجرة المستحَقَّة بالعقد.

0,00,00,0

<sup>(</sup>١) مشروع نظام الإيجار التمويلي م ٢١.

# المبحث اليّا *ديب* رُ

# الصياغة النظاميَّة لعَقدِ التأجير التمويلي وأبرز مصطلحاته

من الأهمية بمكان، تحريرُ عقدِ التأجير التمويلي وصياغتُه بصورةٍ مُحكَمة تغطّي جميعَ الثّغراتِ التي يمكن أن ينشأ منها نزاعٌ بين الطرفين.

وفيما يلي إشارةٌ موجَزة لأهمِّ العناصر التي يجب أن يَحوِيَها عقدُ التأجيرِ التمويلي، ليكون مكتملًا من الناحيتين الشرعية والنظامية، وليكون مستوفيًا لجميع الاحتمالات التي قد تطرأ على العقد.

## المطلب الأول: مكوِّنات العقد والوثائق الملحَقةِ به.

عقد التأجير التمويلي يُعَدُّ من العقود المركَّبةِ، فهو يتألَّف من جُملةٍ من العقود قد يتطلَّبُها كلَّها أو بعضَها، وهي:

١ - الوعد بالاستئجار: ويكون الوعدُ في نموذج خاصٌّ به، يبين فيه مواصفات العين الموعودِ باستئجارها، والآثار المترتبة على الوعد وَفْقَ ما سبق بيانُه من أحكام في مرحلة الوعد.

٢- عقد الإجارة: وينبغي أن يحدد نوع الإجارة إن كانت لمعيَّن، أو لموصوفٍ في الذمة؛ إذ تختلف أحكام كلِّ منهما عن الآخر، وأن يبين في هذا العقد كيفية تمليك العين للمستأجر من خلال الوعد بالبيع، أو الوعد بالهبة، أو تعليقها.

٣- عقد توكيل المستأجر بأعمال الصيانة الأساسية: وفي هذا العقد يبين التصرُّ فاتِ التي يحقُّ للمستأجر القيامُ بها لصيانة العينِ المؤجَّرة، وآلية تعويضِ المؤجِّر للمستأجر عن تلك الأعمال.

٤ - عقد توكيل المستأجر بالتأمين.

٥- عقد المقاولة، وهو بين المؤجِّر والمقاوِل، وذلك في إجارة الموصوفِ في الذُّمَّة.

٦ - عقد توكيل المستأجِر بالإشراف على أعمال المقاولة، وذلك في الإجارة الموصوفةِ في الذِّمة.

## المطلب الثاني: بنود العقد.

من أهم البنود التي يجب أن يشتمل عليها عقدُ التأجير التمويلي، ما يأتي:

١ - التعريف بالمصطلحات في العقد؛ لدفع أيِّ لَبْسِ في فَهم هذه المصطلحات، ويكون

التعريف بها عادةً في مقدِّمته، ويجب التأكُّدُ من أنَّ هذه المصطلحاتِ متوافقةً لفظًا ومعنَى مع الأنظمة الحاكمةِ للعقد؛ لدَرْءِ الاختلافِ بين ما هو مدوَّن في العقد، وما يلزم به النظام.

٢- الإشارة في مقدمة العقدِ إلى توافر شروطِ الأهليَّةِ الشرعيَّة والنظاميَّة في العاقدين،
 وتحقُّق الرِّضا منهما.

٣- وصف العين المؤجَّرةِ وصفًا منضبطًا، ببيان موقعِها إن كانت عقارًا، وحدودها، وصفاتها ونوعها و (موديلها) وكلِّ ما يؤثر في قيمتها، ومن الممكن أن يكون الوصف في صُلب العقدِ أو في وثيقةٍ مُلحَقةٍ بالعقد، ويتمُّ الإشارةُ إليها في صُلبِ العقد.

٤ - بيان الأُجرة الإجماليَّة الواجبِ دفعُها، ومقادير الدفعات الإيجارية تفصيلًا، ومواعيدها، وتحديد ما إذا كانت الأُجرة ثابتةً أو متغيِّرة، وفي حال الأُجرة المتغيرة، يبين العنصر الثابت في الأُجرة والعنصر المتغير، والحد الأعلى والأدنى للتغير.

٥- تفصيل حقوق المؤجِّر، والالتزامات الواجبة عليه في العقد.

٦- تفصيل حقوق المستأجِر والالتزامات الواجبة عليه في العقد.

٧- بيان الضمانات التي يشترطها المؤجِّر على المستأجر لتحصيل الدفعات الإيجارية؛ من رهن، أو كفيل، أو مستحقَّات تأمينِ أو غيرها، وآليَّة التنفيذ على تلك الضمانات.

٨- ضبط حالات الإخلال، ومعالجتها، وبيان ما يترتب عليها من آثار.

9 - أحكام الصيانة الأساسيَّة والتشغيليَّة، ببيان ما يشمله كلُّ منهما؛ وذلك إمَّا بوضع جدولٍ تفصيلي فيما يدخل تحت كلِّ نوع، كما تفعله بعضُ الشركات ويراعى أن تكون متوافقةً مع ما هو سائدٌ في العُرف، أو بوضع ضوابطَ عامَّةٍ من دون تفصيل، ويبين في العقد مسؤوليات الصيانة الأساسيَّة والتشغيلية والآثار المترتبة عليها.

١٠ - أحكام الهلاك الكُلِّي والجزئي، بما في ذلك الحد الأقصى لفترةِ التوقُّفِ في حال الهلاك الجزئي قبل أن يكون للمستأجِر حقُّ الفسخ.

١١- حالات الإنهاء المبكر الاختياري للعقد، وما يترتب عليها.

١٢ - انتهاء عقد الإجارة.

١٣ - خيارات تملُّك المستأجِر في نهاية المدَّةِ.

١٤ - الفصل في المنازعات والاختصاص القضائي والتشريع الحاكم للعقد، وتُعَدُّ المحاكم الشرعية بالمملكة هي جهة الاختصاص القضائي للفصل في منازعات التأجير التمويلي، وفقًا لما جاء في مشروع نظام الإيجار التمويلي(١).

<sup>(</sup>١) مشروع النظام م ٢٤.

التأجير التمويلي -----

#### المطلب الثالث: أبرز المصطلحات.

حيث إنَّ عقود التأجير التمويلي لدى بعض الشركات قد تصل إلى عشرات الصفحات، وأحيانًا في العقود الكبيرة قد تصل إلى مئات الصفحات، فمن الضروري ضبطُ مصطلحاتِ العقد.

وفيما يلي قائمة بأبرز المصطلحات المستخدَمة في عقود التأجير التمويلي، وتفسيرها النظامي:

الأصل المؤجر: العين المؤجَّرة، والتعبير الدارج عند القانونِيِّين هو كلمة (أصل)، بينما عند الفقهاء (العين).

الصيانة الأساسية: الصيانة التي يتوقَّف عليها بقاء أصل العين بحسب العُرف.

الصيانة التشغيلية (الدورية): الصيانة التي تحتاج إليها العين لاستمرار منفعتِها بحسَب العُرفِ.

سعر التنفيذ: السعر الذي يتم به انتقال المِلكيَّة من المؤجِّر إلى المستأجِر، ولا يقلُّ غالبًا عن المتبقى من تكلفة الأصل المؤجَّر، بالإضافة إلى الأُجرةِ المستحَقَّة عن الفترة قبل التملُّك.

الدفعة الأُولى: الدفعة المسلَّمة في بداية عقدِ الإجارة.

الدفعة المعجَّلة: أي دفعة إيجارية سابقة لفترة الإيجار التي تقابلها.

الدفعة المقدَّمة: تستخدم في الإجارة الموصوفةِ في الذِّمَّة، وتَعني الدفعات قبل تسلُّم المستأجر للأصل المؤجَّر مكتملًا.

الدفعة الأخيرة (دفعة التملك): الدفعة التي يسلِّمُها المستأجر مقابلَ انتقالِ مِلكيَّةِ الأصل المؤجّر له.

الإخلال: عدم التزام العاقدِ ببنود العقد، وفي مثل عقود الإذعان هذه يفسَّر الإخلال بعدم التزام المستأجِر ببنود العقدِ.

الهلاك الكُلِّي: تَلَفُ الأصل المؤجَّر على وجهِ لا يمكن الانتفاعُ به، ولا إصلاحُه. الهلاك الجزئي: تلف الأصل المؤجَّر على وجهٍ يمكن معه إصلاحُه والانتفاع به. أجر المثل: أجر المثل للأصل في الإجارة التشغيلية.



# الخاتمة

وتشتمل على أبرز نتائج البحث؛ وأُوجِزُها في النقاط الآتية:

١ – عقد التأجير التمويلي: عقدٌ يقوم فيه المؤجِّر (الممول) بإيجار أصلِ رأسمالي على المستأجِر؛ بحيث يتملَّك المستأجِرُ منفعةَ الأصلِ طيلةَ مدَّةِ الإجارة مقابل دفعاتِ إيجارية دوريَّة، مع احتفاظِ المؤجِّر لملكية الأصل وحتى نهاية العقدِ، ويكون للمستأجِر حتَّ تملُّكِ الأصلِ عند نهاية مدَّةِ الإيجار –على أن تكون دفعات الإجارة قد غطَّت تكلفةَ الأصلِ وهامشَ ربح محدَّد.

٢- التوصيف الفقهي لعقد التأجير التمويلي، أنه عقدٌ مركَّب من عقد تأجيرٍ وعقد تمليك،
 ويختلف في حقيقتِه وأحكامه عن بيع التقسيطِ، وعن الإجارة التشغيلية.

٣- التمليك في عقد التأجير التمويلي إمَّا أن يكون بعوض ببيع معلَّق، أو بوعد بالبيع، أو بدون عوض؛ بهبة معلَّقة، أو بوعد بالهبة، والصور الثلاث الأخيرة جائزةٌ دون الأُولى.

٤- يجب الفصل زمانًا وأحكامًا بين عَقدَي الإجارة والتمليك.

٥- يجوز الوعد الملزِم لطَرَف واحدٍ، والمواعدة الملزِمة للطَّرَفين فيما يجوز التعاقدُ عليه في الحال، كما لو وقع الوعد أو المواعدة في وقت يملك فيه العاقِدُ العينَ، فإن كان الوعد في حالٍ يحرُم فيها التعاقد، فيُنظر:

أ- فإن كان الإلزام يترتب عليه إجبارُ الواعدِ على الدخول في العقد، فيحرم.

ب- وإن كان يترتب عليه أن يتحمَّل الضررَ الفِعلي، ولا يُجبَر على الدخول في العقدِ، فيجوز الوعدُ والمواعدة.

٦- الصيانة التشغيليَّة الناشئة عن استعمال المستأجِر يتحمَّلُها المستأجِر، والصيانة الوقائيَّة الدورية الأصلُ أن يتحمَّلُها المؤجِّر ويجوز تحميلُها على المستأجِر بالشرط.

٧- الصيانة الأساسية وضمان الهلاك، يتحمَّلُهما المؤجِّر ولا يجوز تحميلُهما على المستأجِر بالشرط.

٨- يجوز تحميل المستأجِرِ عِبْءَ إثباتِ عدمِ التّعدِّي أو التفريط، فإذا لم يثبت فيضمن الهلاك.

٩ - يجوز التأمينُ التعاوني ضدَّ هلاكِ العينِ المؤجَّرة، ومسؤوليَّة هذا التأمين على المؤجر،
 ويجوز تأمينُ الحياة على المستأجِر، ويجوز أن يتحمَّله المؤجِّر أو المستأجِر.

١٠ يجوز أن تكون الأُجرة متغيِّرةً إذا كانت مربوطةً بمؤشِّر ظاهرٍ منضبطٍ شريطة أن تكون أُجرة الفترة الأُولَى محدَّدةً عند العقد.

١١ - يجوز تعجيلُ الأُجرةِ وتأجيلُها وتقسيطها، وفي الأجرة المعجَّلة تكون تحت الحساب حتى التمكن من استيفاءِ المنفعة.

١٢ - يجوز الشرط الجزائي في عقد التأجير التمويلي إذا كان لا يترتب عليه زيادةٌ في الدين على المستأجر.

١٣ - يجوز اشتراط تعجيلِ بعضِ الدفعات المؤجَّلةِ عند الإخلال، على أن تكون بقَدْرٍ مناسب من غير إجحافِ بالمستأجر.

١٤ - يجوز تمديدُ عقدِ الإجارة، وتغيير أُجرةِ الفترات اللَّاحقةِ دون السابقة.

١٥ - تجوز إجارةُ العين لمن باعها إجارةً تمويليَّة إذا كان التمليكُ بالقيمة السوقية عند التمليك، أو بما يتَّفق عليه العاقدانِ عند التَّمليكِ، فإن كانت بقيمةٍ محدَّدةٍ في عقد التأجير، فيُشترط أن تتغير صفةُ العين أو قيمتُها بين عقد الإجارةِ وموعد التَّمليك.

١٦ - يجوز بيعُ مَحافظِ وصكوك التأجير التمويلي المشتملةِ على الأعيان والنقود والديون، إذا كانت ذاتَ نشاطٍ متجدِّدٍ بعد بدء النشاط، بصَرْفِ النظرِ عن نسبة الأعيان، وأمَّا المحافظ والصكوك التي ليس فيها تقليبٌ للمال، فيجب ألَّا تَقِلَّ نسبةُ الأعيانِ عن ٣٣٪ من إجمالي الموجودات.

١٧ - ينتهي عقد التأجير التمويلي بانتهاء مدَّةِ التأجير، أو بالإنهاء الاختياري بفسخ العقدِ قبل انتهاء المدَّةِ، أو بالإنهاء الجبري لهلاك العين، أو لإخلال أحدِ العاقدَين.

والحمد لله أولًا وآخرًا، وظاهرًا وباطنًا، وصلى الله وسلم على نبيِّنا محمد.



# الإجارة بأجرة متغيرة بتغير السوق

بحث مقدم إلى الأمانة العامة لهيئة كبار العلماء عام ١٤٣٨هـ / ٢٠١٧م





الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على نبيِّنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين. أما بعد:

فتعدُّ الإجارة بأجرة متغيرة أحد أكثر العقود انتشارًا في المؤسسات التمويلية، لا سيما في التمويلات طويلة الأجل، كالتمويل العقاري للأفراد، وتمويل المشروعات للشركات. وتهدف المؤسسات التمويلية منه إلى ربط الأجرة بالتغير في تكلفة التمويل في السوق بدلًا من تثبيت الأجرة لفترات طويلة مما قد يسبب غبنًا على أي من العاقدين في حال تغير السوق ارتفاعًا أو انخفاضًا عن الأجرة المسماة في العقد.

وقد تلقيت دعوة كريمة من الأمانة العامة لهيئة كبار العلماء بالكتابة حول هذا الموضوع، وهو مما يعدُّ من النوازل المعاصرة، فاستعنتُ بالله تعالى في الكتابة عن هذا العقد: تعريفه، وحكمه، وأقوال العلماء المعاصرين فيه، وبدائله، وذلك وفق المباحث الآتية:

المبحث الأول: التعريف بعقد الإجارة بأجرة متغيرة.

المبحث الثاني: شرط العلم بالأجرة في عقد الإجارة وضوابطه.

المبحث الثالث: الأقوال في حكم الإجارة بأجرة متغيرة بتغير السوق.

المبحث الرابع: الموازنة بين الأقوال وضوابط الإجارة المتغيرة.

المبحث الخامس: تطبيقات أخرى للإجارة بأجرة متغيرة.

الخاتمة.

أسأل الله أن يجنبنا الزلل، ويوفقنا لما يرضيه من القول والعمل.



# المبحث الأول

# التعريف بعقد الإجارة بأجرة متغيرة

الإجارة في اللغة: من الأجر، وهو العوض. ومنه سمي الثواب أجرًا. يقال: آجر إجارة، وأجَّر تأجيرًا(١).

والإجارة في الاصطلاح الفقهي: عقد على منفعة مباحة معلومة تؤخذ شيئًا فشيئًا (٢)، وقد تقع الإجارة على عين معينة أو موصوفة في الذمة، وتسمى إجارة الأعيان، أو على عمل وتسمى إجارة الأعمال (٢).

والإجارة بأجرة متغيرة هي عقد إجارة لعين أو على عمل، تحدد فيه أجرة الفترة الأولى بمبلغ معلوم للطرفين عند التعاقد، وأما أجرة الفترات اللاحقة فتكون مرتبطة بمؤشر معلوم متفق عليه بين العاقدين، ويعلم مقدار أجرة كل فترة في بدايتها.

والتغير في عقد الإجارة بأجرة متغيرة ليس في كامل الأجرة، وإنما في جزء منها، وهو ما يقابل المؤشر المتغير وهو عادة مؤشر تكلفة التمويل.

ولتوضيح ذلك: فإنَّ الأجرة في هذه العقود تكون عادة مكونة من ثلاثة عناصر:

العنصر الأول: الجزء الثابت، وهو يقابل تكلفة شراء العين المؤجرة.

والعنصر الثاني: المؤشر المتغير.

والعنصر الثالث: الهامش فوق المؤشر.

والتغير يكون عادة في العنصر الثاني دون العنصرين الأول والثالث.

فعلى سبيل المثال: لنفرض أن شركة تأجير عقاري اشترت عقارًا بمليون، وآجرته لعميلها بأجرة ٢٪ فوق المؤشر لمدة عشر سنوات.

ففي هذا المثال:

• المليون تقابل العنصر الأول، وهو الجزء الثابت.

<sup>(</sup>۱) معجم مقاييس اللغة ١/ ٢٢، لسان العرب ١/٥٨.

<sup>(</sup>٢) كشاف القناع ٣/ ٥٤٩.

<sup>(</sup>٣) ينظر: المبسوط ١٥/ ٧٤، حاشية الدسوقي ٤/ ٢، مغني المحتاج ٢/ ٤٢٧، شرح المنتهى ٢/ ٢٤١.

• و(٢٪) تقابل العنصر الثالث (الهامش فوق المؤشر).

وهـذان العنصران لا يتغيران طيلة مـدة الإجارة، بخـلاف العنصر الثاني وهو المؤشر فهو عرضة للارتفاع والانخفاض من فترة لأخرى إما سـنويًّا أو نصفَ سـنويًّ أو كل سنتين أو بحسب ما يتفق عليه العاقدان، والمدة التي يثبت فيها المؤشر تسمى فترة إيجارية.

فلو افترضنا في المثال السابق أن فترات الإجارة سنوية، وأن الجزء الثابت يتم إطفاؤه سنويًا بالقدر نفسه -أي مئة ألف سنويًا- وأن المؤشر في السنة الأولى يعادل ٣٪، وفي الثانية ٢٪، وفي الثالثة ٤٪، وهذا يعني أن مجموع الهامش مع المؤشر للسنة الأولى ٥٪ وللثانية ٤٪ وللثالثة ٦٪؛ وعلى هذا فتحسب الأجرة على النحو الآتى:

الأجرة السنوية = قسط السنة من الجزء الثابت + (مجموع الهامش مع المؤشر × المتبقي من الجزء الثابت).

أجرة السنة الأولى = ١٠٠ ألف + (٥٪ من مليون) = ١٥٠ ألف، ومقدار القسط الشهري: ١٢,٥٠٠.

وأجرة السنة الثانية = ١٠٠ ألف + (٤٪ من ٩٠٠ ألف) = ١٣٦ ألف، ومقدار القسط الشهري: ٣٣٣ , ١١.

وأجرة السنة الثالثة = ١٠٠ ألف + (٦٪ من ١٠٠ ألف) = ١٤٨ ألف، ومقدار القسط الشهرى: ١٢,٣٣٣.

#### المؤشر المتغير:

تربط الأجرة المتغيرة عادة بمؤشر تكلفة التمويل بين المصارف بالعملة ذاتها. ويقصد بتكلفة التمويل الفائدة التي يدفعها البنك عند اقتراضه من بنك آخر بتلك العملة، وفي البنوك الإسلامية تمثل تكلفة التمويل هامش الربح الذي يدفعه المصرف عند تمويله من مصرف آخر. ويختلف اسم المؤشر ومقداره من عملة لأخرى؛ فمؤشر تكلفة التمويل بين المصارف في المملكة العربية السعودية يسمى سايبور (SIBOR)، ومؤشر تكلفة التمويل بين البنوك في لندن بالدولار يسمى لايبور (LIBOR).

وقد اعتمدت مؤسسة النقد العربي السعودي مؤخرًا آلية محايدة لتحديد السايبور، بحيث يعرض كل بنك يوميًّا السعر الذي يناسبه للحصول على التمويل، وذلك على شبكة رويترز، ثم يؤخذ متوسط الأسعار، ويكون هو مؤشر السايبور.

وبه يتبين أنَّ المؤشر لا يتم تحديده أو الإلزام به من مؤسسة النقد أو غيرها من البنوك

المركزية، وإنما هو يعكس سعر السوق في مثل هذا النوع من العقود التمويلية بين المصارف سواء أكان العقد إجارة أم مرابحة أم قرضًا بفائدة أم غيرها. وهذا المؤشر يتأثر عادة بمؤثرات متعددة من أبرزها معدل التضخم -وهو معدل الهبوط في القوة الشرائية للعملة- ونسبة السيولة في البلد، ولذا تلجأ البنوك المركزية عادة إلى عدد من الإجراءات في سياستها النقدية لإدارة السيولة.

ومن أبرز تلك الإجراءات: تحديد معدل تكلفة التمويل بين البنك المركزي والبنوك التجارية، فالبنك المركزي يتمول من البنوك التجارية في حال وجود فائض سيولة لديها ويدفع فائدة أو هامش ربح بمعدل تكلفة تمويل متدنّ جدًّا يسمى (الريبو العكسي)، وفي المقابل فإن البنك المركزي يموِّل البنوك التجارية إذا احتاجت للسيولة بمعدل تكلفة تمويل عالي نسبيًّا يسمى (الريبو)، ومؤشر تكلفة التمويل بين المصارف التجارية الذي تربط به عادة عقود الإجارة التمويلية يتراوح بين الريبو والريبو العكسى (۱).

فعلى سبيل المثال: بلغ متوسط معدل الريبو العكسي في المملكة لعام ٢٠١٦م: ٢٥,٠٪ ومعدل الريبو ٢٪، ومؤشر السايبور بينهما في حدود: ١٪.

0,000,000,0

<sup>(</sup>١) تجربة المملكة العربية السعودية في مجال اتفاقيات إعادة الشراء (الريبو)، ص٢٠.



# المبحث الثَّاين

# شرط العلم بالأجرة في عقد الإجارة وضوابطه

المطلب الأول: شرط العلم بالعوض في عقود المعاوضة.

لا خلاف بين أهل العلم على أن من شروط صحة الإجارة العلم بالأجرة؛ لأنَّ الإجارة عقد معاوضة كالبيع.

قال الكاساني: (والأجرة في الإجارات معتبرة بالثمن في البياعات لأنَّ كل واحد من العقدين معاوضة المال بالمال؛ فما يصلح ثمنًا في البياعات يصلح أجرة في الإجارات، وما لا فلا وهو أن تكون الأجرة مالًا متقومًا معلومًا)(١).

وفي «حاشية الدسوقي»: (صحة الإجارة بعاقد... وأجر كالبيع، فيكون طاهرًا منتفعًا به مقدورًا على تسليمه معلومًا)(٢).

وفي «نهاية المحتاج»: (ويشترط لصحة الإجارة كون الأجرة معلومة جنسًا وقدرًا وصفة) (٣). وقال ابن قدامة: (يشترط في عوض الإجارة كونه معلومًا، ثم قال: لا نعلم خلافًا في ذلك؛ وذلك لأنه عوض في عقد معاوضة، فوجب أن يكون معلومًا كالثمن في البيع)(٤).

والأصل في ذلك: ما روى أبو هريرة رَضَيَالِتُهُ عَنهُ أَنَّ النبي صَلَّاللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نهى عن بيع الغرر)(٥).

ووجه الدلالة: أن العوض -سواء أكان ثمنًا في بيع أو أجرة في إجارة- إذا كان مجهولًا فهو من الغرر، فيدخل فيما نهى النبي صَالِّاللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عنه (٢).

<sup>(</sup>۱) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ٤/ ١٩٣، وينظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٦/ ٢٦٠، تبيين الحقائق ٤/٤، رد المحتار ٤/ ٥٢٩.

<sup>(</sup>٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/ ٣. وينظر: التاج والإكليل ٦/ ١٠٠، بلغة السالك ٣/ ٢٢.

<sup>(</sup>٣) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ٥/ ٢٦٦، أسنى المطالب ٢/ ١٤، تحفة المحتاج ٤/ ٢٥٠.

<sup>(</sup>٤) المغني ٥/ ٣٢٧. وينظر: الفروع ٤/ ٣٠، كشاف القناع ٣/ ١٧٠، غاية المنتهى ٣/ ٣٩ المحلى ٧/ ٣٤٦.

<sup>(</sup>٥) مسلم (١٥١٣).

<sup>(</sup>٦) العناية ٦/ ٢٦٠، المدونة ٢/ ١٦٧، المنتقى شرح الموطأ ٤/ ٢٤٦، الأم ٨/ ١٨٦، المجموع شرح المهذب ٩/ ٣٧٧، المغنى ٤/ ١٥.

قال النووي: (النهي عن بيع الغرر أصل من أصول كتاب البيوع، يدخل فيه مسائل كثيرة غير منحصرة كبيع المعدوم والمجهول وما لا يقدر على تسليمه وما لم يتم ملك البائع عليه وبيع السمك في الماء الكثير واللبن في الضرع والحمل في البطن)(۱).

ومن الأدلة على هذا الشرط: ما روى ابن عمر رَضَحَالِتُهُ عَنْهَا: (أَنَّ النبي صَلَّالِلَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نهى عن بيع حَبَل الحَبَلة)(٢).

ووجه الدلالة: أنه جاء في تفسير حَبَل الحَبَلة: أن أهل الجاهلية كانوا يبتاعون الجَزُور إلى حَبَل الحَبَلة، فنهاهم النبي صَالَّللهُ عَلَيْهِ وَسَالًم (٣٠).

فعلى هذا التفسير، يكون العقد مشتملًا على الغرر من جهة جهالة الأجل، فإذا نهي عن المعاوضة مع جهالة أجل العوض فلأن ينهى عن الجهالة في العوض نفسه من باب أولى (٤٠).

## المطلب الثاني: ضابط العلم بالعوض في عقود المعاوضة.

مع اتفاق أهل العلم على اشتراط العلم بالعوض في عقد المعاوضة إلا أنهم اختلفوا في ضابط ذلك. ولهم فيه قولان:

القول الأول: أن الشرط كونُ العوض معلوم المقدار -أي محددًا- عند العقد. وهذا ما عليه جمهور الفقهاء كما تدل عليه نصوصهم السابقة؛ لأنَّ العوض إذا لم يسم عند العقد فهو مجهول، فيدخل في نهي النبي صَلَّاللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن الغرر.

والقول الثاني: أن الشرط كونُ العوض معلوم المقدار عند العقد، أو أنه يتول إلى العلم على وجه لا يؤدي إلى المنازعة والاختلاف بين العاقدين.

فعلى هذا القول لا تلزم تسمية العوض في مجلس العقد، فيكفي أن يتفق العاقدان على طريقة منضبطة لتحديده. وهذا القول رواية في مذهب الإمام أحمد، اختارها شيخ الإسلام ابن تيمية، وتلميذه ابن القيم رَحَهُ هُمَاللَّهُ، وهو قولٌ لبعض الحنفية (٥).

قال في «بدائع الصنائع»: (ومنها -أي من شروط البيع- أن يكون المبيع معلومًا، وثمنه معلومًا، علمًا يمنع من المنازعة. فإن كان أحدهما مجهولًا جهالةً مفضيةً إلى المنازعة فسد البيع.

<sup>(</sup>١) شرح صحيح مسلم للنووي ١٥٦/١٠. وانظر: نيل الأوطار ١٥٦/١٠.

<sup>(</sup>٢) أخرجه البخاري (٢١٤٣)، ومسلم (١٥١٤). وحبَل الحَبَلة: وَلَدُ وَلَدِ الناقة. المصباح المنير، ص٦٦.

<sup>(</sup>٣) هذا التفسير أخرجه البخاري (٢٥٦)، وأخرجه مسلم أيضًا في الموضع السابق.

<sup>(</sup>٤) نيل الأوطار ١٠/ ٣٤.

<sup>(</sup>٥) مسائل الإمام أحمد لأبي داود، ص١٩٤، إعلام الموقعين ٤/٦، الفروع ٤/ ٣٠، الإنصاف ١١/ ١٣٢.

وإن كان مجهولًا جهالةً لا تفضي إلى المنازعة لا يفسد؛ لأن الجهالة إذا كانت مفضيةً إلى المنازعة كانت مانعة من التسليم والتسلم فلا يحصل مقصود البيع. وإذا لم تكن مفضيةً إلى المنازعة لا تمنع من ذلك؛ فيحصل المقصود)(١).

وفي «الأخبار العلمية»: (ولو باع ولم يسمِّ الثمن صح بثمن المثل، كالنكاح)("). والقول الثاني هو ما يترجح للباحث؛ لما يلي:

١ - أن النهي إنما ورد عن الغرر. والغرر هو البيع مجهول العاقبة (٣)، فإذا كان يتول إلى العلم فهو ليس مجهول العاقبة.

٢- أن المقصود من البيع حصول التسليم والتسلم، وهو يحصل ولو لم يسم العوض إذا
 كان يئول إلى العلم.

وقد يرد على هذا الترجيح أن كل عقود الغرر تئول إلى العلم مثل بيع الحصاة والملامسة.

والجواب: أن شرط الصحة كون العوض مما يتول إلى العلم على وجه لا يؤدي إلى المنازعة، ولا يتحقق ذلك إلا بتوافر الضوابط الآتية:

الأول: أن تكون الأداة التي يتوصل بها إلى العلم بالعوض منضبطة وذات صلة بالعقد، فخرج بذلك ما تكون الأداة التي يتوصل بها إلى تحديد العوض مبنية على المجازفة والحظ و لا علاقة لها بالعقد أصلًا، مثل بيع الحصاة ونحوه، فأى صلة بين قوة الرمى ومساحة الأرض؟!

والثاني: أن يكون تحديد العوض من غير العاقدين، كأن يحيلا على سعر السوق أو تسعيرة جهة معتبرة كالحكومة أو البنك المركزي مثلًا ونحو ذلك، فلا يصحُّ أن يتمَّ التعاقد وفق آلية يتحكم بها أحد العاقدين؛ لأن ذلك مظنة النزاع والتهمة.

والثالث: أن يكون الغرض من عدم تسمية الثمن عند العقد هو تحقيق غرض معتبر للعاقدين أو أحدهما لا يمكنهما تحقيقه إلا بذلك، أو لكونه مما يشق معرفته عند العقد، لا أن يكون لغرض المجازفة أو المقامرة على السعر.

0,60,60,6

<sup>(</sup>١) بدائع الصنائع ٥/١٥٦.

<sup>(</sup>٢) الأخبار العلمية، ص١٨٠.

<sup>(</sup>٣) القواعد النورانية، ص١٣٨.



# المبحث الثيّالثُ

# حكم الإجارة بأجرة متغيرة بتغير السوق

اختلف العلماء المعاصرون في حكم ربط الأجرة بمؤشر متغير، بحيث تتغير الأجرة ارتفاعًا وانخفاضًا بتغير المؤشر على قولين:

القول الأول: جواز الإجارة بأجرة متغيرة وفق مؤشر معلوم منضبط، على أن تحدد أجرة الفترة الأولى عند العقد، وتحدد أجرة الفترات اللاحقة في بداية كل فترة.

وإلى هـذا القول ذهب أكثر العلماء المعاصرين، وبه صدر قرار عدد من هيئات الاجتهاد الجماعي المعاصرة؛ ومنها:

- مجمع الفقه الإسلامي الدولي، ونص القرار: (يجوز في الإجارات الطويلة للأعيان تحديد مقدار الأجرة عن الفترة الأولى، والاتفاق في عقد الإجارة على ربط أجرة الفترات اللاحقة بمؤشر معين، شريطة أن تصير الأجرة معلومة المقدار عند بدء كل فترة)(١).
- المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي، ونص القرار: (يجوز عقد الإجارة بأجرة متغيرة مرتبطة بمؤشر منضبط معلوم للطرفين، يوضع له حد أعلى وأدنى، شريطة أن تكون أجرة الفترة الأولى محددة عند العقد، وأن تحدد أجرة كل فترة في بدايتها)(٢).
- المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، ففي معيار الإجارة: (يجوز أن تكون الأجرة بمبلغ ثابت أو متغير بحسب أي طريقة معلومة للطرفين.. وفي حالة الأجرة المتغيرة يجب أن تكون الأجرة للفترة الأولى محددة بمبلغ معلوم. ويجوز في الفترات التالية اعتماد مؤشر منضبط). (٣)
- معظم الهيئات الشرعية للمصارف الإسلامية؛ مثل الهيئة الشرعية لمصرف

<sup>(</sup>١) قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم ١١٥ (١٢-٩) بشأن موضوع التضخم وتغير العملة.

<sup>(</sup>٢) قرار المجمع الفقهي الإسلامي في دورته الثانية والعشرين بشأن البيع أو التأجير بالسعر المتغير.

<sup>(</sup>٣) المعايير الشرعية، معيار الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك، ص٢٤٨.

الراجحي(١)، والبلاد(٢)، والإنماء(٣)، وبيت التمويل الكويتي(١)، وغيرها.

القول الثاني: تحريم الإجارة بأجرة متغيرة، ولو كان المؤشر الذي تربط به الأجرة معلومًا.

وذهب إلى هذا القول بعض المعاصرين، منهم د. نزيه حماد (٥)، ود. سامي السويلم (٢).

الأدلة:

أدلة القول الأول:

الدليل الأول: الأصل الشرعي في العقود:

فقد ذهب عامة أهل العلم إلى أن الأصل في العقود هو الصحة والإباحة(١٠). وحكى بعضهم الإجماع على ذلك(١٠)؛ لأدلة متعددة في الكتاب والسنة؛ منها:

١ - الآيـات التي فيها الأمـر بالوفاء بالعقود والعهود، كقوله تعالى: ﴿ يَتَأَيُّهُا الَّذِينَ ءَامَنُواَ أَوْفُواْ
 بِالْفَقُودِ ﴾ (١٠). وقوله: ﴿ وَأَوْفُواْ بِالْعَهَدِّ إِنَّ الْمَهْدَكَانَ مَسْتُولًا ﴾ (١١).

ووجه الدلالة: أن هذه الآيات عامة فتشمل كل العقود والعهود إلا ما ورد في الشرع

<sup>(</sup>١) قرار الهيئة الشرعية رقم (٢٤٦).

<sup>(</sup>٢) الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد الضابط رقم (١٩٥).

 <sup>(</sup>٣) قرار الهيئة رقم ٨ بتاريخ ٩-٤-١٤٣٠هـ.

<sup>(</sup>٤) قرار الهيئة الشرعية رقم (٦٢٥).

<sup>(</sup>٥) حكم الربط القياسي للأجرة في إجارة الأعيان بمؤشر سعر الفائدة، بحث منشور في مجلة العدل العدد الأربعين.

<sup>(</sup>٦) البيع والتأجير بثمن متغير، بحث مقدم للمجمع الفقهي الإسلامي في دورته الثانية والعشرين.

<sup>(</sup>۷) المبسوط ۲۲/ ۹۰، فتح القدير ۷/ ۳، الفروق ۳/ ۲۲۹، الخرشي على مختصر خليل ٥/ ١٤٩، نهاية المحتاج ٦/ ۲۲۱، شرح المنهاج للبيضاوي ٢/ ٣٥٥، القواعد النورانية، ص ٢١، الفروع ٤/ ٢٩١، قواعد ابين رجب، ص ٣٤١، وخالف في هذه المسألة الظاهريةُ والأبهريُّ من المالكية: المحلى ٨/ ٣٥٥، إحكام الفصول للباجي، ص ٣٤١. والبسط في هذه المسألة ليس من مقاصد هذا البحث ويمكن استقصاء الأدلة في المواضع السابقة وفي كتب الأصول والقواعد الفقهية عند الكلام على الأصل في الأشياء؛ ومنها: البحر المحيط ٦/ ١٢، الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص ٣٦، غمز عيون البصائر ١/ ٢٢٣، التلقين للقاضي عبد الوهاب ٢/ ٢٥، المحصول في علم الأصول ٦/ ٩٧، شرح الكوكب المنير ١/ ٣٢٥.

<sup>(</sup>A) جامع العلوم والحكم، ص٢٦٨.

<sup>(</sup>٩) سورة المائدة، الآية: ١.

<sup>(</sup>١٠) سورة الإسراء، الآية: ٣٤.

تحريمه<sup>(۱)</sup>.

٧- قول الله تعالى: ﴿ وَلَحَلَّ اللَّهُ ٱلْبَدِّيعَ وَحَدَّمَ ٱلرِّيَولَ ﴾ (١).

ووجه الدلالة: أن لفظ (البيع) في الآية عام فيتناول جميع العقود (٣).

٣- قول الله تعالى: ﴿ يَاأَيُهَا الَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُواْ أَمْوَلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَطِلِ إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَدَرةً عَن تَراضِ مِنكُم ﴾ (١).

ووجه الدلالة: أن الله سبحانه لم يشترط في التجارة إلا التراضي. فمتى تحقق الرضا في التجارة بين المتعاقدين فهي صحيحة ما لم يرد في الشرع ما يحرمها(٥).

٤- قول الله تعالى: ﴿ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ ﴿ (١).

ووجه الدلالة: أن كل (ما لم يبين الله ولا رسوله صَالَّلَهُ عَلَيْهِ وَسَلَمْ تحريمه من المطاعم والمشارب والملابس والعقود والشروط فلا يجوز تحريمها. فإن الله قد فصَّل لنا ما حرم علينا. فما كان من هذه الأشياء محرمًا فلا بد أن يكون تحريمه مفصلًا. وكما أنه لا يجوز إباحة ما حرمه الله، فكذلك لا يجوز تحريم ما عفا عنه ولم يحرمه) (٧).

٥ - قول النبي صَلَّاللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الْحَلَالُ مَا أَحَلَّ اللَّهُ فِي كِتَابِهِ، وَالْحَرَامُ مَا حَرَّمَ اللَّهُ فِي كِتَابِهِ، وَالْحَرَامُ مَا حَرَّمَ اللَّهُ فِي كِتَابِهِ، وَمَا سَكَتَ عَنْهُ، فَهُوَ مِمَّا عَفَا عَنْكُمْ (٨٠).

ووجه الدلالة: أن كل عقد أو شرط سكت عنه فهو مباح بنص الحديث(١٠).

ومما لا شك فيه: أن إجراء حكم الأصل وهو الإباحة على ما يَجِدَّ من معاملات في حياة الناس من سماحة هذه الشريعة وصلاحيتها لكل زمان ومكان. فصور المعاملات لا تقف عند حد. وحاجات الناس تتجدد وتتنوع عصرًا بعد عصر. فكان من رحمة الله بهذه الأمة أن فتح لها مجال

<sup>(</sup>١) مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩/ ١٥٥، القواعد النورانية، ص٢١٤.

<sup>(</sup>٢) سورة البقرة، الآية: ٢٧٥.

<sup>(</sup>٣) فتح القدير ٦/ ٢٦١، القواعد النورانية، ص٢٢٤، الفتاوى السعدية، ص٢١٦.

<sup>(</sup>٥) المغني ١١/ ٢٧٥.

<sup>(</sup>٤) سورة النساء، الآية: ٢٩.

<sup>(</sup>٧) إعلام الموقعين ١/ ٢٨٩.

<sup>(</sup>٦) سورة الأنعام، الآية: ١١٩.

<sup>(</sup>۸) أخرجه الترمذي (۱۷۲٦)، وابن ماجه (۳۳٦۷)، من حديث سلمان الفارسي وَعَيَّلْتُهُ عَنْهُ وقال الترمذي: (هذا حديث غريب لا نعرفه مرفوعًا إلا من هذا الوجه). والحديث صححه الحاكم ووافقه الذهبي، المستدرك ٤/ ١١، وقال في مجمع الزوائد١/ ١٧١: (إسناده حسن). ونقل ابن حجر عن البزار قوله في الحديث: (إسناده حسن). فتح الباري ٣/ ٢٦٦. وحسنه الألباني في صحيح الجامع الصغير وزياداته ١/ ٢٠٩.

<sup>(</sup>٩) إعلام الموقعين ١/ ٢٨٩.

الربح الحلال بضوابط تحمي لكلِّ حقه، ولم يجعل ذلك مقصورًا على عقودٍ بعينها، وإلا لَلَحِقَ الناس بذلك ضررٌ كبير. قال في «غياث الأمم»: (ووضوح الحاجة إليها -أي إلى إباحة العقود التي لم يأت في الشرع تحريمها - يغني عن تكلف بسط فيها، فليصدروا العقود عن التراضي، فهو الأصل الذي لا يُغْمَض ما بقي من الشرع أصل، وليجروا العقود على حكم الصحة)(١).

وبناءً على ما سبق: فالأصل الذي ينبغي أن يبنى عليه النظر في حكم الإجارة بأجرة متغيرة بناءً على مؤشر معلوم منضبط هو الإباحة، وليس في ذلك ربّا ولا غرر، ما دامت الأجرة تثول إلى العلم على وجه لا يؤدي إلى المنازعة.

## الدليل الثاني: القياس على مسألة استئجار الأجير بطعامه وكسوته:

ووجه ذلك: أن الأجرة في كليهما - أي الإجارة المرتبطة بسعر السوق واستئجار الأجير بطعامه وكسوته - تتغير وفق العرف عند استيفاء المنفعة لا عند العقد؛ إذ إن طعام الأجير يختلف بحسب صحته ومرضه، وشبعه وجوعه، كما أن كسوته تختلف في الشتاء عنها في الصيف، وقد يشتد البرد فيحتاج من اللباس في سنة أكثر من أخرى. وقد نصَّ الله في كتابه على جواز استئجار الظُّئر -أي المرضِع - بطعامها وكسوتها. فقال تعالى: ﴿ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَ وَكِتَوَتُهُنَ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ (١٠). وسماها الله تعالى إجارة فقال سبحانه: ﴿ فَإِنْ أَرْضَعَنَ لَكُمْ فَعَاتُوهُنَ أَجُورَهُنَ ﴾ (١٠). وهاتان الآيتان أصل في هذا الباب.

## ولأهل العلم في مسألة استئجار الأجير بطعامه وكسوته قولان:

القول الأول: التحريم. وهو قول الحنفية باستثناء استئجار الظِّئر بطعامها وكسوتها، وقول الشافعية، ورواية عن الإمام أحمد<sup>(٤)</sup>.

وحجة هذا القول: أن من شروط صحة الإجارة العلم بالأجر، وهو مجهول هنا(٥).

والقول الثاني: الجواز. وهو قول المالكية، ورواية عن أحمد، والمعتمد عند متأخري الحنابلة(٢).

<sup>(</sup>١) غياث الأمم في التياث الظلم للجويني، ص٩٥٥.

<sup>(</sup>٢) سورة البقرة، الآية: ٣٣٣. (٣) سورة الطلاق، الآية: ٦.

<sup>(</sup>٤) بدائع الصنائع ٤/ ١٩٣، تبيين الحقائق ٥/ ١٢٧، مجمع الأنهر ٢/ ٣٨٦، أسنى المطالب ٢/ ٤٠٤، نهاية المحتاج ٥/ ٢٦، الإنصاف ٤/ ٢٧٨.

<sup>(</sup>٥) الشرح الكبير على المقنع ١٤/ ٢٧٧.

<sup>(</sup>٦) التاج والإكليل ٧/ ٥٦٨، ٥٦٨، منح الجليل ٧/ ٥٦٥، شرح الخرشي ٧/ ١٣، الأخبار العلمية، ص٢٢١، الفروع ٤/ ٤٢٢، الإنصاف ١٤/ ٢٧٨، كشاف القناع ٣/ ٥٥١.

استدل أصحاب هذا القول: بأن الله أباح استئجار الظئر بطعامها وكسوتها للآية الكريمة، فيقاس عليه غيره؛ ولأن الأجرة وإن لم تكن معلومة عند العقد إلا أن لها عرفًا يرجع إليه عند التنازع(١).

قال في «الشرح الكبير» مبينًا اختلاف الرواية عن الإمام أحمد في هذه المسألة: (اختلفت الرواية عن أحمد رَحِمَهُ أللَهُ فيمن استأجر أجيرًا بطعامه وكسوته، أو جعل له أجرًا وشرط طعامه وكسوته؛ فروي عنه جواز ذلك وهو مذهب مالك وإسحاق، وروي عن أبي بكر وعمر وأبي موسى رَخِفَلِللهُ عَنْفُر أنهم استأجروا الأُجَراء بطعامهم وكسوتهم، وروي عنه أن ذلك جائز في الظّئر دون غيرها، اختاره القاضي، وهو مذهب أبي حنيفة؛ لأن ذلك مجهول، وإنما جاز في الظّئر؛ لقول الله تعالى: ﴿ وَعَلَ الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُ نَ وَلِسُوتُهُنَ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ (٢)، أوجب لهن النفقة والكسوة على الرضاع ولم يفرق بين المطلقة وغيرها، بل في الآية قرينة تدل على طلاقها؛ لأن الزوجة تجب نفقتها وكسوتها بالزوجية وإن لم ترضع، ولأن الله تعالى قال: ﴿ وَعَلَ الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ ﴾. والوارث ليس بزوج، ولأن المنفعة في الرضاع والحضانة غير معلومة فجاز أن يكون عوضها كذلك.

وروي عنه -أي الإمام أحمد- رواية ثالثة: أن ذلك لا يجوز بحال في الظِّر ولا في غيرها، وبه قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد وأبو ثور وابن المنذر؛ لأن ذلك يختلف اختلافًا كثيرًا متباينًا فيكون مجهولًا، والأجر من شرطه أن يكون معلومًا.

ولنا ما روى ابن ماجه عن عتبة بن النُّدَّر رَضَالِللَهُ عَنهُ قال: كنَّا عند رسول الله صَالَلَهُ عَلَيْهُ وَسَلَمَ فقرأُ (طس) حتى إذا بلغ قصة موسى عَلَيْهِ السَّكَمُ قال: «إِنَّ مُوسَى أَجَّرَ نَفْسَهُ ثَمَانِيَ سِنِينَ أَوْ عَشْرًا عَلَى عِفَّةِ (طس) حتى إذا بلغ قصة موسى عَلَيْهِ السَّكَمُ قال: «إِنَّ مُوسَى أَجَّرَ نَفْسَهُ ثَمَانِيَ سِنِينَ أَوْ عَشْرًا عَلَى عِفَّةِ فَرُجِهِ وَطَعَام بَطْنِهِ»(٣). و(شرع من قبلنا شرع لنا ما لم يثبت نسخه).

وعن أبي هريرة رَضَّ اللَّهُ عَنْهُ أنه قال: (كنت أجيرًا لابنة غزوان بطعام بطني وعقبة رجلي أحطب لهم إذا نزلوا وأحدو بهم إذا ركبوا). رواه الأثرم وابن ماجه، ولأنه فعل من ذكرنا من الصحابة فلم ينكر فكان إجماعًا؛ ولأنه قد ثبت في الظئر في الآية فيثبت في غيرها بالقياس عليها، ولأنه عوض منفعة فقام العرف فيه مقام التسمية كنفقة الزوجة...فإن شرط الأجير كسوة ونفقة معلومة موصوفة كصفتها في السلم جاز عند الجميع وإن لم يشرط)(أ). اهـ.

ويترجَّح للباحث: جواز استئجار الأجير بطعامه وكسوته، ولو لمدة تمتد لسنوات طويلة؛ لقوة أدلة هذا القول؛ ولأن الأجريئول إلى العلم بالرجوع إلى العرف في حينه.

<sup>(</sup>١) الشرح الكبير على المقنع ١٤/ ٢٧٨، شرح المنتهى ٢/ ١٧.

<sup>(</sup>٢) سورة البقرة، الآية: ٢٣٣. (٣) سنن ابن ماجه (٢٤٤٤).

<sup>(</sup>٤) الشرح الكبير على المقنع ٦/ ١٠.

ويقاس على ذلك: جواز إجارة الأعيان بأجرة متغيرة وفقًا لسعر السوق عند الاستيفاء؛ لأن الأجرة تئول إلى العلم على وجه لا يؤدي إلى المنازعة.

#### الدليل الثالث: القياس على البيع والإجارة بسعر المثل عند العقد:

البيع بسعر المثل: أن يبيعه السلعة من غير تحديد ثمنها، ولكن بما يتبايع به الناس عادة، أو بما ينقطع به السعر في المساومة؛ ومنه: بيع الاستجرار، وهو أن يشتري ممن يعامله من خبّاز أو بقّال أو لحّام أو غيرهم يأخذ منه كل يوم شيئًا معلومًا من دون تحديد الثمن ثم يحاسبه على رأس الشهر أو السنة عن الجميع ويعطيه ثمنه (۱).

ووجه القياس هنا: أن العوض في البيع بسعر المثل وفي الإجارة بأجرة المثل قد يكون مجهولًا لأحد العاقدين أو كليهما عند التعاقد، ولكنه يئول إلى العلم.

قال ابن القيم رَحَمُهُ أللَهُ: (اختلفت الفقهاء في جواز البيع بما ينقطع به السعر من غير تقدير الثمن وقت العقد (٢)...والصواب المقطوع به -وهو عمل الناس في كل عصر ومصر -: جواز البيع بما ينقطع به السعر. وهو منصوص الإمام أحمد، واختاره شيخنا، وسمعته يقول: هو أطيب لقلب المشتري من المساومة، يقول: لي أسوة بالناس آخذ بما يأخذ به غيري، وليس في كتاب الله، ولا سنة رسوله صَالِللهُ عَلَيْهُ وَسَلَمَ، ولا إجماع الأمة، ولا قول صاحب، ولا قياس صحيح ما يحرمه، وقد أجمعت الأمة على صحة النكاح بمهر المثل، وأكثرهم يجوزون عقد الإجارة بأجرة المثل، والبيع بشمن المثل؛ فيجوز) عقد الإجارة بأجرة المثل، والبيع بشمن المثل؛ فيجوز) "المثل؛ فيجوز).

وجواز البيع بسعر المثل رواية عن الإمام أحمد اختارها شيخ الإسلام ابن تيمية، وقال به بعض الشافعية(٤).

### ومن أدلتهم:

<sup>(</sup>۱) إعلام الموقعين ٤/ ٥، الإنصاف ١ ١/ ١٣٢، الشرح الممتع على زاد المستقنع ٨/ ١٨٧، معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء، ص٥٦، الموسوعة الفقهية ٩/ ٥٤.

<sup>(</sup>۲) ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والمذهب عند الحنابلة والظاهرية إلى تحريم البيع بسعر المثل، وينظر الخلاف في هذه المسألة والأدلة في: المبسوط ۱۳/۷، البحر الرائق ٥/ ٢٩٦، المنتقى شرح الموطأ ٦/ ٣٤٣، مواهب الجليل ٤/ ٢٧٦، المجموع شرح المهذب ٩/ ١٦٣، مغني المحتاج ٢/ ٢٣٦، المحرر في الفقه ١/ ٢٩٨، الإنصاف ١/ ١٦٣، المبدع ٤/ ٣٤، المحلى ٩/ ٢٣.

<sup>(</sup>m) إعلام الموقعين 1/0.

<sup>(</sup>٤) مسائل الإمام أحمد لأبي داود، ص ١٩٤، مجموع فتاوى ابن تيمية ٣٤ / ٢٧، ٢٩ / ٣٤٥، إعلام الموقعين ٤/ ٥، الإنصاف ١١/ ١٣٢، النكت والفوائد السنية على مشكل المحرر ١/ ٢٩٩، المجموع شرح المهذب ٩/ ١٦٣، مغنى المحتاج ٢/ ٣٢٦.

أ- قول الله تعالى: ﴿ يَتَأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوّاْ أَمْوَلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَطِلِ إِلَّا أَن تَكُونَ يَجَدَرَةً عَن تَرَاضِ مِنكُم ﴾ (١٠)؛ فشرط صحة التجارة تحقق الرضا، والبيع بسعر المثل قد يكون أحظى بتحقق الرضا من المكايسة؛ لأنَّ الغالب أنَّ الشخص يرضى بما يتبايع به الناس أكثر مما يماكس عليه وقد يكون الآخرُ غبَنَه (٢).

ب- ولقول الله تعالى: ﴿ لَاجُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَقَتُمُ ٱلنِّسَلَةَ مَا لَرْ تَمَسُّوهُنَ أَوْ تَفْرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةَ ﴾ (٣).

ووجه الدلالة من هذه الآية: أنَّ الله أباح النكاح بمهر المثل، وهو أشدُّ خطرًا من البيع، فجوازُ البيع بثمن المثل أولى (٤٠).

وهذا القول -أي جواز البيع والإجارة بسعر المثل عند العقد - هو ما يترجح للباحث؛ لقوة أدلته، ومما يؤيد ذلك تجويز بعض المانعين للبيع بسعر المثل بيوعًا قريبة منه؛ لعلل أخرى، مثل تجويز الحنفية بيع الاستثمان لعمل أهل المدينة. قال في «الدر المختار»: (ما يستجره الإنسان من البَيَّاع إذا حاسبه على أثمانها بعد استهلاكها جاز استحسانًا)(٥).

وفي «مواهب الجليل»: (وأما بيع الاستئمان والاسترسال فهو أن يقول الرجل: اشترِ منّي سلعتى كما تشتري من الناس، فإني لا أعلم القيمة فيشتري منه بما يعطيه من الثمن)(٢).

نوقش الاستدلال بجواز الإجارة بأجرة متغيرة بتغير السوق قياسًا على البيع والإجارة بسعر المثل عند العقد بأمرين:

الأول: أنه قياس مع الفارق؛ لأنَّ الأسعار في المستقبل مجهولة، والغرر فيها فاحش، ولا يمكن الوصول لها بخلاف جهالة السعر الحال، فهو أقلُّ غررًا(٧٠).

والثاني: أنَّ من أجاز من الفقهاء المتقدمين البيع بسعر المثل فإنما أجازه بسعره عند التعاقد لا بسعره عند أداء الثمن، فلا تصح نسبة الجواز إليهم في الإجارة بالسعر المتغير، جاء في «مسائل

سورة النساء، الآية: ٢٩.

<sup>(</sup>٢) نظرية العقد، ص١٦٥، إعلام الموقعين ٤/٦، الشرح الممتع على زاد المستقنع ٨/ ١٨٩.

<sup>(</sup>٣) سورة البقرة، الآية: ٢٣٦.

 <sup>(</sup>٤) بدائع الفوائد ٤/ ٥، إعلام الموقعين ٤/ ٥.

<sup>(</sup>٥) الدر المختار ١٦/٤٥

<sup>(</sup>٦) مواهب الجليل ٢٣٨/٤.

<sup>(</sup>V) ملتقى المرابحة بربح متغير، ص١١٢.

أبي داود عن الإمام أحمد في باب: الشراء ولا يُسمَّى الثمن: (سمعت أحمد سئل عن الرجل يبعث إلى البقال فيأخذ منه الشيء بعد الشيء ثم يحاسبه بعد ذلك؟ قال: أرجو ألَّا يكون بذلك بأس، قيل: يكون البيع ساعتئذ؟ قال: لا)(١).

وفي «النكت والفوائد السنية على المحرر»: (عن مثنى بن جامع عن أحمد في الرجل يبعث إلى معامل له ليبعث إليه بثوب فيمر به فيسأله عن ثمن الثوب فيخبره، فيقول له: اكتبه، والرجل يأخذ التمر فلا يقطع ثمنه، ثم يمر بصاحب التمر فيقول له: اكتب ثمنه فأجازه إذا ثمّنه بسعر يوم أخذه)(٢).

وقال شيخ الإسلام ابن تيمية: (فالذي رأيته من نصوص أحمد أنه إذا كان البائع عالمًا بقدر الثمن جاز للمشتري أن يشتريه منه بذلك الثمن وإن لم يعلم قدره، فإنه ثمن مقدر في نفس الأمر، وقد رضي هو بخبرة البائع وأمانته، وأما إذا كان السعر لم ينقطع بعد ولكن ينقطع فيما بعد، ويجوز اختلاف قدره فهذا قد منع منه -أي الإمام أحمد - لأنه ليس وقت البيع ثمن مقدر في نفس الأمر، والأسعار تختلف باختلاف الأزمنة، فقد يكون سعره فيما بعد العقد أكثر مما كان وقت العقد، فأما إذا باعه بقيمته وقت العقد فهذا الذي نصّ أحمد على جوازه)(٣).

#### والجواب عن هذه المناقشة من عدة أوجه:

الوجه الأول: أن هذه النصوص في البيع بسعر المثل الذي تسلم فيه السلعة عند العقد، فالمعتبر هو قيمة السلعة عند العقد لا عند السداد؛ إذ ليس ثَمَّةَ سلعة تسلم عند السداد لينظر لقيمتها، بينما الإجارة بطبيعتها يتأجَّل فيها استيفاء المنفعة، فيجوز أن تكون بأجرة المثل عند العقد أو بأجرة المثل عند الاستيفاء.

يدلُّ على ذلك: أن الإجارة بأجرة المثل عند الاستيفاء ثابتة بالقرآن في استئجار المرضع في قوله سبحانه: ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُر رِزْقُهُنَّ وَلِه سبحانه: ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُر رِزْقُهُنَّ وَلِه سبحانه: ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُر رِزْقُهُنَّ بِالمعروف عند الإطعام والكسوة لا عند إبرام العقد؛ إذ من المعلوم أن الطعام والكسوة والكسوة وعند العقد، والكسوة يختلفان بتغير المواسم والأزمنة والأحوال، ومقدارها مجهول عند العقد، وإنما يعلم عند الاستيفاء، وعلى هذا تدلُّ نصوص الفقهاء المجيزين لاستئجار الأجير بطعامه وكسوته، وهو أن المعتبر هو العرف عند إعطائه الأجر وليس عند العقد. قال ابن القيم رَحَمُهُ اللَّهُ:

<sup>(</sup>١) مسائل الإمام أحمد لأبي داود ١/٢٦٦.

<sup>(</sup>Y) النكت والفوائد السنية على المحرر ١/ ٢٩٨.

<sup>(</sup>٣) العقود، ص٤٣٦.

<sup>(</sup>٤) سورة الطلاق، الآية: ٦.

<sup>(</sup>٥) سورة البقرة، الآية: ٢٣٣.

(فالمعاوضة بثمن المثل ثابتة بالنصِّ والإجماع في النكاح، وبالنص في إجارة المرضع في قوله تعالى: ﴿ فَإِنْ أَرْضَعَنَ لَكُمُ فَعَاتُوهُنَ أَجُورَهُنَ ﴾ (١٠). وعمل الناس قديمًا وحديثًا عليه في كثير من عقود الإجارة، وكذلك البيع بما ينقطع به السعر، وهو بيع بثمن المثل، وقد نصَّ أحمد على جوازه وعمل الأمة وعليه... وجاء صاحب الشرع بجوازه في عقد الإجارة الذي تقدير العوض فيها أكثر تأكيدًا من تقديره في البيع؛ لأنَّ قيمة العين في البيع أقل اختلافًا في المنفعة؛ لأنها تتجدد بتجدد الأوقات فتختلف باختلافها غالبًا فإذا جازت الإجارة بعوض المثل فالبيع بثمن المثل وما ينقطع به السعر أولى)(١٠). اهى فقوله رَحَمُ أللَّهُ: (لأن قيمة العين في البيع أقلُّ اختلافًا في المنفعة؛ لأنها -أي المنفعة تتجدد بتجدد الأوقات فتختلف باختلافها غالبًا) فهذا واضح الدلالة في أن المراد بالإجارة بأجرة المثل هو أجرة المثل عند دفع الأجرة وليس عند العقد.

الوجه الثاني: السلم بسعر السوق يوم التسليم، وهو السلم في سلع موصوفة من غير أن تحدد كميتها، وإنما تتحدد بناءً على سعرها في السوق وقت التسليم، فيعطى المشتري من السلع ما يعادل رأس ماله وربح معلوم (٢٠)، كأن يدفع مئة ليتسلم بعد سنتين كمية من الحديد بربح ١٠٪ أي ما قيمته مئة وعشرة. فإذا كان سعر طن الحديد وقت التسليم عشرة فتكون الكمية المستحقة أحد عشر طُنًا.

وممن اختار صحة السلم مع تحديد مقدار المسلم فيه حسب سعر السوق يوم التسليم شيخ الإسلام ابن تيمية - فيمن أسلف دراهم إلى شيخ الإسلام ابن تيمية ، قال في «الفروع»: (وقال شيخنا -يقصد ابن تيمية - فيمن أسلف دراهم إلى أجل على غلة بحكم أنه إذا حلّ دفع الغلة بأنقص مما تساوي بخمسة دراهم: هذا سلف بناقص عن السعر بشيء مقدر، فهو بمنزلة أن يبيعه بسعر ما يبيع الناس أو بزيادة درهم في الغرارة (٤٠)، أو نقص درهم فيها، وفي البيع بالسعر قولان في مذهب أحمد: الأظهر جوازه؛ لأنه لا خطر ولا غرر؛ ولأنّ قيمة المثل التي تراضيا بها أولى من قيمة مثل لم يتراضيا بها) (٥).

سورة الطلاق، الآية: ٦.

<sup>(</sup>٢) بدائع الفوائد ٤/ ٥١.

<sup>(</sup>٣) ويعبر عنه البعض بأن يعطى المشتري كمية من المسلم فيه بأنقص من سعرها في السوق بنسبة معلومة يوم التسليم، والنتيجة في الطريقتين واحدة مع مراعاة اختلاف النسبة في حال الزيادة أو النقصان؛ لأن الربح للمشتري نقصان على البائع، فمن عبر بالربح نظر إلى جانب المشتري ومن عبر بالنقصان نظر إلى جانب البائع.

<sup>(</sup>٤) الغِرارة - بكسر الغين-: وعاء من صوف أو شعر لنقل التبن وما أشبهه. طلبة الطلبة، ص١١٠.

<sup>(</sup>٥) الفروع ٤/ ١٧٩. واختار هذا القول من المعاصرين الشيخ محمد العثيمين رَحَمَهُ اللّهُ وقال: (ينبغي أن يكون معلومًا بالجزء المشاع، كأن يقول: بنازل عشرة في المئة عن قيمته وقت حلوله؛ لأنه إذا جعله شيئًا معينًا بالقدر فقد يستغرق كثيرًا من الثمن أو قليلًا). تعليقات الشيخ على الأخبار العلمية، ص١٩٣.

ولا تعارض بين هذا النقل وما سبق نقله عن شيخ الإسلام ابن تيمية في البيع بالسعر بأنه يجوز بسعر يوم البيع لا يوم الدفع؛ لأنَّ البيع بسعر يوم التسليم جائز -وفقًا لرأي شيخ الإسلام ابن تيمية - إذا كان يتأخر تسليم السلعة كما في السلم، فأما إذا كان تسليم السلعة عند العقد فالواجب أن يكون بسعر يوم العقد لا يوم دفع الثمن.

## ومن التطبيقات المعاصرة للبيع بسعر يوم تسليم السلعة أو المنفعة:

۱ – بطاقات الاتصال مسبقة الدفع، حيث يدفع الشخص (۹۰) ليحصل على مكالمات بقيمة (۴۰) مثلًا، فالمعقود عليه وهو دقائق الاتصال مجهول المقدار عند العقد، وإنما يعلم بقيمته عند الاستيفاء؛ أي عند الاتصال، فقد يتصل بجهات بعيدة فينف د رصيد البطاقة في وقت قصير، وقد يتصل بجهات قريبة فيبقى الرصيد لمدة أطول، وقد تغير شركة الاتصال تسعيرتها قبل الاستيفاء فيتغير مقدار المدة المتاحة للاتصال بالبطاقة، وهكذا.

٢ - بطاقات الوقود مسبقة الدفع، وهي كسابقتها إلا أنَّ المعقود عليه سلعة موصوفة وهي الوقود.

والسلم بسعر السوق وقت التسليم لا يظهر فيه محظور شرعًا إذا كان للمسلم فيه قيمة سوقية منضبطة، كالمعادن والوقود ونحوهما؛ لأن مقدار المسلم فيه وإن كان مجهولًا عند العقد إلا أنه يثول إلى العلم على وجه لا يؤدي للمنازعة، ولا يعارض ذلك قول النبي صَالَلتَهُ عَلَيْهِ وَسَلَمَ: «مَنْ أَسْلَفَ فِي تَمْرٍ فَلْيُسْلِفْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ، وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ، إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ» (١)؛ لأن المراد: من أسلف كيلًا فليكن بكيل معلوم، ومن أسلف وزنًا فليكن بوزن معلوم.

### ومما يدل على ذلك أمور:

أ- ذكر الأجل فيه، وهو ليس بشرط؛ لأن السلم إذا جاز مؤجلًا فجوازه حالًا من باب أولى؛ لأنه أقلُ غررًا، فيكون المعنى: إن كان السلم لأجل فليكن معلومًا(٢).

ب- أنَّ الحديث اشترط العلم بالكيل والوزن، ومن المعلوم أنه لا يشترط العلم بهما معًا؛ إذ المراد: من أسلف كيلًا فليكن بكيل معلوم، ومن أسلف وزنًا فليكن بوزن معلوم.

ج- أن المراد العلم النافي للجهالة المؤدية إلى النزاع، وليس العلم التام النافي للجهالة مطلقًا، وإذا كان بسعر السوق فهو يئول إلى العلم على وجه لا يؤدي إلى المنازعة.

<sup>(</sup>١) أخرجه البخاري (٢٢٤٠)، ومسلم (١٦٠٤) من حديث ابن عباس رَمَوَاللَّهُ عَنْهَا.

<sup>(</sup>۲) وهذا هو توجيه الشافعية للحديث بناء على قولهم بصحة السلم الحال خلافًا للجمهور. واختار ابن تيمية وابن القيم صحته إذا كان البائع قادرًا على التسليم. الحاوي الكبير ۱۳/ ۱۳، أسنى المطالب ۲/ ۱۲٤، فتح العزيز ۹/ ۲۲۲، تبيين الحقائق ٤/ ۱۱۰، حاشية الدسوقي ۳/ ۲۰۰، المغني ۲/ ۲۰۲، مجموع فتاوى ابن تيمية ۲/ ۲۲۹، تهذيب السنن ٥/ ۱۱٤.

والشاهد أن السلم بسعر السوق يوم التسليم كالإجارة بأجرة المثل عند الاستيفاء، فكل منهما يتحدد مقدار العوض فيه في المستقبل عند التسليم، فمن أجاز من الفقهاء السلم بسعر السوق يوم التسليم فيمكن أن يخرج على قوله جواز الإجارة بأجرة المثل عند الاستيفاء، والله أعلم.

الوجه الثالث: البيع بشرط النفقة مدة معلومة.

والمراد بذلك: أن يبيع السلعة ويجعل الثمن نفقة المشتري على البائع أو ولده أو زوجته ونحوهم مدة معلومة، كشهر أو سنة ونحو ذلك.

وهذه الصورة نص فقهاء الحنابلة على جوازها. قال في «شرح المنتهى»: (يصح بيع وإجارة بنفقة عبده فلان، أو أمته فلانة، أو نفسه، أو زوجته، أو ولده ونحوه، شهرًا أو سنة أو يومًا ونحوه؛ لأنَّ لها عرفًا يرجع إليه عند التنازع، بخلاف نفقة دابته)(۱). وفي «كشاف القناع»: (قلَّ الزمنُ أو كَثُر)(۱).

والمالكية يوافقون الحنابلة على جواز ذلك في الإجارة (٢١)، ولم أقف على كلامهم في البيع، ولا يظهر فرقٌ بين البيع والإجارة؛ فالبيع والإجارة كلاهما عقد معاوضة يشترط فيه العلم بالعوض.

والبيع بشرط النفقة مدة معلومة نظير الإجارة بأجرة متغيرة؛ فإنَّ الثمن في الصورة التي ذكرها الحنابلة مؤجل، وهو بحسب العرف عند الإنفاق لا عند العقد، وقد يزيد وقد ينقص؛ فقد يَغْرَم المشتري في الشهر الأول ما قيمته تسعون من الطعام، وفي الثاني ثمانون، وفي الثالث مئة، وهكذا؛ نظرًا لتقلبات الأسعار في السوق، وإنما الذي سوَّغ ذلك أن للنفقة عرفًا يُرجَع إليه عند التنازع، وكذلك يقال في الإجارة بأجرة متغيرة بحسب السوق: إذا كان للأجرة عرف منضبط فتصح، وكونها قد تزيد أو تنقص بحسب تغير العرف لا يمنع من صحة العقد.

ولا يبعد القول بأنَّ الجهالة في الأجرة المتغيرة أقلُّ منها في البيع بشرط النفقة؛ لأنَّ الذي يتغير في الإجارة المتغيرة عنصر واحد فقط، وهو المؤشر، دون الجزء الثابت والهامش، بخلاف التفاوت في النفقة، فالعوض كله عرضة للتغير لا سيما مع طول المدة.

أدلة القول الثاني (القائلين بتحريم الإجارة بأجرة متغيرة):

الدليل الأول: قول الله تعالى: ﴿ يَنَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُواْ أَمْوَاكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَطِلِ إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَدَرةً عَن تَرَاضِ مِّنكُمْ ﴾(١).

<sup>(</sup>۱) شرح المنتهى ٢/ ١٧.

<sup>(</sup>۲) كشاف القناع ٣/ ١٧٣، غاية المنتهى ٣/ ٣٨.

 <sup>(</sup>٣) التاج والإكليل ٧/ ٥٢٧، شرح الخرشي ٧/ ١٣، منح الجليل ٧/ ٤٦٥.

<sup>(</sup>٤) سورة النساء، الآية: ٢٩.

ووجه الدلالة من الآية الكريمة: أن عقد الإجارة من غير تسمية الأجرة أكل مال بالباطل؛ لأنه لم يصح فيه التراضي، ولا يكون التراضي إلا بمعلوم المقدار، وقد يرضى لأنه يظن أن السعر يبلغ قدرًا ما، فإن بلغ أكثر لم يرض المستأجر، وإن بلغ أقل لم يرضَ المؤجر(١).

ويناقش: بعدم التسليم بالتلازم بين التراضي وتسمية الأجرة، فقد يتحقق التراضي من دون تسمية الأجرة، وقد تسمى الأجرة ولا يتحقق التراضي.

#### وسان ذلك:

- أن الإجارة بسعر السوق عند الاستيفاء قد تكون أطيب لقلب المتعاقدين؛ لأن من طبع الإنسان أن يقنع ويرضى بما جرت عادة الناس التعاقد به، لا سيما في الإجارات الطويلة التي تمتد لعشرين سنة وأكثر، فيكون الرجوع لسعر السوق أرغب لهما من تثبيت الأجرة طيلة مدة الإجارة دفعًا للغبن عن أي منهما في حال تغير الأسعار.
- وفي المقابل فقد يتفق العاقدان على أجرة مسماة لعقد إجارة طويلة، فترتفع أسعار الإيجارات فلا يرضى المؤجر، ويسعى لفسخ العقد، أو تنخفض الأسعار فلا يرضى المستأجر، ويسعى للفسخ أيضًا.

وبه يتبين أن شرط الرضا في العقود يراد به أن العاقد دخل في العقد باختياره من دون إكراه أو إلجاء، وأما الرضا بنتائج العقد وآثاره فليس شرطًا لصحة العقد.

الدليل الثاني: ما روى أبو هريرة رَضَّالِلَهُ عَنْهُ عن النبي صَالَّاللَهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ (أنه نهى عن بيع الغرر) (٢٠). ووجه الدلالة: أن الإجارة بالسعر المتغير مجهولة العاقبة، لأنَّ إجمالي الأجرة غير معلوم عند العقد، فهي من الغرر المنهى عنه (٣).

ويناقش هذا الدليل: ببيان حقيقة الغرر، فالغرر عُرِّف بتعريفات متعددة، فقيل: (هو ما يكون مستور العاقبة)<sup>(١)</sup>. وقيل: (ما انطوى أمره وخفي عليه عاقبته)<sup>(٥)</sup>. وقيل: (المجهول العاقبة)<sup>(١)</sup>. فكلُّ هذه التعريفات بمعنى واحد وهو جهالة العاقبة. وهذا الوصف لا ينطبق على الإجارة التي تكون فيها الأجرة مرتبطة بمعيار منضبط لا مجال فيه للنزاع بين الطرفين؛ لأن الأجرة وإن لم تكن معلومة عند العقد إلا أنها تثول إلى العلم.

<sup>(</sup>۱) المحلى ٢٣/٩. (٢) سبق تخريجه، ص١٦٣ من هذا المجلد.

<sup>(</sup>T) المحلى ٩/ ٢٣، المجموع شرح المهذب ٩/ ١٦٣، المبدع ٤/ ٣٤.

<sup>(</sup>٤) المبسوط ١٩/ ٦٨. (٥) المهذب ١/ ٢٥٧.

<sup>(</sup>٦) القواعد النورانية، ص١٣٨. وانظر: زاد المعاد ٥/ ٨١٨، إعلام الموقعين ٢/ ٨، الغرر وأثره في العقود، ص٥٣٠.

#### يوضح ذلك أمور:

الأول: أن الفقهاء يكادون يتفقون على أنه ليس كل جهالة تفسد العقد، وإنما يفسد بالجهالة التي تؤدي إلى النزاع. قال في «رد المحتار»: (والجهالة ليست بمانعة لذاتها بل لكونها مفضية إلى النزاع)(١).

وفي "إعلام الموقعين": (يصح أن يقول: بعتك من هذه الشمعة كل أوقية منها بدرهم، قلَّ المأخوذ منها أو كثُرَ...ولا محذور في هذا أصلًا، ولا يفضي إلى تنازع ولا تشاحن...ولا يضرُّه جهالة كمية المعقود عليه عند البيع؛ لأن الجهالة المانعة من صحة العقد هي التي تؤدي إلى القِمَار والغرر، ولا يدري العاقد على أي شيء يدخل، وهذه لا تؤدي إلى شيء من ذلك.. والشريعة لا تحرم مثل هذا ولا تمنع منه)(٢).

وربط الأجرة بمؤشر منضبط لا يؤدي إلى النزاع، فالجهالة هنا لا تفسد العقد.

والثاني: أن من شروط الغرر المؤثر ألَّا تدعو إلى العقد حاجة؛ لأن (تحريمه أشدُّ ضررًا من ضرر كونه غررًا) (٢٣). ومن المعلوم أنَّ الإجارة بالسعر المتغير مما تدعو إليها الحاجة، وتتحقق بها مصلحة العاقدين جميعًا؛ إذ يندر في عقود التمويل طويلة الأجل أن تستقر أسعار الإيجارات التمويلية، بل تتذبذب بما يجعل أحدهما غابنًا والآخر مغبونًا، فيحتاج كل منهما إلى أن يحمي نفسه بأن يربط الأجرة بسعر السوق وقت السداد، (والشارع لا يحرم ما يحتاج الناس إليه من البيع؛ لأجل نوع من الغرر، بل يبيح ما يحتاج إليه من ذلك)(٤).

وتحريم الإجارة بالسعر المتغير قد يلحق بالناس ضررًا أشد من ضرر تغير السعر؛ لأن شركات التأجير التمويلي في حال منعها من الإجارة بالسعر المتغير ستعمِد إلى أحد أمرين:

الأول: أن تمتنع عن الإجارات الطويلة خوفًا من تقلب الأسعار، وهذا سيجعل الشركات تتجه إلى التمويل الاستهلاكي قصير الأجل، ولا يخفى ما في التوسع فيه من الأضرار على البلاد والعباد، وتحجم تلك الشركات عن تمويل المشروعات والتمويل العقاري وغيرها من التمويلات طويلة الأجل، وهي أكثر نفعًا لاقتصاد البلد، والأكثر حاجة للناس والمتمولين.

والثاني: أن تقبل بالإيجار الطويل بأجرة محددة عالية تحسبًا لارتفاع الأسعار في المستقبل،

<sup>(</sup>١) رد المحتار ٦/ ٥٣ وانظر: المنتقى شرح الموطأ ٥/ ٤١، المجموع شرح المهذب ٩/ ٢٥٨.

<sup>(</sup>٢) إعلام الموقعين ٣/ ٢٩٥. وانظر: مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩/ ٢٢٧، الفروق ٣/ ٢٦٥.

<sup>(</sup>٣) القواعد النورانية، ص ١٤٠، فتح القدير ٦/ ٢٠٦، بداية المجتهد ٢/ ١٨٧، المجموع شرح المهذب ٩/ ٢٥٨، الغرر وأثره في العقود، ص ٥٩٩.

<sup>(</sup>٤) مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩ / ٢٢٧.

وبذا يتضرر المستأجر؛ إذ من النادر أن تقبل الشركة بتثبيت الأجرة بناءً على سعر السوق عند العقد لطيلة مدة الإجارة التي قد تمتد لسنوات طويلة قد تتجاوز عشرين سنة.

والثالث: أن من شروط الغرر المؤثر أن يكون كثيرًا(١٠). والجهالة هنا تعد يسيرة؛ لأمرين:

أ- أن المجيزين للإجارة المتغيرة يشترطون أن يجعل للتغير حد أعلى وحد أدنى؛ دفعًا للتغير الفاحش.

ب- أن المتغير هو المؤشر فقط دون الهامش والجزء الثابت -وهو ما يقابل تكلفة شراء الأصل المؤجر - وقد سبق بيان هذه العناصر في المبحث الأول.

الدليل الثالث: أن الإجارة بالسعر المتغير من الغبن، والغبن في العقود محرم، فضلًا عن كونه موجبًا لثبوت الخيار لمن وقع عليه غبن.

ووجه الغبن في العقد: أن أجرة المثل تتقلب خلال فترة الإيجار، فقد تؤجر الشركة العين ظنًا منها أن الأسعار سترتفع، ثم يكون الأمر على خلاف ما توقعت، وقد يستأجر الشخص بمثل ذلك ظنًا منه أن الأسعار ستنخفض فيقع الأمر على خلاف توقعه، فلا يخلو الأمر من الغبن، فأحدهما غابن والآخر مغبون.

#### ويناقش هذا الدليل ببيان حقيقة الغبن:

فالغبن: شراء السلعة بأكثر من ثمنها المعتاد، أو بيعها بأقلَّ منه (٢)، وفي الإجارة يكون الغبن باستئجار العين بأكثر من أجرة المثل، أو إجارتها بأقلَّ منها؛ فالغبن يكون من جهة البائع أو المؤجر ومن جهة المشتري أو المستأجر، ولا يكون مؤثرًا إلا إذا كان فاحشًا، وهو الذي يخرج عن العادة، أما الغبن اليسير الذي جرت العادة به بين التجار فلا أثر له.

والمرجع في تحديد الغبن الفاحش عند جمهور الفقهاء عدا الحنفية هو العرف والعادة (٣). وعند الحنفية: الغبن الفاحش ما لا يدخل تحت تقويم المقوِّمين، كما لو وقع البيع بعشرة مثلًا، ثم إن بعض المقومين يقول: إنه يساوي خمسة، وبعضهم ستة، وبعضهم سبعة، فهذا غبن فاحش، بخلاف ما إذا قال بعضهم: ثمانية، وبعضهم: تسعة، وبعضهم: عشرة فهذا غبن يسير (٤).

ويما سبق يتبين أنَّ الإجارة بالسعر المتغير أبعد ما تكون عن الغبن؛ لأنَّ الأجرة ترتبط بما

<sup>(</sup>١) المجموع شرح المهذب ٩/ ٢٥٨، بداية المجتهد ٢/ ١٨٤، الغرر وأثره في العقود، ص٠٦٥.

<sup>(</sup>٢) فتح القدير ٨/ ٨٣، مواهب الجليل ٤/ ٤٦٧، تحفة المحتاج ٥/ ١٦٧، الروض المربع، ص٢٤٧.

<sup>(</sup>T) حاشية الدسوقي ٣/ ١٤٠، مغني المحتاج ٣/ ٢٤٣، المغني ٤/ ١٧.

<sup>(</sup>٤) رد المحتار ٥/ ١٤٤.

عليه السوق، وهو ما جرت العادة به بين التجار، ولا يخرج عن تقويم المقومين، فكيف يقال: إن فيه غبنًا؟! بل إنَّ الإجارة بأجرة ثابتة للمدد الطويلة التي تمتد لسنوات قد يشعر فيها أحد الطرفين بالغبن عندما يرى السوق بعيدًا عما هو ملزم به في العقد. ففي ربط الأجرة بما عليه السوق حماية للطرفين من الغبن. ولا أدلَّ على ذلك من أن معظم الشركات الكبرى ترفض أن تبرم عقود إجارة تمويلية طويلة الأجل مع المصارف بأجرة ثابتة؛ وما ذاك إلا لكونها ترى أن الأجرة بالسعر المتغير أعدل لها، وأكثر حماية لها من أن يستغل المصرف تثبيت السعر في رفع الأجرة معها؛ فاللجوء للسعر المتغير لا يهدف لحماية الطرف الأقوى -وهو المصرف المؤجر - كما يتوهم البعض، بل يهدف لحماية الطرفين بالرجوع إلى سعر السوق وفق آلية منضبطة، والمعاوضة بسعر المثل بل يهدف لحماية الطرفين بالرجوع إلى سعر السوق وفق آلية منضبطة، والمعاوضة بسعر المثل أخذ بما يأخذ به غيرى)(۱).

والواقع شاهد أنه في ظلِّ تقلبات الأسواق المالية ما بين تضخم وانكماش، فإنَّ الاقتصار على تحديد العوض قد يؤدي إلى النزاع والغبن. ففي السودان مثلًا -حيث يعاني من التضخم ظهرت المشكلة بوضوح عندما طبقت صيغة السلم بكمية محددة، مما أدَّى إلى استحداث ما سمي بـ (بنـد الإحسان)، بحيث يتم تخفيض كمية المسلَم فيه إذا تجاوز فرق السعر ثلث الثمن المتفق عليه (۲).

الدليل الرابع: أن الإجارة بأجرة متغيرة من البيعتين في بيعة، ووجه ذلك: أن الأجرة غير محددة، فتارة ترتفع وتارة تنخفض. وقد نهى النبي صَلَّاللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن البيعتين في بيعة) (٣).

ويناقش هذا الدليل من وجهين:

الوجه الأول: بيان المراد بالبيعتين في بيعة، ومدى انطباق ذلك على الإجارة بأجرة متغيرة:

فقد اختلف أهل العلم في تأويل الحديث: فمنهم من فسَّره باشتراط عقد في عقد (١)، ومنهم

<sup>(</sup>١) نقله عنه ابن القيم في إعلام الموقعين ٤/ ٥.

<sup>(</sup>٢) التحوط في التمويل الإسلامي، ص١٥٦.

<sup>(</sup>٣) أخرجه أحمد ٢/ ٤٣٢، وأبو داود (٣٤٦١)، والترمذي (١٢٣١)، والنسائي (٤٦٣٢)، وابن حبان - الإحسان (١١٠٩)، من حديث أبي هريرة رَحَوَاللَّهُ عَنْهُ، والحديث صحَّحه الترمذي وابن حبان وقال الهيثمي في مجمع الزوائد ٤/ ٨٥: (رجال أحمد رجال الصحيح).

 <sup>(</sup>٤) فتح القدير ٦/ ٨٠، الأم ٣/ ٧٨، المغنى ٦/ ٣٣٢، المحلى ٩/ ١٥.

من فسَّره بقلب الدَّين في صورة بيع الدين المؤجل على المدين إلى أجل آخر بزيادة عليه (١)، ومنهم من فسَّره ببيع من فسَّره بأن يبيع السلعة بتسعة نقدًا أو بعشرةٍ نسيئة ونحو ذلك من غير بتِّ (٢)، ومنهم من فسَّره ببيع العِينة (٣).

والراجع: أنَّ المرادبه النهي عن اجتماع عقدين كل واحد منهما مباح في حال انفراده، وإذا جمع بينهما ترتب على اجتماعهما الوقوع في محظور، من ربًا كـ (العينة والجمع بين القرض والبيع)، أو غرر كما في (بعتك بتسعة نقدًا أو بعشرة نسيئة من غير بتً)، أو نزاع كـ (الجمع بين عقدين في محل واحد وزمن واحد)، ومما يؤيد ذلك ما جاء في بعض طرق الحديث: «مَنْ بَاعَ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ فَلَهُ أَوْ كَسُهُمَا أَوْ الرِّبًا» أَن اجتماع البيعتين يؤدي إلى الربا.

قال ابن القيم رَحَمُهُ اللَّهُ: (نهى النبي صَالَّاللَهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن بيعتين في بيعة، وهو الشرطان في البيع في الحديث الآخر، وهو الذي لعاقده أوكس البيعتين أو الربا في الحديث الثالث، وذلك سدًّا لذريعة الربا؛ فإنه إذا باعه السلعة بمئة مؤجلة ثم اشتراها منه بمئتين حالَّة فقد باع بيعتين في بيعة، فإنْ أَخَذَ بالناقص أخذ بأوكسهما، وهذا من أعظم الذرائع إلى الربا، وأن أخذ بالناقص أخذ بأوكسهما، وهذا من أعظم الذرائع إلى الربا، وأبعد كل البعد من حمل الحديث على البيع بمئة مؤجلة أو خمسين حالة، وليس ههنا ربا ولا جهالة ولا غرر ولا قِمار ولا شيء من المفاسد؛ فإنه خيَّره بين أيِّ الثمنين شاء، وليس هذا بأبعد من تخييره بعد البيع بين الأخذ والإمضاء ثلاثة أيام، وأيضًا فإنه فرق بين عقدين، كلُّ منهما ذريعة ظاهرة جدًّا إلى الربا وهما السلف والبيع، والشرطان في البيع – وهذان العقدان بينهما من النسب والإخاء والتوسل بهما إلى أكل الربا ما يقتضي الجمع بينهما في التحريم) (٥). اهـ.

وبالنظر في الإجارة بالسعر المتغير فليس فيها إلا صفقة واحدة بأجرة واحدة، وليس فيها بيعتان، ولا مدخل للربا ولا للغرر فيها، ولا تؤدي إلى النزاع، والله أعلم.

الوجه الثاني: أن الإجارة يغتفر فيها من الغرر ما لا يغتفر في البيع؛ لأن المعقود عليه وهو المنفعة يتحصل شيئًا فشيئًا، ولذا يغتفر فيها ترديد الأجرة بخلاف البيع، كأن يقول: إن خِطْتَ هذا الشوب اليوم فلك درهم، وإن خِطْتَه غدًا فلك نصف درهم، أو يقول: إن خِطْتَه روميًّا فلك درهم، وإن خِطْتَه نصف درهم، أو يقول: آجرتك الدابة إلى بغداد بكذا أو إلى الكوفة بكذا.

<sup>(</sup>١) معالم السنن ٥/ ٩٨، نيل الأوطار ٦/ ٢٣٥.

<sup>(</sup>٢) معالم السنن ٥/ ٩٨، نيل الأوطار ١٠/ ٤٤.

<sup>(</sup>٣) الفتاوى الكبرى، لابن تيمية ٦/ ٥١، تهذيب السنن ٥/ ١٤٨، إعلام الموقعين ٣/ ١٦٢.

<sup>(</sup>٤) هي رواية أبي داود في الموضع السابق.

<sup>(</sup>٥) إعلام الموقعين ٣/ ١١٩.

والقول بجواز ترديد الأجرة في الإجارة هو قول أبي يوسف ومحمد بن الحسن من الحنفية، والإمام أحمد في رواية اختارها بعض أصحابه (١)، واختار هذا القول أبو حنيفة أيضًا إلا في الترديد بين زمانين، فيصح في الزمن الأول، كما لو قال: إن خِطْتَه اليوم فلك درهم، وإن خِطْته غدًا فلك نصف درهم، فإن خَاطَهُ اليوم فله درهم، وإن لم يفرغ منه اليوم فله أجر مثله، لا ينقص عنه نصف درهم ولا يجاوز به درهمًا(١).

### واستدلُّ أصحاب هذا القول بأدلة منها:

- أنَّ هــذا هو الثابت عن الصحابة رَحَوَاللَّهُ عَنْ قال ابن القيم: (الثابت عن الصحابة الذي لا يعلم عنهم فيه نزاع جــواز الإبهام في الإجارة، كما ذكره البخاري في «صحيحه» عن عمر أنه دفع أرضه إلى من يزرعها وقــال: إن جاء عمر بالبذر من عنده فله كذا، وإن جاؤوا بالبذر فلهم كذا(٢)، ولم يخالفه صحابي واحد)(١).
- وبالقياس على ما لو آجره الدار كل شهر بدرهم، أو آجره على نقل الماء كل دلو بتمرة.

ووجه القياس: أنه سمَّى لكل عملٍ عوضًا معلومًا من غير تحديد (٥). وقد دلَّت السنة على جواز المؤاجرة كل دلو بتمرة، وذلك فيما رواه أحمد عن علي رَخُوَلِللَّهُ عَنْهُ أنه استقى لرجل من اليهود كل دلو بتمرة، وجاء به إلى النبي صَلَّاللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فأكل منه (٢).

- ولأن الترديد لا محظور فيه. قال ابن القيم: (قد تدعو الحاجة إلى أن يكون عقد الإجارة مبهمًا غير معين... ثم قال: ولا محذور في ذلك ولا خطر ولا غرر ولا أكل مال بالباطل، ولا جهالة تعود إلى العمل ولا إلى العوض)(٧).

وليس المراد من إيراد هذه المسألة قياس الأجرة المتغيرة على ترديد الأجرة، وإنما المراد

<sup>(</sup>١) الشرح الكبير على المقنع ١٤/ ٢٩٧، الفروع ٤/ ٤٢٤.

<sup>(</sup>٢) البحر الرائق ٨/ ٣٥، الكفاية ٨/ ٧١.

<sup>(</sup>٣) ذكره البخاري تعليقًا، كتاب الحرث والمزارعة، باب المزارعة بالشطر ونحوه، وقال ابن حجر، الفتح ٥/ ١٢، بعد أن ذكر أنه روي من طريقين كلاهما مرسل: (وهذا مرسل أيضًا فيتقوَّى أحدهما بالآخر).

<sup>(</sup>٤) إعلام الموقعين ٣/ ٤١٣.

<sup>(</sup>٥) المغني ٨٦/٨.

<sup>(</sup>٦) أخرجه أحمد ١/ ١٣٥، وابن ماجه، (٢٤٤٦)، وأبو يعلى (٥٠١) من حديث ابن عباس وَهَالِلَهُمَا هَا، وقال في مجمع الزوائد ٤/ ٩٧: (رجاله رجال الصحيح) إلّا أنّ فيه انقطاعًا، والحديث صححه ابن القيم في إعلام الموقعين ٣/ ٩٤، وابن السكن وابن حجر في التلخيص الحبير ٣/ ٦١.

<sup>(</sup>٧) إعلام الموقعين ٣/ ٤١٢.

بيان أنَّ النهي عن البيعتين في بيعة لا يشمل الإجارة؛ لأنَّ الإجارة يغتفر فيها ما لا يغتفر في البيع؛ لكون المنفعة مؤجلة بطبيعتها، ولا يمكن استيفاؤها في الحال، وتتجدد بالاستيفاء أو التمكن منه، بخلاف البيع فالسلعة يمكن استيفاؤها دفعة واحدة عند العقد، والله أعلم.

010010010

# المبحث السيّالع

### الموازنة بين القولين وضوابط الإجارة بأجرة متغيرة

#### المطلب الأول: الموازنة بين القولين.

بالنظر في القولين السابقين يظهر أنَّ منشأ الخلاف هو اختلافهم في الأجرة المتغيرة وفق مؤشر معلوم حسب سعر السوق: هل هي مما يتول إلى العلم على وجه لا يؤدي إلى المنازعة أم أنها ليست كذلك؟

فالمانعون يرون أنها ليست كذلك؛ لأنَّ من المحتمل ألَّا يرضى أحد العاقدين بما تئول إليه الأسعار في المستقبل، فلا يتحقق شرط الرضا بالعقد. ف(ما لا يؤدي إلى المنازعة) بناءً على هذا القول يراد به: ما لا يؤدي إلى عدم الرضا بالنتيجة.

وفي نظري أن هذا محل نظر: فالرضا بما يئول إليه العقد ليس شرطًا للصحة؛ واحتمال أيلولة الأسعار بخلاف ما يرتضيه أحد العاقدين وارد في عامة العقود التي يتأخر فيها التسليم أو الاستيفاء حتى مع تحديد العوض فيها، ولا يعدُّ ذلك موجبًا لفساد العقد أو فسخه.

فعلى سبيل المثال: قد ترتفع أسعار المواد بعد إبرام عقد المقاولة بثمن محدد وقبل التنفيذ، فيتضرر المقاول ويتمنى لو لم يكن دخل في العقد، وقد يبذل وسعه في فسخ العقد والتحيُّل لذلك، ومثل ذلك في السلم والتوريد، بل وفي الإجارة بأجرة ثابتة؛ قد تنخفض الأسعار بشكل كبير فيشعر المستأجر بالغبن، ويسعى لفسخ العقد، وقد يحصل العكس.

وعلى القول الأول: فإن المرادب(ما لا يؤدي إلى المنازعة)؛ أي: الاختلاف بين العاقدين في تحديد العوض عند استحقاقه، فإذا كان هناك عرفٌ منضبطٌ لا مجال للنزاع بين الطرفين في تحديد العوض بموجبه، وليس أيٌّ من العاقدين مظنة التهمة فيه فيصح أن يقال: إن الجهالة في العوض عند التعاقد تثول إلى العلم على وجه لا يؤدي إلى المنازعة، ولو آل السعر بخلاف ما يرتضيه أحد العاقدين.

وبالنظر في الأجرة بالسعر المتغير فهي كذلك، فليست مظنة النزاع أو التهمة؛ لأنَّ من شرط المؤشر الذي تربط به الأجرة أن يكون معلنًا يمكن لأيِّ أحد معرفتُه، ويستطيع أيُّ خبيرٍ أن يحسب الأجرة بناءً عليه، وأن يكون المؤشر منضبطًا بحيث لا يتغير تغيرًا فاحشًا، وأن يكون بحسب سعر السوق بحيث لا يتدخل أى من الطرفين في تحديده؛ دفعًا للتهمة.

وبناءً على ما سبق؛ فالذي يترجح للباحث هو جواز الإجارة بأجرة متغيرة ترتبط بمؤشر معلوم منضبط وفق الضوابط التي سيأتي بيانها في المطلب التالي؛ وذلك بناء على الأصل الشرعي وهو الحل والإباحة في المعاملات، ولم يظهر في هذه المعاملة غرر مؤثر؛ لأن الأجرة تئول إلى العلم على وجه لا يؤدي للمنازعة، وقياسًا على ما نص الله عليه في كتابه من جواز استئجار المرضع بطعامها وكسوتها بحسب العرف عند دفع الأجرة لها، ولاشك أن الأجرة تتغير في هذه الحال بتغير الأزمنة والأحوال والمواسم، واستئناسًا بما رجحه جمع من المحققين من أهل العلم كشيخ الإسلام ابن تيمية وابن القيم وغيرهما من جواز البيع والإجارة بسعر السوق عند التعاقد في البيوع التي يكون فيها تسليم السلعة عند العقد، وكذا جواز البيع بسعر السوق يوم التسليم في البيوع التي يتأخر فيها تسليم السلعة عن العقد، كالسلم.

ومع ترجيح الجواز في هذه المسألة إلا أنَّ الباحث يرى أن كثيرًا من ممارسات البنوك وشركات التمويل للإجارة بأجرة متغيرة مع الأفراد لا تخلو من الخلل، ومنشأ ذلك جهل كثير من العملاء الأفراد بهذا العقد، والآثار المترتبة عليه، وآلية احتساب الأجرة، ولذا وجدنا شكاية كثير من منهم عند ارتفاع الأجرة.

ومن الممارسات الخاطئة التي ترتكبها البنوك وشركات التمويل بخصوص هذا العقد:

١ - تسويق العقد على العملاء على اعتبار أن الأجرة قابلة للانخفاض ولا تقبل الزيادة،
 أو أن الارتفاع نادر أو أنه إن وجد فهو يسير جدًّا لا يكاد يذكر.

٢- إعفاء العميل من المؤشر للفترة الأولى؛ أي يكون (صفرًا)، فتظهر أقساط الفترة الأولى متدنية؛ لغرض جلب العملاء، ويتوهم العميل أن هذا هو القسط المعتاد الذي يتوجب عليه دفعه أو قريب منه، والواقع أنَّ المصرف أعفاه من بعض القسط، ثم يتفاجأ بارتفاع الأقساط في الفترات التالية؛ فإذا صادف ذلك ارتفاع سعر المؤشر في السوق في الفترة التالية فهذا يعني أنَّ الارتفاع سيكون مضاعفًا عليه، وهذا ما حصل لكثير من عملاء التمويل العقاري في الفترة الماضية.

ولذا يرى الباحث أن الإجارة بأجرة متغيرة بسعر السوق مناسبة فيما بين الشركات لخبرة كل طرف بالعقد ومآلاته، بل إن معظم الشركات في حال رغبتها في الدخول بعقد إجارة طويلة مع المصارف تفضل الأجرة المتغيرة؛ لكونها ترى أنها أنسب لها من الأجرة الثابتة، وتوفر لها حماية أكثر، أما مع الأفراد فأرى أنه مع القول بالجواز فيجب على الجهات الإشرافية والرقابية وضع تنظيمات ولوائح تحمي العملاء الأفراد من استغلال البنوك وشركات التمويل لجهل العملاء بالعقد، وأن تلزم البنوك وشركات التمويل لجهل العملاء بالعقد، وأن تلزم البنوك وشركات التمويل بالإفصاح التام للعميل وبيان جميع ما يؤثر في الأجرة الرتفاعًا وانخفاضًا، وتجنب الممارسات التسويقية المضللة، لا سيما الخصومات في الفترة الأولى

بما يوهم العميل أن هذا هو السعر المعتاد للأجرة طيلة مدة الإجارة، وفي حال عدم التزام البنك أو شركة التمويل بالبيان وتجنب الممارسات المضللة فيعد مدلسًا ويثبت للمستأجر خيار التدليس في حال ارتفاع الأجرة، وله الحق في المضى في العقد أو فسخه.

#### المطلب الثانى: ضوابط الإجارة بأجرة متغيرة.

#### الضابط الأول: أن يكون المؤشر الذي تربط به الأجرة معلومًا.

يجب أن يكون المؤشر الذي تربط به عقود الإجارة معلومًا للطرفين عند العقد، وأن يتاح لهما معرفته في أي وقت طيلة مدة الإجارة، ويتحقق ذلك بأن يعلن المؤشر في أحد المواقع المعتمدة، ونحو ذلك.

#### ولذا فإن من الإجراءات الخاطئة لدى بعض شركات التمويل ما يأتى:

- أن ينص العقد على تغير الأجرة دون تحديد المؤشر الذي سيرتبط به ذلك التغير.
- أو يكون لشركة التمويل حق تعديل الأجرة في حدود معينة وفق تقديرها المطلق.
- أو ينص في العقد على تغير الأجرة بالأعلى من مؤشرين أو أكثر، كأن يتفق على أن تتغير الأجرة بالأعلى من مؤشر (السايبور) وهو تكلفة التمويل بين المصارف بالدولار.
  بالريال، أو (اللايبور) وهو تكلفة التمويل بين المصارف بالدولار.
- أن يوهم العميل في الإيجار التمويلي بأن التغير سيكون بحسب قيمة الأصل المؤجر. وهذا غير صحيح، فلا علاقة بين المؤشر المتغير وقيمة الأصل المؤجر.

وهـذه الإجراءات أرى أنها موجبة لفساد العقد؛ لكونها تعود بالجهالة في الأجرة، والعلم بها شرط صحة.

#### الضابط الثاني: أن يكون المؤشر منضبطًا.

ومعنى كونه منضبطًا أن يكون المؤشر مستقرًّا بحيث لا يكون ارتفاعه وانخفاضه فاحشًا؛ والمرجع في تحديد ذلك إلى الأعراف المالية؛ فعلى هذا لا يجوز أن يربط تغير الأجرة بمؤشر فاحش التغير مثل مؤشر سوق الأسهم مثلًا، أو مؤشر تكلفة التمويل بين المصارف في العملات شديدة التذبذب.

وهنا يرد التساؤل: هل يعد مؤشر تكلفة التمويل بين المصارف في العملات المستقرة كالريال السعودي (السايبور) والدولار الأمريكي (اللايبور) من المؤشرات المنضبطة؟

مما لا شكَّ فيه أن هذه المؤشرات تواجه فترات صعود وفترات هبوط، وليست ثابتة بنسبة

واحدة على مرِّ الزمن، ولكن باستقراء تاريخ هذين المؤشرين على سبيل المثال فإنَّ التذبذب فيهما يعدُّ محدودًا، فمؤشر السايبور على الريال مثلًا كان في حدود ١٠٪ عام ١٩٨٤م ثم انخفض تدريجيًّا حتى بلغ ٢٪ في عام ٢٠٠٧م، أي بمتوسط انخفاض ٥ , ٠٪ سنويًّا، ثم ارتفع حتى بلغ في عام ٢٠١٧م حوالي ٥٪ أي بمعدل ارتفاع سنوي ٧٥ , ٠٪، ثم انخفض حتى بلغ مطلع عام ٢٠١٧ حوالي ٢ , ١٪. وبتحليل القراءة السابقة يمكن أن نصل إلى النتائج الآتية:

١ - متوسط التغير في السايبور من سنة لأخرى منذ عام ١٩٨٤ إلى ٢٠١٧ أقل من ١٪.

٧- أعلى نسبة تذبذب من سنة لسنة تالية لها في تلك الفترة بلغت ٥ , ١ ٪.

٣- لا يعني ذلك أن الارتفاع والانخفاض في أقساط الأجرة هو في هذه الحدود فقط؛ لأن هذه النسب بالنظر إلى التغير في إجمالي الأجرة المتبقية وليس للقسط الواحد منها؛ ولذا فإن التغير في القسط سيكون أعلى نسبيًا.

ومن هذه النتائج يمكن القول: إن مؤشر السايبور يعدُّ منضبطًا وفق الأعراف المالية، فالتغير فيه ليس بفاحش على المدى الطويل، والله أعلم.

الضابط الثالث: أن يكون المؤشر مقياسًا لسعر السوق لمثل ذلك العقد.

فيشترط في المؤشر المتغير أن يعكس سعر السوق لمثل عقد الإجارة؛ ولذا فإنه يفرق بين نوعين من الإجارة:

النوع الأول: الإجارة التشغيلية، وهي التي لا تتضمن وعدًا من المؤجر بتمليك المستأجر الأصل المؤجر بعد انتهاء الإجارة، فالواجب أن يكون المؤشر المتغير لهذا النوع مرتبطًا بأسعار الإيجارات لمثل الأصل المؤجر، وهذه الأسعار تتأثر حتمًا بعوامل عدة من أبرزها قيمة الأصل المؤجر؛ مثال ذلك: أن يتفق العاقدان على أن تكون أجرة العقار بحسب أجرة المتر المربع في المنطقة التي فيها العقار مضروبة بعدد الأمتار.

والنوع الثاني: الإجارة التمويلية، وهي التي تتضمن وعدًا بالتمليك، فالمؤشر المتغير في مثل هذا النوع من الإجارات يرتبط عادة بتكلفة التمويل؛ لأن هذا هو سعر السوق في هذا النوع من الإجارة، ولا يتأثر ذلك عادة بقيمة الأصل المؤجر.

#### ومن الخطأ اعتبار سعر السوق لكلا نوعي الإجارة واحدًا؛ لأمرين:

١ - أن مقتضيات كل نوع تختلف عن الآخر؛ فالإجارة التمويلية تتضمن وعدًا بالتمليك بخلاف الإجارة التشغيلية.

٧- ولاختلاف سوق كل منهما عن الآخر؛ فالإجارة التشغيلية تخضع للأنظمة والأسواق

العقارية، وأهل السوق فيها هم الشركات والمكاتب العقارية، بينما الإجارة التمويلية تخضع للأنظمة التمويلية، ولا يرخص بممارستها إلا للشركات التمويلية.

ومن الإجراءات الخاطئة التي تمارسها بعض شركات التأجير ربط الأجرة بمعدل السيولة لدى الشركة الممولة، أو بنتائجها المالية، أو بتكلفة التمويل الخاصة بخزينتها، وكل ذلك -فيما يظهر للباحث - لا يتفق مع رأي القائلين بجواز الأجرة المتغيرة؛ إذ شرط الإجارة بالسعر المتغير ألاً ينفر دَ أحد العاقدين بتحديده، بل يجب أن يكون بما جرى عليه العرف؛ دفعًا للتهمة والنزاع بين الطرفين.

#### الضابط الرابع: أن تحدد أجرة الفترة الأولى عند العقد وأجرة كل فترة تالية في بدايتها.

فلو كان عقد الإجارة لمدة عشر سنوات، وتتغير فيه الأجرة كل سنة، فيجب أن تحدد أجرة السنة الأولى عند العقد، وأجرة كل سنة تالية قبيل بدايتها.

والغرض من ذلك: أن يكون استيفاء المنفعة بأجرة معلومة؛ لأنَّ الأجرة لا تستقر في ذمة المستأجر إلا باستيفاء المنفعة أو التمكين منها، وأما قبل ذلك فهي عرضة السقوط، ولا تأخذ حكم الدين المستقر في الذمة؛ ولذا لا يجب على المؤجر زكاة الأجرة في ذمة المستأجر عن المدة التي لم تستوفِ منفعتها، وهذا ما عليه مذهب المالكية والشافعية، خلافًا للحنفية والحنابلة الذين يرون أن الأجرة تستحق كاملة بالعقد.

قال في «الشرح الكبير على المقنع» مبينًا الخلاف في هذه المسألة: (ولو أجر داره سنين بأربعين دينارًا ملك الأجرة من حين العقد، وعليه زكاة الجميع إذا حال الحول؛ لأن ملكه عليها تامُّ، بدليل جواز التصرف فيها بأنواع التصرفات... وكونها بعرض الرجوع لانفساخ العقد لا يمنع وجوب الزكاة، كالصداق قبل الدخول، ثم إن كان قد قبض الأجرة أخرج الزكاة منها، وإن كانت دينًا فهي كالدين معجلًا أو مؤجلًا، وقال مالك وأبو حنيفة: لا يزكيها حتى يقبضها ويحُولَ عليها حولٌ بناءً على أن الأجرة إنما تستحق بانقضاء مدة الإجارة)(١).

#### الضابط الخامس: أن يُجعلَ للمؤشر حد أعلى وحد أدنى.

والغرض من ذلك: هو ألّا يكون التغير في المؤشر فاحشًا بما يؤدي إلى الإضرار بأي من العاقدين، وليس للحد الأعلى أو الأدنى نسبة محددة، وإنما يرجع في تقدير ذلك إلى العرف. ونظير ذلك: ما ذكره أهل العلم في ضابط الغبن الموجب للخيار بأن المرجع فيه إلى العرف، وإذا لم يكن

<sup>(</sup>۱) الشرح الكبير على المقنع ٢/ ٤٤٣، وينظر: فتح القدير ٢/ ٢٢٤، المدونة ١/ ٣٢٤، المجموع شرح المهذب ٢/ ٢٤.

ثَمَّةَ عرفٌ فالذي يظهر أن يقدر ذلك بالثلث؛ لأنَّ الثلث معتبر في الحد بين القلة والكثرة في الوصية وغيرها من المسائل الشرعية.

ومع أن عددًا من هيئات الاجتهاد الجماعي ذكرت هذا الضابط، إلا أني لم أطَّلع على من بيَّن الآلية التي يضبط بها الحد الأعلى والأدنى، فهل هما باعتبار إجمالي الأجرة أم القسط الواحد أم التغير في المؤشر؟

والذي يترجح للباحث: أن يُربَط الحدُّ الأعلى والأدنى بالتغير في المؤشر بحيث لا يزيد المؤشر في فترة ٣٪ فيكون الحد المؤشر في فترة بمقدار ثلث المؤشر للفترة السابقة، فلو كان المؤشر في فترة ١٪ فيكون الحد الأعلى للمؤشر في الفترة التالية هو ٤٪، ولو كان المؤشر في فترة ١٪ فيكون الحد الأعلى للمؤشر في الفترة التالية ٣٣ ، ١٪، وهكذا.

ولا يعني ذلك أن أقساط الإجارة يمكن أن ترتفع في فترة بمقدار الثلث عن الفترة السابقة، فهذا يعدُّ تغيرًا فاحشًا، وإنما المراد نسبة التغير في المؤشر، وهي بلا شك ستنعكس بنسبة تغير أقلَّ في أقساط الإجارة.

ومن الممارسات الخاطئة في بعض شركات التمويل أن يجعل الحدَّ الأدنى للمؤشر هو سعر المؤشر عند العقد، بمعنى أن الأجرة يمكن أن ترتفع في الفترات التالية ولا يمكن أن تنزل عن أجرة الفترة الأولى، وهذا فيه إجحاف وظلم في حق المستأجر، وليس من الإجارة بسعر السوق؛ إذ الواجب في الإجارة بسعر السوق أن تتبع الأجرة سعر السوق ارتفاعًا وانخفاضًا على حد سواء؛ لتحقيق العدل بين الطرفين.



# المبحث النجامية

### تطبيقات أخرى للإجارة بأجرة متغيرة بتغير السوق

من التطبيقات الأخرى للأجرة المتغيرة المعمول بها لدى بعض الشركات ما يأتي:

أولًا: الإجارة المتجددة بأجرة متغيرة.

في هذه المعاملة يتمُّ إبرام عقد إجارة قصير مع وعد بتجديد العقد دوريًّا وتكون الأجرة عند التجديد مرتبطة بمؤشر معلوم منضبط.

والفرق بين هذه المعاملة والإجارة الطويلة بالسعر المتغير: أن الإجارة الطويلة بالسعر المتغير تكون بعقد واحد مقسَّم إلى فترات، وتتغير الأجرة في كل فترة عن الأخرى مع بقاء لزوم العقد طيلة فتراته، بينما في هذه المعاملة عقود متعددة متتالية تكون أجرة كلِّ منها مختلفة عن الأخرى.

والوعد بتجديد الإجارة لا يُلزَم أيُّ من الطرفين به، ولكن يترتب على الإخلال بالوعد تحمل الواعد الأضرار الفعلية التي تلحق الموعود بسبب نكول الواعد عن وعده، ولا يجوز أن يكون هناك مواعدة ملزمة للطرفين، وهذا ما صدر به قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي (رقم ١٤٠-٤) ونصُّه: (المواعدة -وهي التي تصدر من الطرفين- تجوز في بيع المرابحة بشرط الخيار للمتواعدين، كليهما أو أحدهما، فإذا لم يكن هناك خيارٌ فإنها لا تجوز؛ لأنَّ المواعدة الملزمة في بيع المرابحة تشبه البيع نفسه)(١).

#### ثانيًا: الإجارة بأجرة ثابتة مع الإبراء عما زاد عن المؤشر.

في هذه الطريقة يبرم عقد الإجارة بأجرة ثابتة، تكون عادة أعلى من سعر السوق، ثم يبرئ المؤجر المستأجر في حال نقص سعر السوق عن تلك الأجرة بمقدار الفرق بينهما، فلو كانت الأجرة المحددة ابتداءً ٥٪، ونَقَص سعرُ السوق في السنة الثانية إلى ٤٪، وفي السنة الثالثة إلى ٣٪، فيسقط المؤجر من الأجرة في السنة الثانية ١٪، وفي السنة الثالثة ٢٪، وهكذا(٢).

ويمكن أن تخرج هذه المسألة على مسألتي: تعليق الإبراء والإبراء مجهول المقدار؛ ووجه ذلك: أن الإبراء معلق على انخفاض السعر في السوق عن الأجرة المحددة، كما أنَّ مقدار هذا الانخفاض غير معلوم عند إنشاء الإبراء.

<sup>(</sup>١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الخامسة.

<sup>(</sup>٢) قرار الهيئة الشرعية لمصرف الهلال. ينظر: ملتقى المرابحة بربح متغير، ص١٦٠.

وقد اختلف أهل العلم في حكم تعليق الإبراء وفي كون الدين المبرأ منه مجهولًا؛ وسبب ذلك: هو اختلافهم في حقيقة الإبراء: هل هو تمليك أم إسقاط؟ فمن قال: إنه تمليك، اشترط أن يكون منجزًا والدَّين المبرأ منه معلومًا؛ لأنَّ التعليق يفتقر إلى الرضا، وجهالة الدين المبرأ منه تفضي إلى الغرر، ومن قال: إنه إسقاط، لم يشترط التنجيز ولا العلم؛ لأنَّ الرضا لا يستلزم التنجيز، والجهالة مغتفرة في عقود التبرعات(١).

#### أما المسألة الأولى فقد اختلف أهل العلم في حكم تعليق الإبراء على قولين:

القول الأول: عدم الجواز. وهذا مذهب الحنفية (٢)، والشافعية (٣)، والمذهب عند الحنابلة (٤). واستدلوا بما يلي:

١ – أنَّ الإبراء تمليك، وتعليق التمليك من الغرر والمقامرة، وهو مخاطرة تتضمن أكل المال بالباطل (٥٠).

نوقش: بأن التعليق لا غرر فيه؛ لأن المعلق عليه إن تمَّ حصل الإبراء، وإن لم يتم لم يحصل الإبراء، فعلى التقديرين لا يكون أحد المتعاقدين قد أكل مال الآخر بالباطل ولا قَمَر أحدهما الآخر (١٠).

٢- أنَّ انتقال الملك يعتمد الرضا، والرضا إنما يكون مع الجزم، ولا جزم مع التعليق، فإنَّ شأنَ المعلق أن يكونَ يعترضُه عدم الحصول(٧).

ويناقش: بعدم التسليم بأن الإبراء تمليك، بل هو إسقاط، ولهذا لا يفتقر إلى القبول، وعلى فرض صحة كونه تمليكًا فإن قصر الرضا على العقد الناجز تحكم لا دليل عليه، فالرضا لا يستلزم التنجيز.

#### القول الثاني: جواز تعليق الإبراء من الدّين.

<sup>(</sup>۱) ينظر: تبيين الحقائق ٤/ ١٣، البحر الرائق ٦/ ١٩٤، روضة الطالبين ٤/ ٢٠٣، المنثور في القواعد ١/ ٨١، اأسنى المطالب ٢/ ٢٣٩، الأشباه والنظائر للسيوطي، ص٢١٣، المغني ٦/ ٤٤١، الإنصاف ١٧/ ٣٣، نظرية العقد، ص٢٢٨، إعلام الموقعين ٣/ ٣٩٩.

<sup>(</sup>٢) تبيين الحقائق ٤/ ١٣، البحر الرائق ٦/ ١٩٤.

<sup>(</sup>٣) المنثور في القواعد ١/ ٨١، أسنى المطالب ٢/ ٢٣٩، الأشباه والنظائر للسيوطي، ص١٢٣.

<sup>(</sup>٤) المغني ٦/ ٤٤١، الفروع ٤/ ١٩٣، الإنصاف ١٧/ ٣٢، مطالب أولي النهي ٤/ ٣٩٣.

<sup>(</sup>٥) تبيين الحقائق ٤/ ١٣١.

<sup>(</sup>٦) نظرية العقد لابن تيمية، ص٢٢٨.

<sup>(</sup>٧) ينظر: الفروق للقرافي ١/ ٢٢٩.

وهذا مذهب المالكية (١)، ورواية عن أحمد (٢)، اختارها شيخ الإسلام ابن تيمية (٣)، وابن القيم (٤).

واستدلوا بما روى مسلم في «صحيحه» عن أبي اليَسَر صاحب رسول الله صَّالَتَهُ عَلَيْهُ وَسَلَّمَ أنه قَال لغريمه: (إن وجدتَ قضاءً فاقضِ، وإلا فأنت في حلِّ) (٥٠)؛ ولأنَّ الأصل في العقود والتصرفات الصحة ما لم تخالف الشرع، وليس في شرط التعليق ما يخالف أحكام الشريعة.

والقول الثاني هو الأرجح دليلًا.

وأما المسألة الثانية وهي الإبراء من دين مجهول المقدار فاختلف فيها أهل العلم:

فذهب الشافعية إلى التحريم؛ لما فيها من الغرر(٢).

ويناقش: بأن الغرر ممنوع في عقود المعاوضات وأما الإبراء فهو تبرع(٧).

وذهب الحنفية (١٠)، والمالكية (٩)، والحنابلة (١٠) إلى الصحة، واشترط الحنابلة تعذر العلم بالقدر المبرأ منه.

واستدل أصحاب هذا القول: بما روت أم سلمة رَضَالِللَهُ عَنْهَا أَن النبي صَاَلَاللَهُ عَلَيْهِ وَسَلَمْ قال لرجلين اختصما إليه في مواريث دَرَست: «اقْتَسِمَا، وَتَوَخَّيَا الْحَقَّ، ثُمَّ اسْتَهمَا، ثُمَّ تَحَالًا»(١١).

ووجه الدلالة: أن الحديث دلَّ على جواز البراءة من الحقوق المجهولة، ومنها الإبراء من الدين، ولأنَّ الإبراء من الدين إسقاط له، والجهالة في الإسقاط لا تفضي إلى المنازعة، وإن كان في ضمنه التمليك، لعدم الحاجة إلى التسليم، فلا تكون مفسدة (١٢).

<sup>(</sup>١) حاشية الدسوقي ٤/ ٩٩، منح الجليل ٨/ ١٧٨.

<sup>(</sup>٢) الإنصاف ١٧/ ٣٢.

<sup>(</sup>٣) الفروع ١٩٣/٤.

<sup>(</sup>٤) إعلام الموقعين ٣/ ٣٩٩.

<sup>(</sup>٥) أخرجه مسلم (٣٠٠٦).

<sup>(</sup>٦) المنشور في القواعد ١/ ٨٢، روضة الطالبين ٤/ ٣٠٢، حاشيتا قليوبي وعميرة ٢/ ٨٠٤، تحفة المحتاج ٥/ ٥٥٠.

<sup>(</sup>٧) الفروق للقرافي ١/١٥١.

<sup>(</sup>٨) المبسوط ١٣/ ٩٢، بدائع الصنائع ٥/ ١٧٢، العناية ٦/ ٣٩، غمز عيون البصائر ٣/ ٩٦.

<sup>(</sup>٩) فتح العلي المالك ٢/ ٣٣٣، شرح الخرشي ٧/ ١٠٣، حاشية الدسوقي ٤/ ٩٩، بلغة السالك ٢/ ١٩٤.

<sup>(</sup>١٠) المغني ٨/ ٢٥١، الإنصاف ١٧/ ٣٠، شرح المنتهى ٢/ ٥٢٢.

<sup>(</sup>١١) أخرجه أبو داود (٣٥٨٣) من حديث أم سلمة رَهَوَاللَّهَ عَهَا، والحديث صححه الألباني في إرواء الغليل ٥/ ٢٥٢.

<sup>(</sup>۱۲) بدائع الصنائع ٥/ ١٧٢، فتح القدير ٦/ ٣٩.

والقول الثاني هو الراجح؛ لقوة أدلته.

وبناءً على ما سبق: فيصحُّ تعليق الإبراء ولو كان الحق المبرأ منه مجهول المقدار عند إنشاء الإبراء، ولكنه يئول إلى العلم، فهذا في الإبراء المحض، فيغتفر فيه التعليق والجهالة؛ لأن الإبراء تبرع، ويغتفر في التبرعات ما لا يغتفر في المعاوضات، ولكن يشكل في المعاملة التي بين أيدينا أن الإبراء في عقد معاوضة -وهي الإجارة- فإذا كان الإبراء ملزمًا للمؤجر فيئول إلى الجهالة في الأجرة، فمن أجاز الإجارة بالسعر المتغير فهذه الصورة أولى بالجواز، ومن منع الإجارة بالسعر المتغير فالله أعلم.



### الخاتاتمة

### وتشتمل على أبرز النتائج أُوجِزُها في النقاط الآتية:

- الإجارة بأجرة متغيرة هي عقد إجارة لعين أو على عمل، تحدد فيه أجرة الفترة الأولى بمبلغ معلوم للطرفين عند التعاقد، وأما أجرة الفترات اللاحقة فتكون مرتبطة بمؤشر معلوم متفق عليه بين العاقدين، ويعلم مقدار أجرة كل فترة في بدايتها.
- يترجح للباحث أن شرط صحة عقد المعاوضة أن يكون العوض معلوم المقدار عند العقد، أو أنه يتول إلى العلم على وجه لا يؤدي إلى المنازعة والاختلاف بين العاقدين.
- المراد بكون العوض يئول إلى العلم على وجه لا يؤدي إلى المنازعة، أي لا يؤدي إلى الاختلاف ما يرتضيه أحد الاختلاف في تحديد العوض عند استحقاقه، ولو آل السعر بخلاف ما يرتضيه أحد العاقدين.

#### يترجح للباحث جواز عقد الإجارة بأجرة متغيرة بتغير السوق بالضوابط الآتية:

- أن يكون المؤشر الذي يربط به تغير الأجرة معلومًا للعاقدين عند العقد.
- أن يكون المؤشر منضبطًا، بحيث لا يتغير عادة تغيرًا فاحشًا حسب الأعراف المالية.
  - أن يكون المؤشر مقياسًا لسعر السوق لمثل ذلك العقد.
- أن تكون أجرة الفترة الأولى محددة عند العقد، وأن تحدد أجرة كل فترة في بدايتها.
  - أن يجعل للمؤشر حدٌّ أعلى وحدٌّ أدني.

#### من التطبيقات الأخرى للإجارة بأجرة متغيرة:

- إبرام عقد إجارة قصيرة مع وعد بتجديده وفقًا للأسعار السائدة عند التجديد.
- إبرام عقد إجارة بأجرة ثابتة مع الإبراء عما زاد منها عن سعر السوق عند دفع الأجرة. والحمد لله أولًا وآخرًا، وصلى الله وسلم على نبيّنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.





0

## التمويل بالمشاركة الآليات العملية لتطويره

بحثُ مقدَّم إلى الندوة الثالثة لمصرف أبو ظبي الإسلامي عام ١٤٣٢هـ ٢٠١١م





الحمد لله، والصلاةُ والسلام على رسول الله صَالِللهُ عَالَيْهُ عَلَيْهُ وَسَلَّم. أَمَّا معدُ:

يعدُّ التمويل بالمشاركة أحدَ أهمَّ أساليبِ التمويلِ الإسلاميَّةِ، وأكثرها رِبحيَّةً، ومع ذلك لم يَحظَ بحيِّز كبيرٍ من صُورِ التمويل التي تقدِّمُها المصارفُ الإسلامية إلى الآن، حيث لا يزال التمويلُ من خلال عقودِ المداينةِ هو الأكثر تطبيقًا لدى تلك المصارفِ؛ ففي دراسةٍ أجراها أحدُ المراكزِ الاستشاريَّةِ المتخصِّصةِ في العام ٢٠٠٩م على صِيغِ العقودِ المطبَّقةِ في المصارف والنَّوافذِ الإسلاميَّة في المملكة العربية السعودية - وعددها ١٢ مصرفًا ونافذة - تبيَّن أن نِسَبَ هذه الصِّيغِ وَقَى الجدول التالي:

النسبة إلى إجمالي تمويلات البنوك	الصيغة التمويلية
7. ٣٦	المرابحة
%. ov	التورق
%.0	الاستصناع
7. ٤	الإجارة
% <b>r</b>	المشاركة
%.0	البيع بالتقسيط
%1**	الإجمالي

ومن الجدول يتبيَّن أنَّ التمويل بالمشاركة لا يتجاوز ٣٪ من إجمالي تمويلات البنوك، وإذا ما قورن بعقود المداينات؛ (المرابحة، والتورق، والاستصناع، والبيع بالتقسيط) فهذه النسبة تعدُّ ضئلةً جدًّا.

ولعلَّ مِن أبرز العقباتِ التي تواجه البنوك الإسلامية في اعتمادها على صيغة المشاركة، ارتفاع نسبةِ المخاطرة لدى البنك الممول بطريقة المشاركة مقارنة بالمداينة، وكذلك صعوبة التخارج بعد انتهاء مدَّةِ التمويل.

ولذا، كان من الأهمية إيجادُ الآليَّاتِ المناسبةِ لتطوير صيغةِ المشاركة بما يتواءم مع العمل المصرفي؛ إذ يتميَّزُ التمويلُ بالمشاركة بعددٍ من المزايا، من أبرزها:

١ – البُعد عن محاكاة صِيَغ التمويل التقليدي؛ إذ إنَّ مما يُعاب على المصارف الإسلاميَّةِ أنَّ صِيَغَها التمويليَّةَ القائمةَ على المداينة، من مرابحاتٍ وغيرِها، وإن كانت تختلف في الحقيقة عن الصيغ التقليدية (القروض الربوية)، إلَّا أنها تظلُّ ضمنَ الإطار العام لتلك التمويلات، من حيث ارتباطُ الربع بالأجَلِ وبأسعار الفائدة الربوية، مما يخيَّلُ إلى كثيرٍ من العامَّة ألَّا فرقَ بين هذه وتلك.

٢- أنه يحفز البنوكَ على الدخول في المشروعات التنمويَّةِ ذات العوائد الجيدة؛ ففي التمويل بالمشاركة يحرصُ المموَّلُ على أن يكون المشروعُ الذي يموِّلُه مما يحقِّقُ عائدًا مناسبًا له؛
 لأنَّ رِبحه سيكون من ذلك العائدِ، بخلاف التمويل بالمداينةِ الذي لا يلتفت فيه المموِّلُ إلى جدوى المشروع بقَدْرِ اهتمامِه بملاءة المتموِّلِ، ومدى قُدرَتِه على سدادِ الدَّينِ.

٣- أنه يفتح المجال لاستفادة الكثير من أصحاب المشروعاتِ الناشئةِ والصغيرة، ممن لا تتحقَّقُ فيهم الملاءة الماليَّةُ، والضمانات المطلوبة للتمويل بالمداينة؛ فواقعُ البنوكِ اليوم -بما في ذلك البنوكُ الإسلاميَّة - أنها توجِّهُ تمويلاتِها إلى المشروعات التي قامت على أرجُلِها وثبت نجاحُها، وتتأكد من ذلك بطلب القوائم الماليَّةِ لتلك الشركات لسنواتٍ سابقةٍ؛ لأنَّ هدفَها في الأخير هو استعادةُ رأسِ المال -المموَّل به - مع هامش ربح محدَّدٍ سلفًا - فلا يَعنيها مقدارُ الربح الذي يحقِّقُه ذلك المشروع، بينما في التمويل بالمشاركة يدخل المموَّلُ ونُصبُ عينِه مقدارُ المخاطرةِ التي سيتحمَّلُها في مقابل العائد الكبيرِ الذي سيحقِّقُه في حال نجاح المشروع.

ولا شكَّ أنَّ هذا الأمرَ يحقِّقُ أحدَ أهمِّ المقاصد الشرعيَّةِ، من جَعلِ المالِ دُولةَ بين الناس؛ غنيِّهم وفقيرِهم، وليس حكرًا على فئةٍ معيَّنةٍ كما هو التوجه المشاهَد في ظِلِّ النظامِ المصرفي السائد.

٤ – أنه يحفِّزُ البنك المموِّلَ على مراقبة أعمالِ المتموِّلِ للتأكد من نجاح المشروع، وتقديم المشورة والخبرة اللَّازمةِ لذلك؛ وهذا أحدُ أبرزِ مزايا المشاركة على المداينة؛ إذ لا يقتصر الأمرُ على تقديم التمويلِ فحسبُ، بل المشاركة في النجاح.

وفيما يلي بعض الآليَّاتِ المناسبةِ لتطبيقات هذا العقدِ، مع مقترحاتٍ مناسبةٍ للتخفيف من العقبات التي تواجه البنوكَ في تلك التطبيقات.

وغنيٌّ عن القول قبل ذكر هذه التطبيقات، استحضارُ شروطِ الشركات، وهي شروطٌ تتعلَّقُ بالشركاء -وهي الأهليَّة والرضا- وشروط تتعلَّقُ برأس المالِ -بأن يكون معلومًا مباحًا- وشروط تتعلق بالربح مشاعةً معلومة، وأن وشروط تتعلق بالربح والخسارة -بأن تكون حصة كلِّ شريكِ من الربح مشاعةً معلومة، وأن يكون الربحُ بحسَب الاتفاق والخسارة على رأس المال- ومحلُّ تفصيلِ هذه الشروطِ في المطولات الفقهية.

### الفرع الأول المشاركة من خلال رأس المال المخاطر (entur Capital)

وهـذا النوع من الشركات ظهر في الولايات المتحـدة الأمريكية في الخمسينيات؛ لتقديم الدَّعمِ المالي للمشروعات الناشئة، لا سيَّما في مجـال التقنية وتكنولوجيا المعلومات، والتي لا تتوافر لديها السيولة الكافية، ولا الملاءة المالية، ويُتوقَّع لها تحقيقُ نموِّ وعائدٍ مرتفع، ثم انتشرت هذه الشركات في أوروبا والصين وجنوب شرق آسيا، كما ظهرت بعض المؤسَّسات الماليَّة المهتمَّة بهذا النوع من المشاركات في بعض البلدان العربية.

وقد كان لهذا النوع من التمويل أثرٌ كبيرٌ في دعم كثير من المشروعات التي بدأت بأفكارٍ إبداعية وبراءات اختراع، ولم تكن تتوافر فيها كفاية رأسِ المأل وَفقَ المعايير المصرفية، وتحوَّلت -بعد الدعم المالي والفني والإداري من قِبل مؤسَّساتِ رأسِ المال المخاطر - إلى شركات عملاقة.

وبصورة مبسَّطةٍ، يمكن شرحُ عمل شركاتِ رأسِ المال المخاطر، على النحو الآتي:

١ - تقوم الشركة الممولة بدراسة عددٍ من المشروعات المتقدِّمة لطلب التمويل، واختيار الأنسب منها، بالنظر إلى نسبة نجاح المشروع والعوائد المتوقعة.

٢- يتم تقديم التمويل للمشروعات التي يقع عليها الاختيار من خلال عقدِ مشاركةٍ، بحيث تؤسّس شركة مغلقة، من الممول ومالك المشروع، ويكون للمموِّلِ نسبةٌ من المقاعد في مجلس إدارة الشركة، وفي العادة لا تتجاوز نسبةُ مِلكيَّةِ الممول ٢٥٪ من تلك الشركة، مع أنَّ مالك المشروع أو الفكرة قد لا يكون له مساهمةٌ نقديَّةٌ في رأس مال تلك الشركة، وإنما تم تقييمُ فكرتِه بما يعادل مِلكِيَّتَه في الشركة.

٣- يكون للشركة الممولة حتُّ مراقبةِ أداء الشركة المتمولة، بل والتدخل في إدارتها وسيرها، وفي كثيرٍ من الأحيان تكون أسهُمُ الشركةِ المموِّلةِ من الأسهم الممتازة، التي يكون لمالكها الأولويَّة عند التَّصفية.

٤ - تضع الشركة المموِّلة في العادة خطَّة زمنية لبقائها في الشركة الجديدة، تتراوح ما بين ثلاث إلى عشر سنوات، ثم يتم التخارجُ بإحدى طُرُق ثلاثِ:

أ- ببيع حصَّتِها على الشريك.

ب- ببيعها على طرفٍ ثالثٍ.

ج- بطرحها للاكتتاب في سوق الأوراق المالية.

وهذا النوع من التمويل، هو ما ينبغي أن تتوجَّه له المصارف الإسلامية؛ لما يحقِّقُه من التنمية الاقتصادية بشكلٍ فعَّال، ولكنَّه -مع الأسف- يكاد يكون غائبًا عن نشاط المصارفِ الإسلامية؛ إمَّا لتخوُّفِ البعضِ منها من المخاطرة، أو تخوفًا من قيود العملِ المصرفي، مع أنَّ كثيرًا من شركات رأس المالِ المخاطر في الغرب تم تأسيسُها من قِبل بنوكِ استثمارية ومؤسَّساتِ ماليَّة.

ويمكن للبنك -لتلافي القيود المصرفية، ولتقليلِ مخاطر هذا التمويل- الأخذُ ببعض وسائل الحماية؛ كإنشاء صناديق مغلقة لهذا الغرضِ، أو إنشاء شركات مسؤولية محدودة ذات أغراض خاصة (SPV)؛ لغرض تقليل المخاطر، أو وضع شروطٍ خاصَّةٍ لأسهُم الملكية.

ومن الوسائل المناسبة لتقليل مخاطر هذا التمويل: تنويع المحفظة الاستثمارية، ما بين شركات تقنية، وطبية وتعليمية وصناعية، وغير ذلك؛ لتحقيق التوازنِ في نشاط المحفظة بشكلٍ إجمالي؛ إذ من المتوقّع في هذا التمويلِ إخفاقُ بعض المشروعاتِ وتعويضه من مشروعات أخرى؛ فقد ذكر مؤسِّسُ شركة (e.planet)، وهي إحدى أكبرِ عشرِ شركات من شركات رأس المال المخاطر في أمريكا، أنَّ ١٩٪ من المشروعات التي يتمُّ تمويلُها تخفق، بينما لا تتجاوز نسبة المشروعات الناجحة ١٠٪، إلَّا أنَّ ما تُحقِّقُه من نموٍّ وأرباح، يُغطِّي الإخفاقَ في المشروعات الأخرى، بل إنَّ محفظة الاستثمار تحقِّقُ نموًا إجماليًّا سنويًّا يتجاوز ٥٣٪.

وفي الغالب، فإن رأس المال المخاطر يلبِّي احتياجات الشركات في إحدى المراحل الثلاث الآتية:

أ- المرحلة المبكرة: وفيها يتم تمويلُ بحوثِ التنمية والتطوير للمشروعات الجديدة، أو تقنيات جديدة قبل بدء النشاط الإنتاجي على نطاقي تجاري.

ب- مرحلة التمويل اللَّاحقة: وفي هذه المرحلة يتم تمويلُ تنميةِ وتطويرِ شركاتٍ قائمةٍ، تكون بحاجةٍ إلى متطلَّباتٍ تمويليةٍ خاصَّةٍ، وتُقدِّم آفاقَ نموًّ جذَّابةً، ويتضمن ذلك توفير التمويل لأغراض التوسُّع للشركات غيرِ المدرجةِ في الأسواق المالية، بهدف مساعدتها على النمو، ودخول أسواق جديدةٍ، أو لأغراض الحلولِ محلَّ بعض الشركاء الراغبين في التخارج من تلك الشركات •

ج- تمويل الحالات الخاصة: وفيها يوجه رأس المال المخاطر لتمويل احتياجات خاصَّة لشركات منتجة، وتكون غالبًا أجزاءً من شركات ضخمة، ويتضمن ذلك تمويل شراء حصَّة الملكيَّة والسيطرة على شركات قائمة، إضافةً إلى تمويل الشركات ذات الأداء الضعيف، ولكن يتوافر لديها فرصٌ واضحةٌ للتحسن.

# الفرع الثاني المشاركة المتناقصة مع التأجير التمويلي أو المشاركة في الإنتاج

وفي هذه الصورة يشترك البنكُ المموِّلُ مع العميل في تملُّكِ أصلٍ ذي عائدٍ تشغيلي، ثم تتناقص ملكيَّةُ البنكِ لصالح العميلِ حسَب جدولٍ زمني متَّفَقِ عليه.

ويمكن أن يتم التعاقدُ هنا على إحدى صورتين:

الصورة الأولى: أن يؤجِّر البنكُ حصَّتَ على العميل إجارةً منتهيةً بالتمليك، وهذا يعدُّ من إجارة المشاع، وهو جائزٌ عند عامَّةِ الفقهاء، وما يدفعه المستأجر من دفعاتٍ إيجارية يتضمَّنُ أُجرةَ انتفاعِه بحصَّةِ البنكِ المشاعة، ودفعات يتم بها إطفاءُ مِلكيَّةِ البنكِ للأصل المؤجِّر.

ويجوز في هذه الصورة أن تكون الأجرةُ التي يدفعها المتموِّلُ مبلغًا محدَّدًا، أو متغيرًا، وفقًا لمؤشِّر منضبطِ حسَبَ ضوابطِ الإجارة، ويجري على العقد هنا أحكامُ الإجارة، وعلى هذا فلا تَلازُمَ بين الأُجرةِ المستحَقَّةِ وعائدِ التشغيل الذي يُحقِّقُه المستأجِرُ.

ويجوز أن يكون الوعدُ بالتَّمليك هنا بالقيمة الاسمية أو بالقيمة السُّوقية، ولا يعدُّ ذلك من ضمان رأس المال في الشركة؛ لأنَّ الشركة هنا شركةُ مِلكِ وليست شركةَ عقدٍ.

الصورة الثانية: أن يدخل البنك مع شريكه (المتمول) في مشاركة إنتاجيَّة، بأن يقدم البنك حصَّتَه المشاعة من الأصل على أن يعمل عليها شريكُه، وما يتحقَّق من عائدٍ يكون بينهما حسب الاتفاق، فهذه الصورة جمعت بين نوعَين من الشركات:

الأولى: شركة مِلكٍ؛ حيث يشترك البنكُ مع العميل في تملُّكِ أصلِ من الأصول.

والثانية: شركة عقر؛ حيث يقدم البنك حصَّتَه المشاعةَ ليعمل عليها العميلُ، ويكون العائد بينهما. وقد يُتوهم دخول هذه الصورة فيما ذكره جمهور الفقهاء من تحريم جَعلِ الأُجرةِ جزءًا مما يعمله العامل(١١).

<sup>(</sup>۱) عمدة القاري ۲۱/ ۹۳، حاشية الدسوقي ٤/ ٦، نهاية المحتاج ٥/ ٢٦٨، الشرح الكبير على المقنع الماك: لا المال ا

وهذا غيرُ صحيح؛ فليس العقد هنا من قَبيل الإجارة؛ لأنَّ الإجارة تستحق فيها الأجرة للمؤجِّر بالتَّمكين من استيفًاء المنفعةِ بغضِّ النَّظَرِ عن العائد، أمَّا هنا فالبنكُ يستحقُّ حصةً من العائد المحقَّقِ، وهذا من قَبيل المشاركة.

وقد ذكر أهلُ العلمِ نظائرَ لذلك؛ فقد روى ابنُ أبي شيبة عن الحسن وقتادة وابن سيرين، أنهم لم يروا بأسًا أن يدفع الثوب إلى النسَّاج بالثلث والربع(١١).

ونقل ابنُ قُدامة صورًا متعدِّدة تُشبِهُ هذه المسألة، ومنها: ما لو دفع دابَّته لرجل ليعمل فيها وما يرزق الله بينهما نصفين أو أثلاثًا، أو دفع ثوبه بالثلث والربع، أو أعطى فرسه على النصف من الغنيمة، ثم قال: (وقد أشار أحمد إلى ما يدل على تشبيهه لمثل هذا بالمزارعة... وهذا يدل على أنه قد صار في هذا، ومثله إلى الجواز لشبَهِهِ بالمساقاة والمزارعة، لا إلى المضاربة ولا إلى الإجارة)(٢).

وقال ابن القيِّم: (تجوز المغارسة عندنا على شجر الجوز وغيره؛ بأن يدفع إليه أرضه ويقول: اغرسها من الأشجار كذا وكذا، والغرس بيننا نصفان، وهذا كما يجوز أن يدفع إليه ماله يتَّجر فيه والربح بينهما نصفان، وكما يدفع إليه أرضه يزرعها والزرع بينهما، وكما يدفع إليه شجره يقوم عليه والنَّسلُ بينهما، وكما يدفع إليه زيتونه يعصره والزيت بينهما... ونظائر ذلك، فكلُّ ذلك شركةٌ صحيحة قد دلَّ على جوازها النصُّ، والقياسُ، واتِّفاقُ الصحابة، ومصالحُ الناس)(٣).

وفي «التاج والإكليل»: (وذهب أهل الظاهر وطائفةٌ من السلف إلى جواز المجهولات في الإجارة من البدل، وأجازوا أن يعطي حماره لمن يسقي عليه، أو يعمل بنصف ما يرزق بسَعْيِه على ظهره، ويعطي الحمام لمن ينظر فيه بجزءٍ منه مما يحصل منه كلَّ يوم؛ قياسًا على القراض والمساقاة.. وعليه يخرج اليوم عملُ الناسِ في أجرةِ الدَّلَّالِ؛ لحاجة الناس إليه)(٤).

وما يميز هذه الشركة عن بقيَّةِ الشركات؛ كشركة المضاربة، والعنان، أنَّ مقاسمة العوائد تكون فوريَّةً ونهائيَّة، بخلاف المضاربةِ؛ فإنَّ المقاسمة لا تكون نهائيَّةً إلَّا بعد التأكُّدِ من سلامة رأسِ المال.

010010010

<sup>(</sup>۱) المصنف ٥/ ١٨٠.

<sup>(</sup>٢) المغنى ١١٦/٧.

<sup>(</sup>٣) إعلام الموقعين ٤/ ١٥.

<sup>(</sup>٤) التاج والإكليل ٧/ ٤٩٤.

# الفرع الثالث المشاركة من خلال أسهم امتياز بزيادة حصة الشريك من الأرباح

وفي هذه الطريقة يقدِّم البنكُ تمويلًا بالمشاركة في مِلكيَّةِ مشروعٍ أو شركة، ولتقليل المخاطرِ من الممكن أن تكون الأسهُم المملوكةُ للبنك ذاتَ امتيازِ بزيادةِ حصَّةِ البنكِ من الأرباح إلى أن يتم التخارج؛ كأن يشارك البنكُ بما نِسبتُه ٣٠٪ من رأس مالِ الشركةِ على أن يكون له ٩٠٪ من الأرباح سنويًّا إلى أن يستعيد كامل رأسٍ مالِه، ثم يتم التخارج.

والغرض من ذلك تحقيق الفائدة للطرفين؛ فالبنكُ يُقلِّلُ من مخاطر التمويل، ويتعجَّل استعادةَ رأسِ المال، والعميل يُقلِّلُ كذلك من مدَّةِ مزاحمةِ البنكِ له في مِلكيَّةِ الشركةِ.

والمعتادُ في أسهم الامتياز، أن يكون لحامل السهم أولويةٌ في توزيع الأرباحِ قبلَ حَمَلَةِ الأسهمِ العادية، وهذه الأسهم لا تجوز؛ لأنها تؤدي إلى قَطْعِ المشاركة في الربح؛ فقد لا تربح الشركة إلا بمقدار نصيبِ حَمَلَةِ الأسهمِ الممتازة أو أقل، فيستأثرون بالربح دون حملةِ الأسهم العادية، أمَّا الامتياز هنا فهو من نوع خاص، وهو أن يكون بزيادةِ حصَّةِ حملة الأسهم الممتازةِ من الأرباح، مع اشتراك الجميع في الربح، وهذا النوع من الامتياز تشترطه بعضُ شركاتِ رأسِ المال المخاطر، وهو معروف في عددٍ من الأنظمة والتشريعات.

وقد اختلف أهلُ العلم في حُكمِ اختلاف نسبةِ المقاسمة في الأرباح عن نسبة الملكية؛ فذهب المالكية (۱)، والشافعية (۲)، والظاهرية (۳)، إلى أنَّ قِسمةَ الربح في العنان يجب أن تكون على قَدْرِ المالكيْنِ، لا على ما اتَّفَقَا عليه.

#### وحُجَّتُهم في ذلك:

- أنَّ الربح تَبَعُ للمال، وثمرةٌ له، فلا بد أن يكون على قَدْرِه.
- ولأنَّ التفاضُلَ في الربح مع التساوي في المال يؤدي إلى ربح ما لم يُضمَن؛ لأنَّ

<sup>(</sup>۱) المدونة ٣/ ٢٠٨، بداية المجتهد ٢/ ٣٠٦، الدسوقي ٣/ ٣٥٣، منح الجليل ٦/ ٢٥٢.

<sup>(</sup>٢) تحفة المحتاج ٥/ ٢٩٢، أسنى المطالب ٢/ ٢٥٨، شرح البهجة ٣/ ١٦٩.

<sup>(</sup>T) المحلى 140/N.

صاحب الزيادة سيستحِقُّها بلا ضمان(١١).

وذهب الحنفية (٢)، والحنابلة (٣) إلى أنَّ قسمة الربح في العنان بحسَبِ الشرطِ، فيجوز أن يجعلا الربحَ على قَدْرِ المالَيْن، ويجوز أن يتساويا مع تفاضُلِهما في المال، وأنْ يتفاضَلا فيه مع تساويهما في المال.

وحُجَّتُهم: أنَّ الحاجة ماسَّةٌ إلى التفاضل؛ لأنه قد يكون أحدُهما أَحذَقَ وأكثرَ عملًا، فلا يرضى بالمساواة(٤).

وهذا القول هو الراجح؛ لأنَّ لكلِّ من المال والعمل حصَّةٌ من الربح، وقد يكون في اشتراط زيادةِ حصَّةٍ لأحدهما مصلحةٌ للشركة؛ لكونه أبصَرَ بالتجارة.

وأمَّا استدلالُ الفريق الأوَّلِ بأنَّ الربحَ تَبَعٌ للمال، فيجاب عنه: بأن الربح قد يُستَحَقَّ بالمال وقد يستحق بالعمل؛ فجاز أن يتفاضلا في الربح مع وجود العملِ منهما؛ كالمضاربين لرجلٍ واحدٍ؛ وذلك لأنَّ أحدَهما قد يكون أبصرَ بالتجارةِ أو أقوى على العمل، فجاز له أن يشترط زيادةً في الرِّبحِ في مقابل عمل المضارب(٥).

واستدلالُهم الثاني منقوض بالمضاربة، فإنَّ المضارب يستحقُّ الربحَ ولا ضمانَ عليه في حال الخسارة، ولأنَّ الربح كما يُستَحَقُّ بالمال يُستَحَقُّ بالعمل ويُستحق بالضمان(٢٠).

ونظيرُ ذلك ما ذكره الفقهاء في شركة الأعمال (شركة التقبل)؛ من أنَّ الرِّبحَ يكون بينهما على ما شَرَطًا، مع أنَّ أعمالَهما تتفاوت كميَّةً وكيفيَّةً، والسببُ في ذلك كما يقول الكاساني: (أن استحقاق الربح في الشركة بالأعمال بشرط العمل لا بوجود العمل)(٧).

وفي «المبسوط»: (والشريكان في العمل إذا غاب أحدُهما، أو مَرِضَ، أو لم يعمل وعَمِلَ الآخَرُ، فالربحُ بينهما على ما اشترطا) (٨). وفي «البحر الرائق»، في شرح قوله: (وتقبل: إن اشترك خيَّاطانِ أو خيَّاطًة وصبَّاغٌ على أن يتقبَّلَا الأعمالَ، ويكون الكسبُ بينهما.. قال: (وشمل قوله:

<sup>(</sup>١) تحفة المحتاج ٥/ ٢٩٢، بداية المجتهد ٢/ ٣٠٦.

<sup>(</sup>۲) المبسوط ۱۱/۱۵۱، بدائع الصنائع ٦/ ٦٢، تبيين الحقائق ٣/ ٣١٨، درر الحكام شرح غرر الأحكام / ٢١٨. ٢/ ٣٢١.

<sup>(</sup>٣) المغني ٧/ ١٣٨، الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٤/ ٢٠٨، الفروع ٤/ ٣٠٤، المبدع ٥/ ٤٩٨.

 <sup>(</sup>٤) المغني ٧/ ١٣٨، بدائع الصنائع ٦/ ٦٢.

<sup>(</sup>٥) المغني ٧/ ١٣٨.

<sup>(</sup>٦) بدائع الصنائع ٦/ ٦٢.

<sup>(</sup>٧) بدائع الصنائع ٦/ ٦٢.

<sup>(</sup>A) المبسوط 11/ ١٥٧، وانظر: مجمع الضمانات، ص٣٠٢.

(والكسب بينهما): ما إذا شرطا على السواء، أو شرطا الربح لأحدهما أكثرَ من الآخَرِ، وقد صرَّح به في «البزازية» معللًا بأنَّ العمل متفاوتٌ، وقد يكون أحدُهما أحذقَ، فإنْ شَرَطَا الأكثرَ لأدناهما اختلفوا فيه، والصحيح الجواز؛ لأن الربح بضمان العمل لا بحقيقته، كذا في «فتح القدير»)(١).

وفي «المغني»: (وإن عمل أحدُهما دون صاحبِه، فالكسبُ بينهما... وقد سُئل -يعني الإمام أحمد- عن الرجلين يشتركان في عمل الأبدان، فيأتي أحدُهما بشيء ولا يأتي الآخرُ بشيء، قال: نعم، هذا بمنزلة حديث سعد وابن مسعود (٢٠).. ولأنَّ العمل مضمونٌ عليهما معًا، وبضمانهما له وجبت الأُجرةُ)(٢٠). وقال: (وأمَّا شركةُ الأبدان، فهي معقودةٌ على العمل المجرَّدِ، وهما يتفاضلانِ فيه مرَّة، ويتساويان أخرى، فجاز ما اتَّفَقا عليه من مساواةٍ أو تفاضل)(١٠).



<sup>(</sup>١) البحر الرائق ٥/ ١٩٦.

<sup>(</sup>۲) يشير إلى ما رواه أبو داود (۳۳۸۸)، والنسائي (۳۹۳۷)، وابن ماجه (۲۲۸۸) من حديث أبي عبيدة، عن عبد الله بن مسعود رَحَلَيَهُ قال: (اشتركت أنا وعمار وسعد فيما نصيب يوم بدر، قال: فجاء سعد بأسيرين، ولم أجئ أنا وعمار بشيء).

<sup>(</sup>٣) المغن*ي* ٧/ ١١٤.

<sup>(</sup>٤) المغني ٧/ ١٣٩.



## الفرع الرابع المشاركة مع ترديد نسبة المقاسمة في الأرباح

وصورة ذلك: أن يقدِّم البنكُ تمويلًا بالمشاركة في مِلكيَّةِ مشروع أو شركة، ويكون الاتفاق على أنَّ للبنك ٧٠٪ من أرباح السنوات الخمس الأولى، ثم ٥٠٪ من أرباح السنوات التالية إلى أن يتم التخارج، أو يكون الاتفاق على أن يكون للبنك ٧٠٪ من الأرباح السنوية إلى أن يستعيد ٨٠٪ من رأس ماله، ثم يكون له ٥٠٪ من الأرباح إلى حين التخارج.

### وقد اختلف أهلُ العلم في ذلك:

فذهب جمهور العلماء من المالكيَّة (١)، والشافعية (٣)، والحنابلة في الرواية المشهورة عندهم (٣)، إلى عدم صحة الإبهام في الإجارة أو المضاربة ونحوها؛ لما فيه من الجهالة. قال في «نهاية المحتاج»: (فلو قال: قارضتُك على أنَّك إن ربحت ألفًا فلك نصفُه، أو ألفين فلك ربعه، فسد القراضُ؛ للجهل بتعيينها)(١).

وذهب أبو يوسف ومحمد بن الحسن من الحنفيَّة (٥)، والإمام أحمد في رواية اختارها بعضُ أصحابه إلى جواز الإبهام في الإجارة (٢)؛ ومثلُ ذلك في المضاربة، ويطَّرد هذا القولُ مع قاعدة الحنفية في جواز خيار التعيين في البيع بين ثلاثة أشياء فأقلَّ، غيرَ أنَّهم لم يشترطوا اشتراطَ الخيارِ هنا، وفي البيع روايتان (٧).

ومما يؤيِّد هذا القول: ما ذكره البخاري في «صحيحه» عن عمر أنَّه دفع أرضَه إلى مَن يزرعها وقال: إن جاء عمرُ بالبَذْرِ من عنده فله كذا، وإن جاؤوا بالبذر فلهم كذا)(١٨)، فهذا ترديدٌ في حِصَّتِهم من الثمرة، وهي بمنزلة الرِّبح في الشركات.

<sup>(</sup>١) المدونة ٣/ ٤١٩، التاج والإكليل ٧/ ١٥٥.

<sup>(</sup>٢) روضة الطالبين ٥/ ١٧٥، حاشية الجمل ٣/ ٣٣١.

<sup>(</sup>٣) الإنصاف ١٤/ ٢٩٨، مطالب أولى النهي ٣/ ٩٧٥.

<sup>(</sup>٤) نهاية المحتاج ٥/ ٢٢٧، أسنى المطالب ٢/ ٣٨٣.

<sup>(</sup>٥) البحر الرائق ٨/ ٣٥، الكفاية ٨/ ٧١.

<sup>(</sup>٦) الشرح الكبير على المقنع ١٤/ ٢٩٧، الفروع ٤/ ٤٢٤.

<sup>(</sup>٧) تبيين الحقائق ٥/ ١٣٩.

 <sup>(</sup>A) ذكره البخاري تعليقًا (كتاب الحرث والمزارعة، باب المزارعة بالشطر ونحوه).

وأيضًا؛ فإنَّ الأصل في العقود والشروط هو الصحة، ما لم يَرِدُ دليلٌ على المنع، وليس في هذا الشرط محذورٌ شرعيٌّ؛ قال ابنُ القيِّم: (قد تدعو الحاجة إلى أن يكون عقدُ الإجارةِ مُبهمًا غيرَ معيَّنِ -ثم ذكر الأمثلة المتقدِّمة-ثم قال: (ولا محذورَ في ذلك، ولا خطرَ ولا غررَ، ولا أكل مال بالباطل، ولا جهالة تعود إلى العمل ولا إلى العوض)(۱). ومثلُ ذلك المشاركةُ، بل هي أولى؛ لأنَّ العوض فيها غيرُ ثابتٍ أصلًا، ويُعتفر في الشركة ما لا يُغتفر في الإجارة، وإنما يفسد الشرط في الشركات إذا كان يؤدِّي إلى قَطْعِ المشاركةِ في الربح؛ كأن يقول: لك ربحُ العشرين الأُولى ولي ما زاد على ذلك، ونحو ذلك، أمَّا هنا فهذا الشرطُ لا يؤدي إلى قَطْعِ المشاركةِ في الربح، بل على كل الأحوال سيكون هناك اشتراكٌ فيه وإن تفاوتت نِسَبُهما.

وبناءً على القول بجواز هذه المسألة والتي قبلها، فيمكن الجمعُ بينهما؛ كأن يقدِّم البنكُ تمويلًا يعادل ٥٠٪ من رأس مال الشركة، ويكون له ٧٠٪ من الأرباح السنوية إلى أن يستعيد ٨٠٪ من رأس ماله، ثم يكون له ٥٠٪ من الأرباح السنوية للسنوات التالية إلى حين التخارج.

0,00,00,0

# الفرع الخامس التمويل بالمشاركة مع وعد الشريك بالتنازل عمًّا زاد عن القيمة الاسمية عند التخارج.

وصورة هذه المسألة: أن يموِّلَ البنكُ عميلَه بالمشاركة معه في مِلكيَّةِ المشروع، ويَعِدُ البنكُ العميلَ وعدًا مُلزِمًا بأنه عند التخارج سيتنازل البنكُ عمَّا زاد من القيمة السوقية عن القيمة الاسمية (ثمن التكلفة) وعائدٍ محدَّدٍ.

فمثلًا: لو كانت تكلفةُ المشروعِ مليونين، دفع البنك منها مليونًا، على أنَّ له نصفَ الأرباحِ، ووعد العميلَ بأنه عند التخارج إذا استرجع رأسَ مالِه وعائدًا سنويًّا بمقدار ٥٪، فيتنازل عمَّا زاد على ذلك.

فلو تَمَّ التخارج في نهاية السنة العاشرة والقيمة السوقية للمشروع حينتذ أربعة ملايين، يأخذ البنك مليونًا ونصف المليون فقط، ويتنازل عن القيمة الزائدة من حِصَّتِه، فإن كان قد أخذ أرباحًا موزَّعة خلالَ السنوات السابقة بمقدار ربع مليون، فيأخذ عند التخارج مليونًا وربعًا، وهكذا.

وهـنه المسالة مبنيَّةٌ على حُكمِ الهبةِ المعلَّقةِ، والهبة بمجهول؛ لأنَّ القَدْرَ المتنازَلَ عنه مجهولٌ عند الهبةِ، وهي معلَّقةٌ على أمرِ مستقبَلِ.

وقد اختلف أهلُ العلم في حُكم تعليق الهبة، وفي هبة المجهول؛ فذهب الجمهور من الحنفيَّةِ، والشافعية، والحنابلة -في أشهر الروايتين- إلى المنع منهما؛ أي الجهالة في الهبة، أو تعليقها (١). وعلَّلوا لذلك بأنَّ انتقالَ المِلك يعتمد الرضا، والرضا إنما يكون مع الجزم، ولا جزمَ مع التَّعليق؛ ولأنَّ الجهالة في الهبة تجعل العقد من عقود الغَرَر، فيدخل في نَهْي النبيِّ صَلَّاللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن بيع الغرر) (٢).

ويرى المالكيَّةُ ٣٦ جوازَ تعليق الهبة، وكونها مجهولة؛ قال ابن رشد: (ولا خلافَ في المذهب

<sup>(</sup>۱) تبيين الحقائق ٤/ ١٣، البحر الرائق ٦/ ١٩٤، شرح البهجة ٣/ ٣٨٨، المنثور في القواعد ١/ ٨١، المغني ٥/ ٣٨٦، الإنصاف ١/ ٣٨.

<sup>(</sup>۲) أخرجه مسلم (۱۵۱۳).

<sup>(</sup>٣) حاشية الدسوقي ٤/ ٩٩، منح الجليل ٨/ ١٧٨.

في جواز هبةِ المجهولِ والمعدوم المتوقَّعِ الوجود، وبالجملة كلُّ ما لا يصحُّ بيعُه في الشرع من جهة الغرر)(۱). وهذا القول إحدى الروايتين عن أحمد، اختارها شيخ الإسلام ابن تيمية، وابن القيم(۱)؛ إذ الأصلُ في العقود والتصرفات الصحةُ، وليس في التعليق محظورٌ، ولا يسلَّم بأنَّه ينافي الرضا؛ إذ الرضا لا يستلزم التنجيز.

وأمَّا الغَرَرُ فهو محرَّمٌ في عقود المعاوضات لا في التبرعات، والفرق بينهما (أن التبرعات لا يُقصَد بها تنمية المال، بل إن فاتت على مَن أحسن إليه بها لا ضررَ عليه؛ لأنه لم يبذل شيئًا، بخلاف المعاوضات؛ إذا فاتت بالغَرر والجهالات ضاع المال المبذول في مقابلته، فاقتضت حِكمةُ الشرعِ وحثُّه على الشرعِ مَنْعَ الجهالةِ فيه، أمَّا الإحسانُ الصِّرْفُ فلا ضررَ فيه، فاقتضت حِكمةُ الشرعِ وحثُّه على الإحسانِ، التوسعة فيه بكلِّ طريق بالمعلوم والمجهول)(٣).

ومما يرجح هذا القول: حديثُ صاحبِ كُبَّةِ الشعرِ التي أخَذَها من الغنائم ثم رفَعَها بيده، وسأل رسول الله صَلَّاللَهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أن يَهَبَه إِيَّاها، فقال له النبي صَلَّاللَهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أَمَّا مَا كَانَ لِي وَلِبَنِي عَبْدِ الْمُطَّلِبِ فَهُو لَكَ» (٤). فالحديثُ أفاد جوازَ هبةِ المجهول؛ لأنَّ نصيب النبي صَلَّاللَهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، ونصيبَ بني عبد المطَّلب من الكُبَّة، مجهولٌ (٥).

وأيضًا: ما رَوَتْ أُمُّ سَلَمَةَ رَضَالِلَهُ عَنْهَا؛ أَنَّ النبي صَالِللَهُ عَلَيْهِ وَسَلَمَ قَال لرجليْن اختصَمَا إليه في مواريثَ دَرَست: «اقْتَسِمَا، وَتَوَخَّيَا الْحَقَّ، ثُمَّ اسْتَهِمَا، ثُمَّ تَحَالًا»(٢).

فدلُّ الحديثُ على جواز الإبراءِ من الحقوق المجهولة.

ومما يدلُّ على جواز تعليقِ الهبةِ، قولُ النبي صَلَّاللَهُ عَلَيْهُ اللهِ مَلَمَةَ: «إِنْ رَجَعَتْ هَدِيَّتُنَا إِلَى النَّجَاشِيِّ، فَهِيَ لَكِ»(٧). فهذه هبةٌ معلَّقة على أمرِ مستقبل.

والقول الثاني هو الراجح، وحتى على القول الأول، لو كانت الهبة على سبيل الوعدِ لا التَّعليقِ فتصحُّ؛ قال ابنُ قدامةَ رَحَمَهُ اللَّهُ: (لا يصحُّ تعليقُ الهبةِ بشرطٍ؛ لأنَّها تمليكٌ لمعيَّن في الحياة، فلم يَجُزْ تعليقُها على شرطٍ كالبيع، فإن علَّقها على شرط.. كان وعدًا)(٨).

<sup>(</sup>١) بداية المجتهد ٢/ ٤٠٢.

 <sup>(</sup>۲) الفروع ٤/ ١٩٣، إعلام الموقعين ٣/ ٣٠٠، الإنصاف ١٧/ ٣٠.

<sup>(</sup>٣) الفروق، للقرافي ١٥١/١.

<sup>(</sup>٤) أبو داود (٢٦٩٤)، والنسائي (٣٦٨٨).

<sup>(</sup>٥) إعلام الموقعين ٢/٨.

<sup>(</sup>٦) أخرجه أبو داود (٣٥٨٣) من حديث أم سلمة رَعَوَاللَّهَ عَهَا، والحديث صحَّحه الألباني في إرواء الغليل ٥/ ٢٥٢.

<sup>(</sup>٧) أحمد (٢٧٢٧٦)، وابن حبان (١١٤)، والحاكم (٢٨٠١).

<sup>(</sup>٨) المغني ٥/ ٣٨٦.

وعلى هذا، فلو أنَّ البنك وَعَدَ العميلَ بأن يتنازلَ عمَّا زاد من القيمة السُّوقِيَّة لحصَّتِه عن قيمتها الاسمية وعائدٍ محدَّدٍ، فيصحُّ هذا الوعدُ، ويكون لازمًا له، والله أعلم.

0,00,00,0



### الفرع السادس التمويل بالمشاركة مع أولويَّة بعضِ الشُّرَكاءِ في التَّصفية

وصورة ذلك: أن يموِّلَ البنكُ عميلَه تمويلَ مشاركةٍ، على أن يكون للبنك الأولويَّةُ عند التَّصفيةِ باستعادة رأسِ مالِه أولًا قبل بقيَّةِ الشركاء. وهذا أحدُ أنواعِ أسهُم الامتيازِ (Preferred).

وهذا الامتياز ذهب إلى جوازه هيئةُ الفتوى بالبنك المركزي الماليزي، على اعتبار أنَّه تنازلٌ معلَّقُ من قِبل بقيَّةِ الشركاءِ عن أَنصِبَتِهم للشريك ذي السهم الممتازِ، وهو -أي التنازل المعلَّق- جائزٌ عند المالكيَّةِ، كما سبق؛ ولأنَّ هذا الشرطَ ليس فيه ضمانُ رأسِ مالِ الشريك، فالشريكُ ذو السَّهم الممتازِ قد يخسر رأسَ مالِه كلَّه إذا لم يَبْقَ عند التصفيةِ شيءٌ، وقد يخسر بعضَه إذا بَقِيَ مالٌ لا يكفي لرأس مالِه، فالأولويَّةُ لا يترتب عليها الضمانُ.

والذي عليه عامَّةُ المجامع الفقهية: أنَّ هذا الشرط محرم؛ لأنه يخالف قاعدة الشركات «أنَّ الوضيعة على رأس المال»، ولأنَّ مؤدَّى هذا الشرطِ قطعُ المشاركةِ في تحمُّلِ الخسارة، فكما يحرم الشرطُ الذي يؤدِّي إلى قطع المشاركة في الربح، يحرم كذلك ما كان يؤدِّي إلى قطع المشاركة في الخسارة.





## الفرع السابع التمويل من خلال شركةِ توصيةٍ أو شركةٍ ذاتِ مسؤوليَّةٍ محدودة

من الوسائل التي تلجأ إليها البنوكُ وغيرُها لتقليل مخاطر الاستثمار، أن يكون تمويلُها بالمشاركة بمسؤوليَّة محدودة، بحيث لا تتعدَّى مسؤوليتُها حدودَ رأسِ مالها في الشركة؛ ويمكن أن يتم ذلك بإحدى طريقتين:

الأولى: أن يكون التمويلُ من خلال شركةٍ ذاتِ مسؤوليَّةٍ محدودة؛ كأن يُنشئ المموِّلُ شركة (SPV)، ويقدم التمويل من خلال تلك الشركة؛ لغرض حماية أموالِه الأخرى من مخاطر هذا التمويل.

وبناءً على قرار مجمع الفقه الإسلامي، والمجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسَّسات المالية؛ فإنَّ اشتراط المسؤولية المحدودة في الشركات جائزٌ، إذا لم يُتَّخذ وسيلةً لإساءة التصرُّفِ في الأموال، أو إهمال حِفظِها.

والثانية: أن يكون ذلك من خلال شركة توصية، بحيث تكون الشركة التي يتم تكوينُها مؤلَّفة من نوعَين من الشركاء؛ الأول، شركاء متضامنون، يتولَّون إدارة الشركة، وهم المسؤولون بشكلٍ مُطلَقٍ أمامَ الغير عن الحقوق المتعلِّقة بالشركة. والثاني: شركاء موصون، تكون مسؤوليتهم عن التزامات الشركة بمقدار رؤوسِ أموالهم، وقد تكون هذه الشركة شركة توصية بسيطة، أو شركة توصية بالأسهم.

وهي من الشركات الجائزة، وتنطبق عليها قواعدُ الشركاتِ(١١)؛ إذ إنَّ وجودَ نوعَين من الشركاء، لا يمنع من صِحَّتِها؛ فالشريكُ الضامنُ لا يضمن خسارةَ الشريكِ الموصِي، ولا يلتزم له كذلك بقَدْرٍ من الرِّبح؛ ويَسري على هذه الشركةِ حكمُ شركةِ المضاربةِ؛ فالشريكُ الضامنُ هو المضارب، أي العامل، والشريك الموصي هو ربُّ المالِ، ولا يَقدَحُ في هذا التخريجِ كونُ الشَّريكِ الضامنِ يشارك مع عمله في رأس المال؛ فقد ذكر ابنُ قدامة رَحَمُهُ اللَّهُ للمضاربة ثلاث صور: (أن يشترك بدنان بمال أحدِهما، أو بدنٌ ومال، أو مالانِ وبدنُ صاحب أحدهما)(٢).

<sup>(</sup>١) الشركات، للخياط ٢/ ١٤٢.

<sup>(</sup>٢) المغني ١٢١/٧.



## الفرع الثامن التمويل بالمشاركة مع نَقْلِ عبءِ الإثبات في حال الخسارة على الشريك المدير

فمن العقبات التي تَحُولُ دون دخولِ كثيرٍ من المؤسَّساتِ أو المستثمرين في عقود المشاركة، أنَّ المال يكون بيد الشريكِ المديرِ وهو مؤتمنٌ عليه، وفي حال وقوعِ الخسارة يصدق قولُه في عدم التعدِّي أو التفريط، مع تعذُّرِ إثباتِ ربِّ المال وقوعَ الإهمالِ أو التَّعدي.

ومن الحلول المناسبة: أن يُجَعل عِب الإثباتِ على المدير؛ وذلك بأن ينصَّ في عقد الشركة أو المضاربة على أنَّ المدير يتحمَّلُ أيَّ نقصٍ أو خسارةٍ في الاستثمار، ما لم يُثبت عدمَ تَعَدِّيهِ أو تفريطه في وقوع ذلك النقص أو الخسارة، والمسوِّغُ لجواز هذا الشرطِ، ما فيه من المصلحة، وصيانة أموال الناس، وسَدِّ ذريعةِ الفساد، وإهمال الأموال؛ للعلم بعدم الضمان.

ولهذه المسألة نظائرُ متعدِّدةٌ مما ذكره الفقهاء المتقدِّمون -ولا سيَّما فقهاء المالكية-بتضمين يد الأمانة لوجود التهمة أو للمصلحة العامة، كتضمين الصنَّاع؛ للمصلحة العامة، وصيانةً لأموال الناس من الضياع(١).

وعلى هذا يمكن أن يُحمَل ما ورد عن الإمام أحمد رَحَمَهُ أللَّهُ من جواز اشتراط تضمين يدِ الأمانة (٢٠)؛ لقول النبي صَلَّاللَّهُ عَلَيْ وَسَلَمَّ: «الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ» (٣). وقد أخذ بهذا الرأي -أي جواز نَقْلِ عبء إثبات عدم التعدي والتفريط إلى الأمين - مؤتمرُ المصارف الإسلامية المنعقدُ بالكويت عام ٢٠٠٩م.

وينبغي أن يُعلَم، أنَّ تحميلَ المضاربِ أو الشريك المديرِ عِبءَ الإثباتِ، لا يَعني تحميلَه مسؤوليةَ الضمانِ، فبينهما فرقٌ؛ إذ المقصودُ من مطالبته بالإثبات أنه إن أتى بالبينة، أو بقرائنَ مقبولةٍ على عدم تعدِّيهِ أو تفريطه، فلا ضمانَ عليه، وإن لم يأتِ بالبينة فعليه الضمانُ؛ لقيام التُّهمةِ، بينما تحميلُه مسؤوليةَ الضمانِ تَعني مطالبتَه بالضمان على كلِّ الأحوال، ولو أثبت أنَّ الخسارة وقعت بغير تقصير منه.

<sup>(</sup>۱) بداية المجتهد ٢/ ٢٧٨، البهجة شرح التحفة ٢/ ٢٨٢.

<sup>(</sup>٢) الشرح الكبير على المقنع ١٤/ ٤٩٣.

<sup>(</sup>٣) الترمذي (١٢٧٢)، وأبو داود (٣١٢٠).



### الفرع التاسع التأمين التكافلي على عقود الشركات

من الحلول المطروحة لحماية رأس المال في الاستثمارات: التأمين على الاستثمار تأمينًا تكافليًّا، وذلك من خلال إنشاء صندوق تأمين تكافليًّ تشترك فيه مجموعة من جهات الاستثمار، ويُدار من قِبل شركة تأمين تكافلي مستقلَّة عنهم، بحيث تُقتَطع نسبةٌ معيَّنةٌ من رؤوس أموال المستثمرين، أو من الأرباح المتحقِّقة، وتُودَعُ في ذلك الصندوق، ويتم تغذيتُه بشكل دوريًّ، وإذا حصل أيُّ ضررٍ في المستقبل على أيًّ من جهات الاستثمارِ المشتركةِ في الصندوق التكافلي، يتمُّ جبرُه من ذلك الصندوق.

والتأمينُ بهـذه الطريقةِ، يمكن أن يوجَّهَ للحماية من أنـواعٍ متعدِّدةٍ من المخاطر المتعلِّقةِ بالاستثمار، ومنها:

١ - المخاطر على رأس المال؛ وذلك بحماية رأسِ المالِ من أيِّ مخاطرَ محتمَلةٍ؛ من خسارة، أو نقصانِ في قيمتِه، أو هلاكه.

٢ - مخاطر العائد على الاستثمار؛ وذلك لمواجهة أيِّ انخفاضٍ مستقبليٍّ في الأرباح،
 وتحقيق موازنة في التوزيعات.

٣- مخاطر العائد على التمويل؛ وذلك بحماية عقودِ التمويل - لا سيَّما طويلة الأجل- من التقلُّبات في معدَّلاتِ العائدِ على التمويل.

٤ - مخاطر الائتمان؛ وذلك بحماية عقود التمويل التي يشتمل عليها الاستثمارُ؛ كالمرابحات،
 والإجارات، وغيرها من مخاطر التعثُّر في السداد.

مخاطر الصرف؛ وذلك بحماية الاستثمارِ من أي تذبذبِ في أسعار الصرفِ، قد يؤدي إلى تآكُل رأسِ المال، أو نقصانِ الربح عن حَدِّ معيَّنِ.

ولا يظهر ما يمنع شرعًا من التأمين التكافلي لحماية الاستثمار أيًّا كانت المخاطر التي يحتمى منها، ما دام هذا التأمين متماشيًا مع ضوابط التأمين التكافلي، ولا تعدُّ هذه الحمايةُ ضمانًا لرأس المال، وإنما هي نوعٌ من التعاون فيما بين المستثمِرين، يُقصَد به توزيعُ المخاطِر فيما بينهم.



## الفرع العاشر التمويل بالمشاركة مع تحميل المتموِّل (المدير) بعضَ المصروفات المنضبطة

ومثلُ هذا النوعِ من التمويل يَكثُرُ في المشاركة المتناقصة؛ فقد تتم المشاركة بين البنك وعميله، ويكون ثَم مصروفاتٌ تشغيليَّةٌ يتحمَّلُها العميلُ في ماله الخاص؛ حتى لا يحسبَها البنكُ ضمن تكلفةِ التمويل عند التخارج؛ ومن أمثلة ذلك:

١ - في اعتمادات المشاركة، قد يتحمَّلُ العميلُ المتمول وحدَه دَفْعَ ضرائبِ الاستيراد، أو رسوم التأمين، أو أجور النَّقل، ونحو ذلك.

٢ - في التمويل العقاري بالمشاركة المتناقصة، قد يتحمَّلُ العميل المتمول وحدَه رسومَ
 الصيانةِ الدَّوريَّةِ، أو الخدمات البلدية، ونحو ذلك.

فإذا كانت هذه المصروفاتُ منضبطةٌ؛ فالأظهرُ هو جوازُ تحمُّلِ أحدِ الشركاء تلك المصروفاتِ. ونظيرُ ذلك: اشتراطُ ربِّ المالِ على العامل زكاةَ رأسِ المال من الربح، مع أنَّ الزكاة يتحمَّلُها ربُّ المالِ وحدَه، وقد تحيط بالربح، فلا يحصل المضاربُ على شيءٍ، بينما ينتفع ربُّ المالِ بدَفْع الزكاة.

قال شيخ الإسلام ابن تيمية: (ويصحُّ أن يشترطَ ربُّ المالِ زكاةَ رأسِ المالِ أو بعضِه من الربح.. فيختصُّ ربُّ المالِ بعمله؛ لأنَّا نقول: لا يمتنع ذلك، كما يختصُّ بنَفْعِه في المساقاة إذا لم يُثمِر الشجرُ (١٠)؛ أي فيحصل النَّفعُ لربِّ الشجرِ دون العاملِ.

والحمد لله أولًا وآخرًا، وظاهرًا وباطنًا، وصلى الله وسلم على نبيًّنا محمدٍ وعلى آله وصحبه أجمعين.







### تعديل عوائدِ تمويلاتِ المصارِفِ الإسلاميَّةِ

بحثُ مقدَّم إلى ورشة عملٍ أقامَها مصرفُ أبو ظبي الإسلامي عام ١٤٣١هـ -٢٠١٠م





الحمدُ لله، والصَّلاةُ والسلامُ على رسول الله صَالَّاتَتُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ.

أمَّا بعدُ:

فهذه ورقةٌ مختصرة في مدى إمكانيَّة تعديل عوائد تمويلات المصارف الإسلاميَّة، تجنَّبتُ فيها ذِكرَ المقدِّمات، والاستطراد فيما ليس له صِلةٌ مباشرة بالموضوع؛ فأقول وبالله التوفيق:

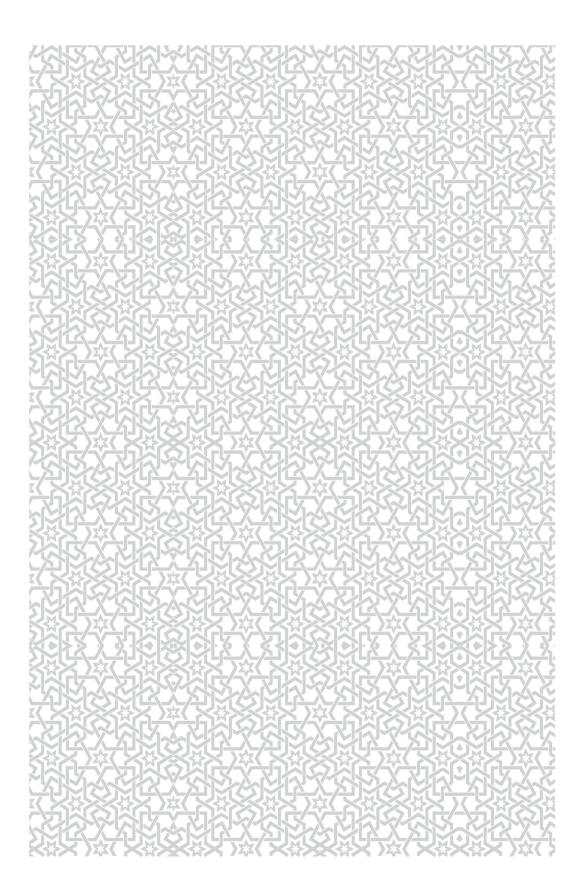
يرتبط المصرف الإسلامي في تعاملاته بطرَفَين من العملاء:

الأول: المودِعون (أصحاب الحسابات الاستثمارية).

والثاني: المتموِّلون (جهات توظيف الأموال).

ومع كلا الطرَفَين، قد تكون العلاقة التي تربط المصرفَ بـأيِّ منهما، هي علاقةُ مرابحةٍ، أو مشاركة، أو مضاربة، أو إجارة، أو وكالة في الاستثمار؛ وفيما يلي بيان مدى إمكانية تغير عوائد التمويل في كل صورةٍ من صُورِ التَّمويلِ على حِدَةٍ.

0,00,00,0



## المبحث الأول

#### تعديل عوائد التمويل بالمرابحة

الأصل في عقد المرابحة، أن يكون الثمنُ محدَّدًا معلومًا في العقد، قال في «الهداية»: (والأثمان المطلَقة -أي عن قيد الإشارة- لا تصحُّ إلَّا أن تكون معروفة القَدْرِ والصِّفة؛ لأنَّ التسليمَ والتسلُّمَ واجبٌ بالعقد، وهذه الجهالة مُفضِيةٌ إلى المنازعة، فيمتنع التسليم والتسلم، وكلُّ جهالةٍ هذه صفتُها تمنع الجواز)(١).

والأصل في ذلك، ما روى أبو هريرة رَضَالِلَهُ عَنْهُ؛ أنَّ النبي صَاَلَلَهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ (نَهَى عَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ)(٢). وإذا كان الثمنُ مجهولًا، فهو من الغرر.

وفي عقود التمويل بالمرابحة طويلة الأَجَل، قد يتعذَّرُ تحديدُ هامشِ الربحِ طِيلةَ فترةِ المرابحة مع تغيُّر أسعارِ هوامش الربح من فترةٍ لأخرى؛ ومن الحلول المطروحة لذلك:

١ - المرابحة المتجددة: وفيها يتَّفق الطرفانِ على مرابحةٍ طويلةِ الأجَل - خمس سنوات مثلًا - بهامش ربح محدَّد، ثم يتم فسخُ المرابحةِ وتجديدُها مرَّةً أخرى كلَّ ستَّةِ أشهر مثلًا، بهامش الربح السائدِ في السوق في ذلك الوقت.

ويَرِدُ على هذه المعاملة، اشتمالُها على قلب الدَّينِ، وقد حُكي الإجماعُ على تحريمه، سواءٌ أكان المدينُ موسرًا أم مُعسرًا، وتجنُّبًا لهذا الإشكالِ؛ فقد أجازت بعضُ الهيئات الشرعيَّة هذه المعاملةَ إذا أخذ المدينُ التمويلَ الثاني قبل حلولِ قسط الدين الأول، ولم يكن ثَم شرطٌ بأن يسدِّدَ به قسطَ التمويل الأول، وله -أي المدين - أن يستخدم التمويلَ الثاني في سداد التمويل الأول إذا لم يكن ذلك بشرط، ولا يظهر في ذلك محظورٌ؛ لأمورِ:

الأول: أنَّ صورة قلب الدَّين بالدين التي حُكي الإجماعُ على تحريمها إنما تتحقَّقُ إذا حَلَّ أَجَلُ الدين.

والثاني: عدمُ وجودِ شرطٍ، أو إلزام للمدين بأن يسدِّدَ بالدين الجديدِ الدينَ الأوَّلَ.

<sup>(</sup>۱) الهداية شرح بداية المبتدي ٦/ ٢٦٠، وانظر: التاج والإكليل ٦/ ١٠٠، تحفة المحتاج ٤/ ٢٥٠، كشاف القناع ٣/ ١٧٠.

<sup>(</sup>۲) مسلم (۱۵۱۳).

والثالث: أنَّ قلبَ الدين بالدين يكون في الحال التي يتأخر فيها المدينُ عن السداد، فيكون فيه شُبهةُ: (زِدْنِي أُنظِرُك)، وهذه الشبهةُ غيرُ واردةِ هنا، فليس الغرض من هذه المعاملة معالجة حالات التأخر.

Y- المرابحة مع الوعد بالإبراء: وفيها يتَّفق الطرفانِ على مرابحة بهامشِ ربحٍ مرتفعٍ نسبيًا، ويَعِدُ البائعُ المشتريَ بإبرائه عمَّا زاد عن هامش الربح السائد في السوق وقت السداد، وقد أَخَذَ بهذه الطريقة الهيئة الشرعيَّة للمصرف الهيئات، والهيئة الشرعيَّة لبنك البلاد، وعدد من الهيئات الشرعية في البنوك الإسلامية الماليزية.

ومستند ذلك: جوازُ الإبراءِ المعلَّقِ على شرط، وهو مذهبُ المالكيَّة، وإحدى الروايتين عن أحمد، اختارها شيخُ الإسلام ابنُ تيميَّة، وابنُ القيم، واستدلوا بأنَّ (الأصل في العقود والشروطِ الصحةُ ما لم تخالِفِ الشرعة، وليس في شرط التعليقِ ما يخالف أحكام الشريعة، ولِمَا روى مسلم في «صحيحه» عن أبي اليسرِ صاحبِ رسولِ الله صَلَّاللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَمَ، أنه قال لغريمه: (إن وجدتَ قضاءً فأفضني، وإلَّا فأنت في حِلِّ)(۱).

ويمكن الأخذُ بأيِّ من الطريقتين السابقتين (المرابحة المتجدِّدة، والمرابحة مع الوعدِ بالإبراء) في ارتباط المصرفِ مع المتموِّلين، أو مع المودِعين:

- ففي علاقة المصرفِ بالمتموِّلِين -حيث يكون المصرف دائنًا يمكن أن تُصاغ عقودُ
   المرابحةِ على أيِّ من الصيغتين السابقتين.
  - وفي علاقته بالمودِعِين ينبني ذلك على نوع العقد:
- ففي ودائع المرابحة (المرابحة العكسية) -عند من يرى جوازَها حيث يكون المصرفُ مَدِينًا يمكن أن تُصاغ عقودُ المرابحاتِ وفقًا لما سبق.
- وفي ودائع المضاربة، يمكن أن تجعل حصَّة المودِعِين من الأرباح بنسبة مما يحقِّقُه حساب المرابحات في المصرف (وهذا الحساب تتغير عوائدُه كما سبق)، وما زاد عن حَدِّ معيَّن من هذه العوائدِ يكون من نصيب المضارِبِ (المصرف).



## المبحث الثَّاين

#### تعديل عوائد التمويل بالمضاربة أو بالمشاركة

يُعَدُّ التمويل بالمضاربة أكثرَ مرونةً من التمويل بغيره من العقود؛ إذ لا يترتب على التعديل في الإشكالاتِ التي تَرِدُ على عقود المدايناتِ مثلًا من احتمالية الوقوع في الربا، ونحو ذلك، كما أنَّ العقد في المضاربة غيرُ لازم، ويمكن تجديدُه وتعديله من حينٍ لآخر.

والأصلُ في التمويل بالمضاربة، أن تكون حصَّةُ كلِّ من ربِّ المالِ (الممول) والمضارب (المتمول) والمضارب (المتمول) من الربح معلومةً عند التعاقد ابتداءً، وهذا محلُّ اتفاقِ بين أهل العلم؛ قال في «بداية المجتهد»: (وأجمَعوا على أنَّ صفة القِراض أن يُعطِيَ الرجلُ الرجلُ المالَ، على أن يتَّجر به على جزءٍ معلوم يأخذه العاملُ من ربح المال)(١).

ومن الصور التي يمكن الأخذُ بها لتعديل العوائدِ المستحَقَّة للطرَفَين في عقود المضاربة، ما يلي:

١ – أن تكون حصة ربِّ المال (الممول)؛ سواءً أكان المصرف، كما في التمويل بالمضاربة، أم المودع، كما في ودائع المضاربة نسبة مما تحقِّقُه محفظة ذاتُ إيرادات متغيِّرة؛ مثل أن تكون محفظة تأجير بأُجرة متغيِّرة، أو محفظة مرابحات متجدِّدة بربح متغيِّر، أو محفظة مرابحات مع الوعد بالإبراء، فهنا يتغير العائد على رأس المال للمموِّل بحسب الوضع السائدِ في السوق، ويتم الاتِّفاقُ على أنَّ ما زاد عن نسبةٍ معيَّنةٍ إلى رأس مال الممول يكون من نصيب المضاربِ (المتمول).

ومما يشهد لصحَّةِ هذه المعاملةِ، ما رواه البخاري تعليقًا عن ابن عباس رَحَوَالِتَهَ عَنَاهُا، أنه قال: (لا بأسَ أن يقول: بعْ هذا الثوبَ، فما زاد على كذا وكذا فهو لك). وقال ابن سيرين: (إذا قال: بِعْه بكذا، فما كان من ربح فلك، أو بَيْنِي وبينك، فلا بأسَ به)(١).

وشرط صحَّتِها أن يكون القدرُ المشروط للعامل بعد تحقيق نسبةٍ من الأرباح يشترك فيها العاقدان ابتداء؛ لئلَّا يؤدِّيَ هذا الشرطُ إلى قطع المشاركة في الرِّبحِ، الذي هو المقصود من العقدِ، فيصحُّ مثلًا أن يتَّفِقا على قسمة الأرباح بينهما بنسبة ٢٠٪ و٨٨٪، فإذا تجاوزت الأرباح ١٠٪ من

<sup>(</sup>١) بداية المجتهد ٢/ ٢٨٥، مراتب الإجماع، ص٩٢.

<sup>(</sup>٢) صحيح البخاري ٣/ ٩٢.

رأس المال، فما زاد فهو للعامل، أمَّا لو كان الشرطُ على أنَّ لربِّ المالِ كاملَ الربحِ حتى تتجاوز الأرباح ١٠٪ من رأس المال، فيكون ما زاد للعامل فلا يصتُّ؛ لأنَّه يؤدي إلى قطع الشركة في الربح فيما لو لم يحقِّق رأسُ المال عائدًا بنسبة ١٠٪، ولا خلافَ بين أهل العلمِ على فساد هذا الشرطِ، قال ابن قدامة رَحِمَهُ اللَّهُ: (متى جعل نصيب أحدهما دراهم معلومة، أو جعل مع نصيبه دراهم؛ مثل أن يشترط لنفسه جزءًا وعشرة دراهم، بطلت الشركة. قال ابن المنذر: أجمعَ كلُّ مَن نحفظُ عنه من أهل العلم على إبطال القِراض، إذا شرط أحدُهما، أو كلاهما لنفسه دراهمَ معلومةً)(١).

٢- ترديد حصة المضارب (المتمول) وربِّ المال (الممول) بحسب ما يتحقَّق من أرباحٍ على رأس مال التمويل؛ وذلك بأن يقسم الربح إلى شرائح، ويكون العائدُ لكلِّ منهما في كل شريحةٍ يختلف عن الأخرى؛ كأن يقال: إذا كانت أرباح المضاربة ١٠ ٪ من رأس المال، أو أقل، فتقسم الأرباح بنسبة ٣٠٪ و ٧٪، وإذا كانت أرباح المضاربة تزيد على ١٠٪ من رأس المال، وتقلُّ عن ٥٠٪ فتكون القسمة بنهما ٢٠٪ و ٨٠٪، فإذا زادت الأرباح عن ٥٠٪ فتكون القسمة ١٠٪ و ٩٠٪ ووكذا، وهذا الترديد في قسمة الأرباح جائزٌ، قال في «الفتاوى الهندية»: (فلو دفع إليه ألفًا وقال: إن اشترى به بُرَّا فله النصفُ، وإن اشترى به دقيقًا فله الربعُ، وإن اشترى به شعيرًا فله الثلث، صحَّ، وما اشترى استحقَّ المشروط) (٢٠٪ وقياسًا على جواز الإبهام في الإجارة والمزارعة؛ قال ابنُ القيِّم وَحَمُدُاللَّهُ: (إنَّ الثابت عن الصحابة الذي لا يُعلم عنهم فيه نزاعٌ، جوازُ الإبهام في الإجارة كما ذكره البخاري في «صحيحه» عن عمر رَحَعَاللَّهُ عَنْهُ أنه دَفَعَ أرضَه إلى مَن يزرعها وقال: إن جاء عمر بالبذر من عنده فله كذا، وإن جاؤوا بالبذر فلهم كذا، ولم يخالفُه صحابيُّ واحد) (٣٠٪).

٣- التصفية الدورية للمضاربة؛ وذلك بأن تتمَّ تصفيةُ المضاربةِ بشكلِ دوري بين المتمول (العامل) والممول (رب المال)، ثم تتجدَّدُ المضاربة تلقائيًّا بين الطرّفين ما لم يرغب أيُّ منهما في عدم الاستمرار فيها، وهذا الخيارُ يمكِّنُ الطرّفين من تعديل العوائدِ المستحَقَّة لكلِّ منهما، ومراجعة العقدِ وتعديل بنودِه وَفْقَ المتغيراتِ التي طرأت في أسواق التمويل.

والتَّصفية هنا يُكتفى فيها بالتصفية الحُكميَّةِ دون الحاجة إلى تصفيةِ الاستثمار تصفيةً حقيقيَّة، والتصفيةُ الحكمية تتحقَّقُ بإجراء المحاسبةِ وتقويم حالِ المضاربة بشكلٍ دوري، واعتماد ذلك التقويم أساسًا لتوزيع الأرباح، وإذا تـمَّت التصفيةُ الحكميَّةُ على الوجه المذكورِ، فإنها تكون نهائيَّة، فإذا تجدَّد عقدُ المضاربةِ لفترةِ تالية مع بقاء المال، فإنَّ ما تبقَّى من رأس المال، سواءٌ لَحِقَه

المغنى ٧/ ١٤٦.

<sup>(</sup>۲) الفتاوى الهندية ٤/ ۲۹۰.

<sup>(</sup>٣) إعلام الموقعين ٣/ ٣١١.

ربحٌ أم خسارة، يُعَدُّهو رأس المال الجديد في الفترة التالية من المضاربة؛ أي أنَّ ما كان أصولًا في المضاربة الأولى يصير خصومًا في المضاربة الثانية، بمثل التقويم وللوقت ذاته، ولا يصحُّ أن يتمَّ تقويم خصوم المضاربة الثانية قبل أو بعد تقويم أصولِ المضاربة الأولى؛ لأنَّ الطرَفَين يستأنفان المضاربة بعد التصفية فورًا. وأي خسارة في الفترة التالية لا تجبر من الربح المحقَّقِ في الفترة السابقة، وعلى هذا يدل كلام الفقهاء؛ فعن ابن سيرين رَحمَهُ اللَّهُ أنه قال -في المضارب إذا ربح، ثم وضع، ثم ربح-: (الحساب على رأس المالِ الأولِ، إلَّا أن يكون قبل ذلك قبضًا للمال، أو حسابًا كالقبض)(۱). وعن أبي قِلابة رَحمَهُ اللَّهُ أنه قال: (هما على أصل شركتِهما حتى يحتسبا)(۲).

وعلى هذا، تُعَدُّ الفترة المحاسبية هي مدَّة المضاربة المتَّفَقُ عليها بين الطرَفَين (الممول والمتمول)، وتأقيتُ المضاربة جائزٌ على ما ذهب إليه فقهاءُ الحنفيَّة والحنابلة (٣٠)؛ لأنَّ المضاربة توكيل، والتوكيل يحتمل التخصيص بوقتٍ دون وقت، فإذا انقضت تلك الفترة فتُجَدَّد لفترةٍ أخرى، ويمكن التعديلُ في بنودِها مع بداية الفترة اللَّاحقة.

ولا يختلف التمويل بالمشاركة عن التمويل بالمضاربة فيما سبق من الأحكام؛ لأنَّ قسمة الأرباحِ في الشركات بحسب الشرطِ لا بحسب رأسِ المال، وهذا ما عليه فقهاءُ الحنفيَّةِ والحنابلة؛ إذ القاعدةُ عندهم أن (قسمة الربح في الشركات بحسب الشرطِ، والوضيعة بقَدْرِ رأسِ المال)(٤).

وعلى هذا، يجوز أن يشتركا في قَدْرِ معيَّن من الأرباح بحِصَص معلومة، وما زاد من الربح عن حَدِّ معيَّن ينفرد به أحدُهما، ويجوز أن يكون ذلك الحدُّ مرتبطًا بمؤشِّر معلوم منضبط، ويجوز أن تكون قسمةُ الأرباح بينهما بحسَب شرائحَ متعدِّدة، فتزداد حصةُ أحدِهما بزيادة الأرباح، ويجوز الاتفاقُ بينهما على التصفية الدورية للشركة، وإعادة تعديل العوائدِ مع بداية كلِّ دورةٍ.

0,000,000,0

<sup>(</sup>١) المصنف، لابن أبي شيبة ٥/ ٢٧٢.

<sup>(</sup>٢) المصنف، لابن أبي شيبة ٥/ ٢٧٢.

<sup>(</sup>٣) بدائع الصنائع ٦/ ٩٩، المغني ٧/ ١٧٨.

<sup>(</sup>٤) بدائع الصنائع ٦/ ٦٢، المغنى ٧/ ١٣٨.



## لمبح<u>ث الث</u>ّالثُّ

#### تعديل عوائد التمويل بالإجارة

الأصل في عقد الإجارة أن تكون الأجرة محدَّدةً معلومةً عند التعاقد قبل استيفاء المنفعة، ولا خلافَ بين أهل العلم على أنَّ مِن شروط صحة عقد الإجارةِ العلمُ بالأجرة عند العقد.

ويعدُّ التمويل بالإجارة -من حيث إمكانيَّةُ التعديلِ في عوائده- في درجةٍ متوسطة بين عقود المداينات اللَّازمة كالمرابحة، وعقود المشاركات الجائزة كالمضاربة، فمن جهة كونِه عقدًا لازمًا، فهذا يضيِّق المجالَ في إمكانية التعديلِ في بنوده وعوائدِه.

ومن جهة كونِ المنفعةِ متجدِّدةً وعوضها - وهو الأجرة - متجدِّدٌ، فتغيُّر الأجرة فيه يكون سائغًا إذا رُبط بمؤشرِ معلوم منضبطٍ، وهذا ما تضمَّنه المعيار الشرعي الصادر من هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسَّسات الماليَّةِ الإسلاميَّةِ؛ من جواز الأجرة المتغيرة إذا رُبطت بمؤشِّر معلوم منضبطٍ، شريطة أن تكون أجرةُ الفترةِ الأُولَى معلومة عند العقد، وأن تحدَّد أجرةُ كلِّ فترةٍ في بدايتها، وارتباط الأجرة بمتغير منضبط هو ما عليه فقهاءُ المالكيَّةِ والحنابلة في مسألة استئجار الأجير بطعامه وكسوته بالمعروف، حيث تكون الأجرة - وهي الطعام والكسوة - بحسب العُرفِ وقت قبضِها لاحين التعاقدِ؛ وهو ما دلَّ عليه القرآنُ في استئجار الظُيْرِ بطعامها وكسوتها في قوله تعالى: ﴿ وَعَلَى ٱلمَوَلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَ وَكَتَوتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ (١).

وتغيُّرُ العائدِ في التمويل بالإجارة له صُوَرٌ، منها:

١ - الإجارة بأجرة متغيرة؛ بأن تكون الأجرة المستحقّة للمؤجر (الممول) متغيرة ومرتبطة بمؤشر معلوم كما سبق.

٢- الإجارة مع الإبراء المعلَّق؛ بأن تحدَّد الأجرة في العقد وتكون ثابتة، ويَعد المؤجر (الممول) المستحقَّة عن أُجرةِ المثل (الممول) المستحقَّة عن أُجرةِ المثل في السُّوق، ويكون هذا الوعدُ لازمًا في حق المؤجِّرِ متى ما تحقَّق الشرطُ الذي عُلِّق عليه الإبراءُ.

٣- الإجارة المتجدِّدة؛ وذلك بأن يتَّفِق الطرفانِ (المؤجر والمستأجر) على إبرام عقدِ إجارةِ طويلِ كخمس سنواتٍ مثلًا بأجرةٍ محدَّدة، وبإمكانهما تعديلُ الأُجرةِ بفَسْخ عقدِ الإجارةِ ثم تجديده

<sup>(</sup>١) سورة البقرة، الآية: ٢٣٣.

﴿ ٢٣٦ ﴾

مرَّةً أخرى، مع تسمية أجرة أخرى جديدة، ومن الممكن أن يصدر وعدٌّ من المؤجر بالتزامه بالتأجير في الفترات اللَّاحقةِ بأُجرةِ المثلِ في حينه.

010010010

## المبحث السَّالِع

#### تعديل عوائد التمويل بالوكالة

لا يختلف التمويل بالوكالة كثيرًا عن التمويل بالمضاربة، فالوكيل في الاستثمار بمنزلة العاملِ في عقد المضاربة من جهة أنه وكيلٌ في إدارة الاستثمار لصالح ربِّ المال، وما يستحقُّه الوكيل في الاستثمار يخرج شرعًا على أنه جُعل، وعقد الجعالة من العقود ذاتِ المرونةِ مقارنة بغيره من العقود؛ كالإجارة، والمرابحة؛ فلا يشترط في الجعل المستحقِّ للعامل (الوكيل) أن يكون محدَّدًا بمبلغ ثابتٍ لا يتغير، بل يصحُّ أن يربط بنسبةٍ من الإيراد أو من المال محلِّ الاستثمار، ويصحُّ أن يعلق استحقاق الجُعل على تحقيق قَدْرِ معيَّنِ من الإيرادات، ومن ذلك:

١ – أن يكون نصيب الوكيل بنسبةٍ من قيمة المحفظةِ الاستثمارية، أو الصندوق الاستثماري، يزيد بزيادةِ تلك القيمةِ وينقص بنقصانها، كما هو الحال في إدارة الصناديق والمحافظ الاستثمارية.

٢- أن يكون نصيبُ الوكيل بنسبةٍ مما يحصِّلُه، أو يحقِّقُه من عوائدَ لربِّ المالِ، ونظيرُ ذلك ما ذكره أهلُ العلمِ في أُجرةِ السِّمسارِ؛ قال في «البهجة شرح التحفة»: (ومن هذا -أي مما يُعفَى فيه عن تسمية الأَجرِ في الإجارة-: اعمل على دابتي، فما حصل فلك نِصفُه... وعلى ذلك تخرج أُجرةُ الدَّلَال برُبع عُشْرِ الثمنِ مثلًا)(١).

وفي «المغني»: (ويجوز أن يستأجر سِمسارًا... ويجوز على مدَّةٍ معلومة... فإنَّ عين العمل دون الزمانِ، فجعل له من كل ألفِ درهم شيئًا معلومًا، صحَّ أيضًا)(٢).

٣- ويمكن أن يكون نصيب الوكيل، ما زاد عن قَدْرٍ معيَّن من العائد المتحقِّق على رأس المال، كأن يكون للوكيل ما زاد من العوائد عن ٥٪ من رأس المال، أو ما زاد من العوائد عن هامش الربح في عقود المرابحات في البنوك الإسلاميَّة، وهنا يتغير ما يستحقُّه الوكيلُ بحسَب مؤشر هامش المرابحات في البنوك الإسلاميَّة؛ فمثلًا: لو كان رأس المال (١٠٠) وحقَّقَ عائدًا (٨) وهامش الربح في المرابحات في السوق (٥٪) فيكون نصيب رب المال من العوائد (٥) ونصيب الوكيل (٣)، ثم لو انخفض هامش الربح إلى (٤٪) فيكون نصيبُ ربِّ المالِ من العوائد (٤) ونصيب الوكيل (٤) وهكذا.

<sup>(</sup>١) البهجة شرح التحفة ٢/ ٢٩٩.

<sup>(</sup>٢) المغني ٨/ ٤٢.

ويدل على صحة ذلك: الأثر السابق عن ابن عباس وَ عَلَيْكَ عَنْهَا: (لا بأسَ أن يقول: بعْ هذا الثوبَ، فما زاد على كذا وكذا فهو لك) (١٠). والشرط هنا، وإن كان قد يؤدي إلى قطع المشاركة في العوائد فيما لو لم يحقق العائد على الاستثمار النسبة المقدَّرة لرّبِّ المالِ، إلَّا أنه شرطٌ صحيح؛ إذ يُغتَفَر في الجعالة مثلُ ذلك، ونظيرُه ما ذكره أهلُ العلم؛ من جواز المجاعلة على حفر البئر، ولا يستحق الجعل إلَّا إذا بلغ الماء، فإذا لم يبلغه فلا شيء له، مع أنَّ المجاعل انتفع بالحفر هنا، وهذا بخلاف عقد المضاربة أو المشاركة، فلا يجوز فيه مثلُ هذا الشرط؛ لأنه يؤدي إلى قطع المشاركة في الربح، وهو المقصود من العقد.

٤ – ويمكن أن يؤخذ بالأساليب السابقةِ في التمويل بالمضاربة؛ إذ ما يجوز منها في عقود المضاربةِ، فهو أَوْلَى بالجواز في عقود الوكالة.

#### مدى إمكانية التعديل في عوائد التمويلات القائمة:

من خلال ما سبق، يتبين أن تعديل العوائد المتَّفَق عليها يختلف بحسَب نوع التمويل:

- ففي عقود المرابحات وغيرها من المداينات؛ كالسَّلَم، والاستصناع، لا يجوز التعديلُ فيها إلَّا بأن يسدِّد المدينُ ما عليه من الدين سدادًا مبكرًا، ثم تنشأ مديونيَّةُ جديدة بعوائد مختلفةٍ عن سابقتها، ويجب أن يكون هذا التعديلُ بموافقة الطرَفَين.
- وفي التمويل بالإجارة، لا يجوز التعديلُ في الأُجرةِ المسمَّاةِ في العقد، إلَّا إذا كانت الأجرةُ متغيرةً، أو إذا فُسِخ عقدُ الإجارة ثم جُدِّدَ مرَّةً أخرى بأُجرةٍ جديدة، أو إذا اتَّفق الطرفان على تعديل الأجرة؛ وأيُّ إجراءٍ يتضمَّن تعديلًا في بنود عقدِ الإجارةِ يجب أن يكون بموافقةِ الطرَفَين؛ لأنه عقدٌ لازم.
- وفي التمويل بالمضاربة، أو الشركة، أو الوكالة في الاستثمار، يجوز التعديلُ في العوائد؛ لأنَّ هذه العقودَ ليست بلازمةٍ، ولكن يجب أن يكون ذلك بموافقةِ الطرَفَين، كما يجوز الاتفاقُ على أن تكون العوائدُ مرتبطةً بمؤشِّر متغيِّر منضبطٍ.

# مدى إمكانية ربطِ حساب الأُجرةِ المتغيرةِ في الإجارة بعوائد الودائع الاستثمارية لدى المصرف:

أُولًا: ربطُ حساب الأُجرةِ بالعائد الفِعلي المتحقِّق على الودائع لدى المصرف. صورة هذه المسألةِ: أنَّ المصرف يقدِّم تمويلًا من خلال عقدِ الإجارة؛ سواءٌ أكانت إجارة

<sup>(</sup>١) تقدم تخريجه، ص٧٧ من هذا المجلد.

معيَّنِ أم موصوفِ في الذِّمة، بحيث يتملَّك المصرفُ أصولًا قابلةً للتأجير، ثم يؤجِّرُها على المتموِّل إجارة تمويليَّة، وتكون الأجرة المستحَقَّة للمصرف في هذه الإجارة التمويلية متغيرة ومرتبطة بالعوائد المتحقِّقةِ فِعلَّا للمودِعِين في الودائع الاستثمارية لديه.

والغرضُ من هذا الربط، أن يُجريَ المصرفُ قَدْرًا من الموازنة بين عوائدِ التمويلات التي يكون فيها ممولًا، وغنيٌّ عن القول، أنَّ العائد على يكون فيها متمولًا؛ وغنيٌّ عن القول، أنَّ العائد على حساب الأُجرةِ المتغيِّرةِ سيكون أكثرَ من العائد على الودائع؛ ليتحقَّق للمصرف الربح، وهو بقَدْرِ الفرقِ بين العائديْن.

فعلى سبيل المثال: قد تكون الأُجرةُ المتغيرة في الإجارة التمويليَّةِ وَفْقَ المعادلةِ: (نسبة العائد المتحقِّق على الوديعة ٤٪ فتكون الأجرة العائد المتحقَّق على الوديعة ٤٪ فتكون الأجرة المستحقَّة للمصرف (المؤجر) ٦٪، وإذا حقَّقت الودائعُ عائدًا على رأس المال بقدر ٥٪، فتكون أجرةُ المصرفِ ٧٪ وهكذا.

وهنا يُلحَظ عدمُ الارتباط بين العَقدَين؛ بمعنى أنَّ المصرف يُبرِمُ عقدَ الإجارة مع طرَف، وعقدَ الاستثمارِ في الوديعة مع طرَف آخرَ، كما أنَّ حساب الودائع قد يكون في أصولِ وعقودٍ أخرى غيرِ عقد الإجارة؛ فقد تكون الودائعُ مستثمرةً في مرابحات، أو عقودِ استصناع، أو غيرِ ذلك؛ أي أنَّ الربط بين الإجارة والوديعة إنما هو لاحتساب العائد، بحيث يجعل مؤشر العائد على الوديعة هو المعيار الذي يستند عليه في احتساب الأُجرةِ.

#### ومن حيث الحكمُ الشرعي لهذا الربط:

فقد يقال بالجواز؛ بناءً على جواز الأُجرةِ المتغيرة المرتبطة بمؤشِّرِ منضبط، على اعتبار أنَّ العائد على الودائع يُعَدُّ مؤشِّرًا منضبطًا، ويمكن أن يؤيَّد هذا الرأيُ بعِدَّةِ مؤيِّداتٍ، منها:

١ - أنَّ المصارف عادةً تُبيِّن العوائدَ المتوقِّعَ تحقيقُها على الودائع في بداية كلِّ فترةٍ، ونتائجها لا تختلف كثيرًا عن التوقُّعاتِ، فتكون الأُجرةُ المربوطة بتلك العوائدِ معلومةً منذ بداية الفترةِ.

٢ - ولأنَّ الغالب في تلك العوائدِ، أنَّها لا تتذبذب بشكلٍ كبيرٍ، ولا تختلف اختلافًا جوهريًّا فيما بين المصارف، وإنما تعكس المؤشر العامَّ في السوق.

٣- ولأنَّ تلك العوائدَ تتحدَّد بناءً على النتائج الفعليَّة للاستثمارات، وهي موثَّقة محاسبيًا،
 ويمكن التحقُّق منها، فلا يكون المصرف بذلك متَّهمًا في تحديد تلك العوائد.

وقد يقال بمنع هذا الربط؛ لأنَّ المعيار هنا -وهو العائد على الودائع-غيرُ منضبطٍ، ويمكن أن يؤيَّد هذا الاتجاه بمؤيِّداتٍ، منها: ١ – أنَّ العائد الفِعلي على الودائع، لا يتبيَّن إلَّا في نهاية كلِّ فترةٍ، والمفترض في الأُجرةِ المتغيرة، أن تكون الأُجرة معلومة في بداية الفترة لا في آخِرِها، وأمَّا العائدُ المتوقَّع الذي يُفصِح عنه المصرف في بداية الفترة، فليس بالضرورة أن يكون هو العائد الفِعلي.

٢- أنَّ العائد على الودائع مرتبطٌ بعمل المصرفِ ونشاطِه الخاص، وليس مؤشرًا عامًّا في السُّوق يمكن الرجوعُ إليه.

٣- ولأنَّ هـذا الربط يفترض تحقيق عوائد على الودائع على كل الأحوال، مع أنَّ من المحتمَل أنَّ الودائع تخسر، فهل يَعني ذلك أنَّ المؤجر لا يستحقُّ أُجرةً مع أنَّ المستأجر ينتفع بالأصل المؤجّر؟

٤ - ولأنَّ العائد على الودائع وإن كان لا يحدِّدُه المصرفُ، وإنما يتحدَّدُ بناءً على نتائجِ الاستثمار، إلَّا أنَّه في ظِلِّ غيابِ معاييرَ دقيقةٍ لاحتساب العائد؛ فقد يتدخل المصرف في طريقةِ احتساب العائد زيادةً أو نُقصانًا لمصلحته الخاصَّةِ بتحميل حساب الودائع بعض المصروفات، أو تقليلها، أو إضافة بعض الإيرادات أو تجنيبها، فيكون في ذلك متهمًا بقصد زيادة الأُجرةِ المستحقَّةِ له في عقود التأجير التمويلي، فيكون ذلك مَظِنَّةً للنزاع بين الأطراف.

ثانيًا: ربط حساب الأجرة بالعائد المتوقع تحقيقه على الودائع لدى المصرف.

وهذه المسألة كسابقتها؛ إلَّا أنَّ العائد هنا مرتبطٌ بالعائد المتوقع تحقيقُه على رأس المال في الودائع، وليس بالعائد الفِعلي؛ والعائد المتوقَّع هو ما يُفصِح عنه المصرفُ لعُمَلائه في بداية الفترة في عقود المضاربةِ أو الوكالة، من غير أن يكون ذلك شرطًا مُلزِمًا له، وهو مبني على تقدير المصرفِ للأرباح التي يتوقع تحقيقها خلال الفترة القادمةِ بناءً على معطياتِ السوقِ.

وربط الأُجرةِ بالعائد المتوقَّع على الودائع، يدفع الإشكالَ الذي يَرِدُ على ربطه بالعائد الفعلي، من كون الأجرةِ غيرَ محدَّدةٍ في بداية الفترةِ؛ إذ إنَّ المصرف يبيِّن العائدَ المتوقَّعَ في بداية كل فترةٍ.

ويَرِدُ على هذه المسألةِ الاتجاهان السابقان، فقد يقال بالجواز؛ لأنَّ الأجرة هنا ستكون معلومةً في بداية كلِّ فترةٍ، كما أنَّ توقعات المصرفِ لعوائد الودائعِ مبنيَّةٌ على دراسةٍ فنيَّة للسوق، وليست جزافًا، وفي الغالب تكون هذه التوقعات مقارِبةً للنتائج الفِعلية، بل قد تكون مطابقةً لها.

وقد يقال بالمنع أيضًا كالمسألة السابقة؛ لأنَّ العائد المتوقَّع يبقى في دائرة التَّخمينِ والظنِّ، وليس مبنيًّا على نتائجَ فِعليَّةٍ، كما أنَّ رَبْطَ أُجرةِ المصرفِ (المؤجر) بما يُقدِّرُه من توقُّعاتٍ

لأرباح الودائع لديه، مَظِنَّةُ التهمةِ، وهو مدعاةٌ للنزاع والخصومة؛ فقد يتوقع أرباحًا ولا يحققها، وقد يحقِّقُ أرباحًا لم يتوقَّعُها، والواجب أن يكون المؤشر الذي تُربَط به الأجرةُ منضبطًا، لا مجالَ للنِّزاع فيه.

والذي يترجَّح للباحث هو المنعُ في الصُّورَتَين؛ لأنَّ الأُجرة المتغيِّرة يجب أن ترتبط بعُرفِ عام لا بعُرفِ خاص؛ دفعًا للخصومة والنزاع، وهذه قاعدةُ الشريعةِ فيما يرجع فيه إلى المثل؛ فالبيعُ بسعر المثلِ يرجع فيه إلى سعر المثل الذي يتبايع به الناسُ، لا عُرف التاجرِ بخصوصه، ومهرُ المثل يرجع فيه إلى ما جَرَتْ به عادةُ الناسِ من مثل ذلك الزوجِ لتلك الزوجةِ، وكذلك أُجرةُ المثلِ يرجع فيه إلى ما جَرَتْ به عادةُ الناسِ من مثل ذلك الزوجِ لتلك الزوجةِ، وكذلك أُجرةُ المثلِ يرجع فيها إلى العُرف؛ لقول الله تعالى: ﴿ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَ وَكِتَوَتُهُنَ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ (١) فهذه إجارةٌ بأجرةٍ متغيِّرة، والمعروف هنا هو ما تَعارَفَ عليه الناسُ عُرفًا عامًّا لمثلها، لا بعُرفِ الممنوفِ المنفقِ خاصَّةً، كما ذكر ذلك أهلُ العلم.

نعم، قد يُقال بجواز ربطِ الأُجرةِ بالعوائد المتوقَّعةِ على الودائع، إذا كان عائد الودائع منضبطًا ومرتبطًا بعُرفِ عام، وهذا لا يتأتَّى إلَّا إذا كان عقدُ المضاربةِ أو الوكالة بين المودِعين مع خزينةِ المصرف فقط؛ أي أنَّ وعاءَ الاستثمار هو تمويلاتُ الخزينةِ لا كلُّ نشاطِ المصرف؛ ذلك أنَّ تمويلات الخزينةِ منضبطةٌ، ولا مجالَ للمنازعة فيها، فهي مرتبطةٌ بهامش المرابحاتِ بين المصارف في السُّوقِ، وهو معلومٌ، ولا يتغيَّر من مصرف إلى آخَرَ، ولا فرقَ هنا بين أن تكون الأُجرةُ المتغيرةُ مرتبطةٌ باللايبور والسايبور ونحو ذلك، أو أن تكون الأُجرةُ مرتبطةٌ بعائدِ ودائع مرتبطٍ أيضًا بهذه المؤشرات، وهذا بخلاف أعمال الإدارات الأخرى في المصرف؛ كتمويل الأفراد، والله أعلم. والبطاقات الائتمانية، وغيرها؛ فهذه تتباين إيراداتها فيما بين المصارف تباينًا كبيرًا، والله أعلم.

مدى إمكانية ربطِ حساب الحوافز لمدير الاستثمار سواء أكان مضارِبًا أم وكيلًا في الاستثمار أم شريكًا بالربح المتوقَّع تحقيقُه للمودِعِين في الودائع الاستثمارية لدى المصرف:

لا تخلو هذه المسألة من حالتين:

الحال الأولى: أن يكون هذا الحافزُ مشروطًا بتحقيق المديرِ (المصرف) قَدْرًا من العوائد؛ بأن يتَّفِقَ على أن يشترك المديرُ وربُّ المالِ في استحقاق العائدِ إلى أن يصل إلى نسبةٍ معيَّنةٍ من رأس المال، فإذا زاد عليها فيستحق المديرُ وحدَه الزائدَ عن هذه النسبةِ، على أن يكون ذلك بقَدْرِ الرِّبح المتوقَّع تحقيقُه للمودِعِين لديه وهامش زيادة، وما زاد على ذلك فيكون بينهما أو لأحدِهما.

سورة البقرة، الآية: ٢٣٣.

فعلى سبيل المثال: لو كان الاتفاقُ بين المدير والمستثمِرِين على مقاسمة العوائدِ على النحو الآتي:

١ - أول ٤٪ من العائد على رأس المال، يتقاسمها المديرُ والمستثمِرون مناصفةً.

٢- ثم ما زاد على ذلك، يستحِقه المديرُ وحدَه، على ألّا يتجاوز ذلك الربحَ المتوقّعَ تحقيقُه للمودِعِين لديه + ١٪.

٣- ثم ما زاد على ذلك يكون بينهما مناصفةً.

فلو أنَّ هذا الاستثمارَ حقَّق عائدًا يعادل ١٠٪ من رأس المال، والربح المتوقَّع للمودعين ٣٪، فتكون القسمة كالآتي:

- ٢٪ للمدير و٢٪ للمستثمرين.
  - ثم ٤٪ للمدير وحده.
- ثم الباقي -وهو ٢٪- يكون بينهما مناصفةً؛ لكل منهما ١٪.

وحكم هذه المعاملة إن كان العقد بين المدير والمستثمرين وكالة في الاستثمار، الجواز؛ لأنَّ العقد يخرج هنا على الجعالة، ويُغتَفَر فيه مثلُ ذلك؛ كما سبق، وأمَّا إن كان مضاربة أو شركة، فاختُلِف فيه: فقيل بالتحريم؛ لأن مقتضى عقد الشركة -ومنها المضاربة- تَسَاوي الشريكين في الغُنم والغُرم، وهذا الشرط ينافي مقتضى العقد(١).

وقيل بالجواز؛ لِمَا ورد في «المصنف» عن ابن المسيب وابن سيرين، أنهما كانا لا يَرَيَانِ بأسًا أن يدفع الرجل إلى الرجل مالًا مضاربة، ويقول: لك منها ربحُ ألفِ درهم، فدلَّ على جواز اشتراط العامل أجرًا في عقد المضاربة (٢)، ولأن هذا الشرطَ لا يؤدي إلى قطع المشاركة في الأرباح (٣)؛ وهذا القولُ هو الأقرب.

الحال الثانية: أن يكون هذا الشرطُ مطلقًا من دون تقييده بتحقيق قدر من العوائد؛ كأن يتَّفق على أنَّ المدير ينفرد باستحقاق العائد ابتداءً حتى يصل العائد المحقَّق إلى ما يعادل الربحَ المتوقَّع على الودائع لديه زائدًا ١٪، ثم ما زاد على ذلك يكون من نصيب المستثمرين.

فهنا إذا كان العقدُ مضاربةً، أو مشاركة، فلا يصحُّ؛ لأنَّه يؤدِّي إلى قطع المشاركة في الأرباح،

<sup>(</sup>۱) ينظر: عائد الاستثمار، د. وهبة الزحيلي، ص ۳۰، بحوث في فقه المعاملات المالية، د. رفيق المصري، ص ۱۷۷.

<sup>(</sup>Y) أصول الاقتصاد الإسلامي، د. رفيق المصرى، ص١٩٨.

<sup>(</sup>٣) ينظر: الغرر، د. الضرير، ص١٩٥، المصارف والأعمال المصرفية، د. غريب الجمال، ص٣٧٩.

أمَّا إذا كان وكالةً في الاستثمار، فالأظهرُ جوازُه؛ لأنه عقدُ جعالةٍ وعقدُ الجعالةِ يُغتَفَر فيه الجهالةُ بالجعل، بخلاف المضاربة والإجارة، وقياسًا على ما ورد عن ابن عباس رَعَؤَلِيَّكَ عَنْهَا أنه قال: (لا بأسَ أن يقول: بعُ هذا الثوبَ، فما زاد على كذا وكذا فهو لك)(١)، والله أعلم.

والحمد لله أولًا وآخرًا، وظاهرًا وباطنًا، وصلى الله وسلم على نبيِّنا محمدٍ، وعلى آله وصحبه أجمعين.

CHAPLE HARLE

تقدم تخريجه، ص٧٢ من هذا المجلد. (1)





## الجهالة التي تؤول إلى العلم وتطبيقاتها المعاصرة

بحث مقدم إلى ندوة: «مستقبل العمل المصرفي الإسلامي» الثانية عشرة بالبنك الأهلي عام ١٤٤١هـ/ ٢٠١٩م عام ١٤٤١هـ/ ٢٠١٩م كما قدم بحث مشابه له إلى المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي عام ٢٣٤١هـ/ ٢٠١٥م بعنوان: «البيع والإجارة السعر المتغير» وتم الاكتفاء بآخر البحثين





الحمد لله، والصلاة والسلام على رسول الله صَالَّاللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ.

#### أمًّا بعدُ:

فإنَّ مِن المتَّفَقِ عليه بين الفقهاء، أنَّ من شروط صحة عقد المعاوضة أن يكون العوضُ معلومًا للعاقدين، وأنَّ جهالة العوض تُفسِد العقدَ، إلَّا أنَّ كثيرًا من أهل العلم يُفرِّقون بين الجهالة التي تؤول إلى العلم، وتكون مَظِنَّةُ النزاع بين الفريقين فتفسد العقد؛ ولذا كان من الأهمية التمييزُ بين هذين النوعين، وتَجْلِيَةُ الفروقِ بينهما.

وفي هذا البحث بيانُ ضوابطِ الجهالة التي تؤول إلى العلم، وتطبيقاتها المعاصرة في المؤسّسات الماليّة الإسلاميّة.

أسأل اللهَ أن يُجنِّبنا الزَّلَل، ويوفِّقنا لما يُرضيه من القول والعمل.





## المبحث الأول

### شرط العلم بالثَّمَن في عقد المعاوضة وضوابطه

#### المطلب الأول: الأصل الشرعي لشرط العلم بالثمن.

لا خلافَ بين أهل العلم على أنَّ من شروط صحة عقد المعاوضة -بيعًا كان أم إجارةً أم غيرَ هما - أن يكون العوضُ معلومًا؛ قال في «الهداية»: (والأثمانُ المطلَقة -أي عن قيد الإشارة - لا تصحُّ إلَّا أن تكون معروفة القَدْرِ والصفة؛ لأنَّ التسليم والتسلَّم واجبٌ بالعقد، وهذه الجهالة مُفضِيّةٌ إلى المنازعة، فيمتنع التسليمُ والتسلم؛ وكلُّ جهالةٍ هذه صفتُها تمنع الجواز)(١).

وفي «الشرح الكبير»: (شرط عدم جهل منهما -أي البائع والمشتري- أو من أحدهما بمثمونٍ؛ كبيع بزِنَةِ حجرِ مجهول، أو ثمن؛ كأن يقول: بِعتُكَ بما يظهر من السعر بين الناس اليوم)(٢).

وفي «المنهاج»: (الخامس -أي من شروط المبيع-: العلمُ به.. ولو باع بمل وذا البيتِ حنطة، أو بزِنَةِ هذه الحصاة ذهبًا، أو بما باع به فلانٌ فرسَه، أو بألفٍ دراهم ودنانير؛ لم يصحَّ) (٣٠).

وفي «كشاف القناع»: (من شروط البيع: أن يكون الثمنُ معلومًا للمتعاقدين حالَ العقد بما يُعلَم به المبيع مما تقدَّم، من رؤيةٍ مقارَنةٍ أو متقدمة بزمن لا يتغيَّرُ فيه الثمنُ ظاهرًا)(٤٠).

والأصل في ذلك ما روى أبو هريرة رَضَالِلَهُ عَنْهُ؛ أنَّ النبي صَالَاللَّهُ عَلَيْهِ وَسَالَّة نَهَى عن بيع الغَرَر (٥٠).

ووجه الدلالة: أنَّ العوض إذا كان مجهولًا فهو من الغرر، فيدخل فيما نَهَى النبي صَّالَلَهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عنه (٢٠)؛ قال النووي: (النهي عن بيع الغرر أصلٌ من أصول كتاب البيوع، يدخل فيه مسائل كثيرة غيرُ منحصرة؛ كبيع المعدوم، والمجهول، وما لا يُقدر على تسليمه، وما لم يتمَّ مِلكُ البائع عليه، وبيعُ السمك في الماء الكثير، واللبن في الضَّرْع، والحمل في البطن)(٧).

<sup>(</sup>۱) الهداية شرح بداية المبتدي ٦/ ٢٦٠.

<sup>(</sup>٢) الشرح الكبير على مختصر خليل للدردير ٣/ ١٥.

<sup>(</sup>٣) المنهاج للنووي ٢/ ٣٥٣ - مع مغني المحتاج.

<sup>(</sup>٤) كشاف القناع ٣/ ١٧٠.

<sup>(</sup>٥) أخرجه مسلم (١٥١٣).

<sup>(</sup>٦) العناية ٦/ ٢٦٠. وينظر: المدونة ٢/ ١٦، المجموع ٩/ ٣٧٧، المغني ٤/ ١٥.

<sup>(</sup>٧) شرح صحيح مسلم للنووي ١٥٦/١٥.

#### المطلب الثاني: ضابط العلم بالثمن.

مع اتِّفاق أهلِ العلم على اشتراط العلمِ بالثمن؛ إلَّا أنَّهم اختلفوا في ضابط ذلك، ولهم فيه قو لان:

القول الأول: أنَّ الشرط كونُ الثمنِ معلومَ المقدارِ -أي محدَّدًا- عند العقد؛ وهذا ما عليه جمه ورُ الفقهاء كما تدل عليه نصوصُهم السابقة؛ لأنَّ الثمن إذا لم يُسَمَّ عند العقد فهو مجهول، فيدخل في نَهْي النبي صَلَّاللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن الغرر.

والقول الثاني: أنَّ الشرط كونُ الثمن معلومَ المقدار عند العقد، أو أنه يؤول إلى العلم على وجود لا يؤدِّي إلى المنازعة والاختلافِ بين العاقدين.

فعلى هذا القول، لا تلزم تسميةُ الثمنِ في مجلس العقدِ، فيكفي أن يتَّفق العاقدانِ على طريقةٍ منضبطةٍ لتحديد الثمن. وهذا القول روايةٌ في مذهب الإمام أحمد، اختارها شيخُ الإسلام ابنُ تيميَّة وتلميذُه ابن القيم رَحَهُمَاللَّهُ، وهو قول لبعض الحنفيَّة (١).

قال في «بدائع الصنائع»: (ومنها -أي من شروط البيع - أن يكون المبيع معلومًا، وثمنه معلومًا عِلمًا يمنع من المنازعة؛ فإن كان أحدهما مجهولًا جهالة مُفضِيةً إلى المنازعة، فسد البيع، وإن كان مجهولًا جهالةً لا تُفضي إلى المنازعة، لا يفسد؛ لأنَّ الجهالة إذا كانت مفضيةً إلى المنازعة، كانت مانعة من التسليم والتسلم، فلا يحصل مقصودُ البيع؛ وإذا لم تكن مفضيةً إلى المنازعة، لا تمنع من ذلك؛ فيحصل المقصود)(٢).

وفي «الأخبار العلمية»: (ولو باع ولم يُسَمِّ الثمنَ، صحَّ بثمنِ المثل؛ كالنكاح)(٣).

والقول الثاني هو الراجح؛ لما يلي:

١ - أنَّ النهي إنما ورد عن الغَرَر، والغررُ هو البيع مجهولُ العاقبةِ (٤)، فإذا كان يؤول إلى العلم فهو ليس مجهول العاقبة.

٢- أنَّ المقصود من البيع حصولُ التسليم والتسلم، وهو يحصل ولو لم يُسَمِّ الثمنَ إذا كان يؤول إلى العلم.

<sup>(</sup>١) مسائل الإمام أحمد، لأبي داود، ص١٩٤، إعلام الموقعين ٤/٦، الفروع ٤/ ٣٠، الإنصاف ١١/ ١٣٢.

<sup>(</sup>٢) بدائع الصنائع ٥/ ١٥٦.

<sup>(</sup>٣) الأخبار العلمية، ص١٨٠.

<sup>(</sup>٤) القواعد النورانية، ص١٣٨.

#### المطلب الثالث: ضوابط الجهالة التي تؤول إلى العلم.

قد يَرِد على القول بجواز المعاوضةِ بعوضٍ يؤول إلى العلم، أنَّ كلَّ عقودِ الغرر تؤول إلى العلم؛ مثل بيع الحصاةِ، والملامسة.

والجواب: إنَّ شرطَ الصحة أن يكون الثمن مما يؤول إلى العلم على وجه لا يكون مَظِنَّة المنازعة، ولا يتحقَّق ذلك إلَّا بتوافر الضوابطِ الآتية:

الأول: أن تكون الأداة التي يُتوصَّل بها إلى العلم بالثمن منضبطةً وذاتَ صلة بالعقد، فخرج بذلك ما تكون الأداة التي يُتوصَّل بها إلى تحديد الثمنِ مبنيَّةً على المجازفة والحظِّ، ولا علاقةَ لها بالعقد أصلًا؛ مثل بيع الحصاة ونحوه، فأي صلة بين قوة الرمي ومساحة الأرض؟!

وعلى هذا، فلا يصح أن يبيعَه أرضًا على أن يكون الثمن هو سعر إغلاق مؤشر سوق الأسهم ذلك اليوم؛ إذ لا علاقة بين سعر الأرض وسعر مؤشر الأسهم.

والثاني: أن يكون تحديد الثمن من غير العاقدين؛ كأن يُحيلا على سعر السوق، أو تسعيرة جهةٍ معتبرةٍ؛ كالحكومة، أو البنك المركزي مشلًا ونحو ذلك، فلا يصعُ أن يتمَّ التعاقدُ وَفقَ آلية يتحكم بها أحدُ العاقدين؛ لأن ذلك مظنة النزاع والتهمة.

والثالث: أن يكون الغرض من عدم تسمية الثمن عند العقد هو تحقيق غرض معتبر للعاقدين أو أحدهما، لا يمكنهما تحقيقُه إلّا بذلك، أو لكونه مما يشقُّ معرفتُه عند العقد، لا أن يكون لغرض المجازفةِ أو المقامرةِ على السعر.





# المبحث الثَّاين

# تطبيقات الجهالة التي تؤول إلى العلم في البيوع الحالَّة

نتناول في هذا المبحث عددًا من التطبيقات الفقهية لعقودٍ لا يكون فيها الثمنُ معلومًا، تحديدًا عند التعاقد لكلا العاقدين، وإنما يؤول إلى العلم على وجهٍ لا يؤدِّي إلى المنازعة:

## المطلب الأول: البيع بسعر المثل أو بما ينقطع به السعر.

وهو: أن يبيعه السلعة من غير تحديدِ ثمنِها، ولكن بما يتبايع به الناسُ عادةً، أو بما يقف عليه ثمنها في المساومة؛ ومنه: بيع الاستجرار، وهو أن يشتري ممن يعامله؛ من خبَّاز، أو بقَّال، أو لحَّام، أو غيرهم، يأخذ منه كلَّ يوم شيئًا معلومًا من دون تحديد الثمنِ، ثم يحاسبه عن رأس الشهرِ أو السنة عن الجميع ويعطيه ثمنه (۱).

# وقد اختلف أهلُ العلم في حُكم البيع بسعر المثل، أو بما ينقطع به السعرُ على قولَين:

القول الأول: التحريم؛ وهو قول جمهور الفقهاء من الحنفيَّة، والمالكية، والشافعية، والمذهب عند الحنابلة، والظاهرية(٢).

## واستدلَّ أصحابُ هذا القول بدليلين:

الدليل الأول: قول الله تعالى: ﴿ يَآأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُواْ أَمْوَلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَطِلِ إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَدَرةً عَن تَرَاضِ مِّنكُمْ ﴾(٣).

ووجه الدلالة: أنَّ البيع من غير تسميةِ ثمنِ (أكلُ مالِ بالباطل؛ لأنه لم يصحَّ فيه التراضي، ولا يكون التراضي إلَّا بمعلوم المقدار، وقد يرضى لأنه يظن أنه يبلغ ثمنًا ما، فإن بلغ أكثرَ لم يرضَ المشتري، وإن بلغ أقلَّ لم يرضَ البائع)(٤).

<sup>(</sup>۱) إعلام الموقعين ٤/ ٥، الإنصاف ١١/ ١٣٢، الشرح الممتع على زاد المستقنع ٨/ ١٨٧، معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء، ص٥٦، الموسوعة الفقهية ٩/ ٥٤.

<sup>(</sup>٢) البحر الراثق ٥/ ٢٩٦، مواهب الجليل ٤/ ٢٧٦، الإنصاف ١١/ ١٣٢، مغني المحتاج ٢/ ٣٢٦، المحلى ٩/ ٢٣.

<sup>(</sup>٣) سورة النساء، الآية: (٢٩).

<sup>(</sup>٤) المحلى ٩/ ٢٣.

نوقش: بأن البيع بالسعر أطيب لقلب المتعاقدين من المساومة؛ لأن من طبع الإنسان أن يقنع ويرضى بما جرت عادة الناس بالتبايع به(١).

والدليل الثاني: ما روى أبو هريرة رَضَّ اللَّهُ عَنْهُ، عن النبي صَلَّاللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه نهى عن بيع الغرر (٣). ووجه الدلالة: أنَّ البيع بالسعر مجهولُ العاقبة؛ لأنَّ الثمن غيرُ معلومٍ وقتَ العقد، فهو من الغرر المنهى عنه (٣).

نوقش: بأنَّ الغرر المنهي عنه هو ما كان مؤديًا إلى المنازعة والاختلاف، وليس بالناس حاجة إليه؛ ولهذا أباحت الشريعة بِيَاعاتٍ متعدِّدةٍ فيها غرر؛ كبيع أساسات الحيطان تبعًا للدار، والحمل تبعًا لأُمِّه، وبيع ما مأكولُه في جوفه وغير ذلك؛ لحاجة الناس إليها(٤).

والبيع بما ينقطع به السعر لا يؤدي إلى المنازعة، بل هو أحرى بتحقيق العدل في الثمن من بيع المساومة، كما أنَّ الناس لا غِنى لهم عن ذلك؛ لأنَّ الإنسان قد يحتاج إلى معاملة شخص بعينه مرَّاتٍ كثيرةً، ومن الحرج أن يساومه عند كلِّ حاجةٍ يأخذها، قلَّ ثمنُها أو كثر (٥).

القول الثاني: الجواز.

وهـو روايـة عـن الإمام أحمد اختارها شيخ الإسـلام ابن تيميَّـة وابن القيِّم، وقـال به بعضُ الشافعيَّة (٢).

## استدلَّ أصحاب هذا القول بدليلين:

الدليل الأول: قول الله تعالى: ﴿ لَاجُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَقَتُمُ النِّسَآةِ مَا لَرْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَقْرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةً ﴾ (()، وقول سبحانه: ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَاتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ ﴾ (()، وقول سبحانه: ﴿ وَعَلَى الْمُولُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِنْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ (().

<sup>(</sup>۱) الشرح الممتع على زاد المستقنع ٨/ ١٨٧.

<sup>(</sup>٢) سبق تخريجه، ص١٦٣ من هذا المجلد.

<sup>(</sup>T) Ilares 9/77, Ilares 9/177, Ilares 3/37.

<sup>(</sup>٤) مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩ / ٢٢٨.

<sup>(</sup>٥) إعلام الموقعين ٢/٤.

<sup>(</sup>٦) مسائل الإمام أحمد، لأبي داود، ص١٩٤، مجموع فتاوى ابن تيمية ٣٤/ ١٢٧، ٢٩/ ٣٤٥، إعلام الموقعين ٤/ ٥، الإنصاف ١١/ ١٣٢، النكت والفوائد السنية على مشكل المحرر ١/ ٢٩٩، المجموع ٩/ ١٦٣، مغني المحتاج ٢/ ٣٢٦.

<sup>(</sup>٧) سورة البقرة، الآية: (٢٣٦).

<sup>(</sup>٨) سورة الطلاق، الآية: (٦).

<sup>(</sup>٩) سورة البقرة، الآية: (٢٣٣)

ووجه الدلالة من هذه الآيات: أنَّ الله أباح النكاح بمهر المثل، وهو أشدُّ خطرًا من البيع، وأباح الإجارة تكدُ وأباح الإجارة تكدُ ويطعام وكسوة المثل، وتقدير العوض في الإجارة آكدُ من تقديره في البيع؛ لأنَّ قيمة العين في البيع أقلُّ اختلافًا من المنفعة؛ لأنها تتجدُّد بتجدُّد الأوقات، فتختلف باختلافها غالبًا، فدلَّ ذلك على جواز البيع بثمن المثل(١٠).

والدليـل الثانـي: قــول اللـه تعالـى: ﴿ يَتَأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم يَالْبَـٰطِـلِ إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَـرَاضِ مِّنكُـمْ ﴾(٢).

ووجه الدلالة: أنَّ الله لم يشترط في التجارة إلَّا التراضيَ، والبيعُ بسعر المثل قد يكون أحظى بتحقُّقِ الرضا من المكايسة؛ لأنَّ الغالب أنَّ الشخص يرضى بما يتبايع به الناسُ أكثرَ مما يماكس عليه، وقد يكون الآخَرُ غَبَنَهُ (٣).

يقول ابن القيم رَحْمَهُ اللهُ: (اختلفت الفقهاء في جواز البيع بما ينقطع به السعرُ من غير تقدير الثمن وقتَ العقد.. والصواب المقطوع به -وهو عمل الناس في كلِّ عصرٍ ومِصر-: جوازُ البيع بما ينقطع به السعرُ، وهو منصوص الإمام أحمد، واختاره شيخنا، وسمعته يقول: هو أطيبُ لقلبِ المشتري من المساومة، يقول: لي أسوة بالناس آخُذُ بما يأخذ به غيري، وليس في كتاب الله، ولا سنة رسوله، ولا إجماع الأمَّة، ولا قول صاحب، ولا قياسٍ صحيح ما يحرِّمُه؛ وقد أجمعت الأمَّة على صحة النكاح بمهر المثل، وأكثرُهم يجوِّزون عقدَ الإجارة بأُجرةِ المثل، والبيع بثمن المثل؛ فنجوز)(٤).

والقول الثاني هو الراجح؛ لقوة أدلَّتِه، ولأنَّ الأصل في العقود هو الصحة، وليس في النصوص الشرعية ما يُحرِّمه.

ومما يؤيد ذلك: تجويز بعض أصحاب القولِ الأوَّل بيوعًا قريبة من البيع بمثل سعر المثل؛ مثل: تجويز الحنفيَّة بيع الاستجرار، والمالكيَّة بيع الاستئمان؛ قال في «الدر المختار»: (ما يستجرُّه الإنسان من البَيَّاع إذا حاسَبَه على أثمانها بعد استهلاكها، جاز استحسانًا) (٥٠). وفي «مواهب الجليل»: (وأمَّا بيعُ الاستئمانِ والاسترسالِ؛ فهو أن يقول الرجل: اشترِ مني سلعتي كما تشتري من الناس؛ فإنى لا أعلم القيمة، فيشترى منه بما يُعطيه من الثمن)(١٠).

<sup>(</sup>١) بدائع الفوائد ٤/ ٥١، إعلام الموقعين ٤/ ٥.

<sup>(</sup>٢) سورة النساء، الآية: (٢٩).

<sup>(</sup>٣) نظرية العقد، ص١٦٥، إعلام الموقعين ٤/٦، الشرح الممتع على زاد المستقنع ٨/ ١٨٩.

<sup>(</sup>٥) الدر المختار ١٦/٤٥.

<sup>(</sup>٤) إعلام الموقعين ٤/٥.

<sup>(</sup>٦) مواهب الجليل ٢٣٨/٤.

### المطلب الثاني: البيع بما باع به فلان.

وهو أن يبيع السلعةَ من غير أن يتَّفِقا على ثمن، وإنما يحدِّدَانِهِ بما باع به فلان.

والخلاف في هذه المسألة كسابقتها؛ فالجمهور على التحريم، وعن الإمام أحمد رواية بالجواز اختارها شيخ الإسلام ابن تيميَّة وابنُ القيم(١١).

والرَّاجح: أنه إذا كان الذي أحالا على سعره ممن يعتبر بتقديره في الثمن؛ لشُهرته في السوق، فالبيعُ صحيح؛ لأنَّ الجهالة هنا لا تُفضي إلى المنازعة.

### المطلب الثالث: البيع بالرقم.

وهو أن يبيع السلعة برقمها؛ أي الثمن المكتوب عليها، وأحد العاقدين أو كلاهما يجهل ذلك الرقم عند العقد.

والخلاف فيها كسابقتَيْها، فالجمهور على التحريم؛ للجهل بالثمن عند العقد (٢). وعن الإمام أحمد رواية بالجواز، اختارها شيخ الإسلام ابنُ تيميَّة وبعضُ الأصحاب، وهو القول غير الأظهر عند الشافعية (٢)؛ لأنَّ مآلَه إلى العلم على وجهِ لا يؤدِّي إلى المنازعة.

والراجع: أنَّ التسعير إذا كان من جهةٍ معتبَرة كالدولة، بحيث لا يكون البائع هو الذي يضع الرقم الـذي يريد على السلع، فهو بيعٌ صحيح؛ لأنَّ الثمن وإن كان مجهولًا عند العقد، إلَّا أنَّ هذه الجهالة لا تُفضي إلى المنازعة؛ لأنَّ مآلها إلى علم. ومن ذلك: بيعُ الأدوية المسعَّرة من قِبل الدولة برقمها وإن لم يعلم المشتري ثمنَها في الحال(٤).

## المطلب الرابع: بيع بعض الجملة بتحديد سعر الوحدة.

وهو أن يبيع كميَّةً مجهولة من سلعةٍ معلومة متماثلة الأجزاء بتحديد سعر الوحدة منها. ومنه أن يقول: بِعتُك بعضَ هذه الصُّبْرة من الطعام، كل قَفِيزِ (٥) منها بدرهم.

<sup>(</sup>۱) تبيين الحقائق ٤/٤، رد المحتار ٤/ ٢٩، التاج والإكليل ٦/ ١٠٠، بلغة السالك ٣/ ٢٢، أسنى المطالب ٢/ ١٤، تحفة المحتاج ٤/ ٢٥٠، الفروع ٤/ ٣٠، شرح المنتهى ٢/ ١٨، الإنصاف ١/ ١٣٣٠.

<sup>(</sup>٣) نهاية المحتاج ٣/ ٤١٤، الأخبار العلمية، ص١٨٠، الإنصاف ١٨٠،١٣٣.

<sup>(3)</sup>  $lm_{c} = lm_{c} = lm_{c} = lm_{c}$ 

<sup>(</sup>٥) القفيز: وحدة كيل. المغرب، ص٣٩١. وهو يساوي ١٢ صاعًا، وبوحدات القياس المعاصرة يساوي ٣٣ لترًا. الفقه الإسلامي وأدلته ١/ ١٤١.

ولأهل العلم فيما إذا باعه بعضَ الصُّبرة، كل قفيز بدرهم، من غير أن يحدِّد كميَّة المبيع(١) قولان:

القول الأول: التحريم؛ وهو مذهب الجمهور من الحنفية (٢)، والمالكية (٣)، والشافعية (٤)، والمذهب عند الحنابلة (٥) والظاهرية (٦).

وحجة هذا القول: أن العقد فيه غرر؛ لأن الثمن مجهول عند العقد (٧).

أجيب: بأن هذه الجهالة لا تُفضي إلى المنازعة؛ لأنَّ الثمن معلومٌ قدرَ ما يقابل كلَّ جزءِ من البيع، والغرر مُنتَفِ في الحال؛ لأنَّ ما يقابل كلَّ قَفِيزٍ معلومُ القدر حينتذِ. فغرر الجهالة ينتفي بالعلم بالتفصيل، كما ينتفى بالعلم بالجملة (٨).

والقول الثاني: الجواز.

وهو قولٌ عند المالكيَّة (٩) والحنابلة (١٠).

ومن أدلة هذا القول:

١- أنَّ الأصل في العقود الصحة، ولا دليلَ على المنع.

٢- وقياسًا على ما لو آجَرَه الدار، كل شهر بدرهم، أو آجره كل دلو بتمرة، فيصح كما ثبت في السَّنة (أنَّ عليًّا رَضَاً لِللَّهُ عَنْهُ استقى لرجلٍ من اليهود، كل دلو بتمرة، وجاء به إلى النبي صَالَاللَّهُ عَلَيْهُ وَسَلَّمَ فَاكل منه)(١١).

وهذا القول هو الراجح؛ لقوة أدلَّته.

<sup>(</sup>۱) أما إذا باعه كل الصبرة، القفيز منها بدرهم، فالبيع جائز عند الجمهور والصاحبَين، ويصح في قفيز واحد عند أبي حنيفة. فتح القدير ٥/ ٤٧٢، حاشية الدسوقي ٣/ ١٧، المجموع ٩/ ٣١٣، المغني ٦/ ٢٠٨، الغرر وأثره في العقود، ص٢٦٥.

<sup>(</sup>٢) المبسوط ١٣/٦، بدائع الصنائع ٦/١٦، تبيين الحقائق ٤/٥، فتح القدير ٥/٤٧٢.

<sup>(</sup>٣) التاج والإكليل ٦/ ٩٣، حاشية الدسوقي ٣/ ١٧، بلغة السالك ٢/ ١٠.

<sup>(</sup>٤) المجموع ٩/٣١٣، حواشي الشرواني على تحفة المحتاج ٦/١٤٢.

<sup>(</sup>٥) المغني ٦/ ٢٠٨، الفروع ٤/ ٣٠، شرح المنتهي ٢/ ١٥٢، مطالب أولي النهي ٣/ ٤٢.

<sup>(</sup>V) شرح الخرشي ٥/ ٢٥.

<sup>(</sup>٦) المحلي ٩/ ٢٠.

<sup>(</sup>٨) بدائع الصنائع ٦/١٦.

<sup>(</sup>٩) التاج والإكليل ٦/ ٩٣.

<sup>(</sup>١٠) المغني ٦/ ٢٠٨، الإنصاف ١١/ ١٤٣، الشرح الممتع على زاد المستقنع ٨/ ١٩٢.

<sup>(</sup>١١) أخرجه أحمد ١/ ١٣٥، وابن ماجه (٢٤٤٦).



# لمبح<u>ة الث</u>الث

# تطبيقات معاصرة للجهالة التي تؤول إلى العلم

### المطلب الأول: الإجارة بأجرة متغيرة.

من التطبيقات المعاصرة للإجارة الطويلة، أن تكون أجرة السنوات التالية لسنة التعاقد متغيِّرة بحيث ترتبط بمؤشر معلوم يرتضيه العاقدان، وذلك بدل أن تكون الأجرة ثابتة لكلِّ السنوات بما يؤدِّي إلى غَبْن أحد الطرفين في حال ارتفاع الأُجرة في السوق أو انخفاضها.

وقد اختلف العلماء المعاصرون في هذه المسألة، والخلاف فيها مبني على مسألة استئجار الأجير بطعامه الأجير بطعامه وكسوته؛ إذ الأُجرةُ فيها متغيِّرة، ولأهل العلم في مسألة استئجار الأجير بطعامه وكسوته قولان:

القول الأول: التحريم؛ وهو قول الحنفيَّة باستثناء استئجار الظِّر –أي المرضع – بطعامها وكسوتها، وقول الشافعية، ورواية عن الإمام أحمد(١١).

وحجة هذا القول: أنَّ من شروط صحة الإجارة العلمُ بالأجر، وهو مجهولٌ هنا(١).

والقول الثاني: الجواز.

وهو قول المالكيَّة، ورواية عن أحمد، والمعتمَد عند متأخِّري الحنابلة(٣).

استدلَّ أصحاب هذا القول: بأن الله أباح استئجار الظِّئر بطعامها وكسوتها بقوله: ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ (٤)، فيقاس عليه غيره؛ ولأنَّ الْأجرة وإن لم تكن معلومة عند العقد، إلَّا أنَّ لها عُرفًا يُرجع إليه عند التنازع (٥).

وهذا القول هو الراجح؛ لقوَّة أدلَّته، ويمكن أن يخرج على هذا القول جوازُ عقدِ الإجارة - - سواء أكانت عادية أم مع الوعد بالتمليك - بأُجرةٍ متغيِّرة تكون مرتبطةً بمؤشر معلوم منضبط؛

<sup>(</sup>١) بدائع الصنائع ٤/ ١٩٣، نهاية المحتاج ٥/ ٢٦٧، الإنصاف ١٤/ ٢٧٨.

<sup>(</sup>٢) الشرح الكبير على المقنع ١٤/ ٢٧٧.

<sup>(</sup>٣) التاج والإكليل ٧/ ٥٢٧، الأخبار العلمية، ص٢٢١، كشاف القناع ٣/ ٥٥١.

<sup>(</sup>٤) سورة البقرة، الآية: (٢٣٣).

<sup>(</sup>٥) الشرح الكبير على المقنع ١٤/ ٢٧٨، شرح المنتهى ٢/ ١٧.

لأن الأجرة تؤول إلى العلم على وجهٍ لا يؤدي إلى المنازعة، وبهذا أخذ المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي في دورته الثانية والعشرين في ٢٤/ ٧/ ٤٣٦ هـ، وكذا قرار المجلس الشرعى لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسَّسات المالية الإسلامية.

ففي معيار الإجارة: (يجوز أن تكون الأجرة بمبلغ ثابتٍ أو متغيِّر بحسَب أيِّ طريقةٍ معلومة للطَّرَ فَي معيار الإجارة: (يجوز أن تكون الأجرة للفترة الأولى محدَّدةً بمبلغٍ معلوم. ويجوز في الفترات التالية اعتمادُ مؤشرٍ منضبط)(١).

### المطلب الثاني: الإجارة المتجدِّدة بأجرة متغيرة.

وفي هذه الصورة يتم إبرامُ عقدِ إجارةٍ قصيرٍ مع وعدِ بتجديد العقد دوريًا، وتكون الأجرة عند التجديد مرتبطة بمؤشر منضبط. والفرق بين هذه الصورة وسابقتها أنَّ الصورة السابقة تكون بعقدِ واحدِ مقسَّم إلى فترات، وتتغيَّر الأجرة في كل فترةِ عن الأخرى مع بقاءِ لزومِ العقدِ طِيلةَ فتراته، بينما في الصورة الثانية عقودٌ متعدِّدة متتالية تكون أُجرةُ كلِّ منها مختلفةً عن الأخرى.

ولا يظهر في هذه المعاملة إشكالٌ فيما إذا كان الوعد بتجديد عقد الإجارة للفترات التالية ملزمًا لأحد العاقدين دون الآخر؛ بناءً على قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم (٤٠-٤١) بجواز الوعد الملزم لطرّف واحد دون المواعدة الملزمة للطرفين، ونص القرار: (المواعدة –وهي التي تصدر من الطرفين – تجوز في بيع المرابحة بشرط الخيار للمتواعدين، كليهما أو أحدهما، فإذا لم يكن هناك خيارٌ فإنها لا تجوز؛ لأنَّ المواعدة الملزمة في بيع المرابحة تُشبِه البيع نفسَه)(٢).

وقد يقال أيضًا بجواز هذه المعاملة حتى مع المواعدة الملزمة للعاقدين؛ لأنَّ محلَّ المنع للمواعدة حيث يكون التعاقدُ محرَّمًا؛ لأنها –أي المواعدة الملزمة – كالعقد، وهنا عقد الإجارة الطويلة لفتراتٍ تتغير فيها الأجرةُ جائزٌ كما سبق في المطلب السابق، فمن باب أوْلى جوازُ ذلك إذا كان بمواعدةٍ لا بعقد، والله أعلم.

#### المطلب الثالث: الإجارة بنسبة من العائد.

وصورة هذه المعاملةِ: أن يؤجِّرَه أصلًا مُدِرًا للدخل؛ كعقار، أو سيارة، ونحو ذلك، وتكون الأجرة نسبة من عائد التشغيل؛ كالرُّبع، والثلث، ونحوه.

<sup>(</sup>١) المعايير الشرعية، معيار الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك، ص١٣٨.

<sup>(</sup>٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي/ الدورة الخامسة.

وقد اختلف أهلُ العلمِ في حُكم الإجارة بحصّة مشاعة من الناتج على قولين: القول الأول: الجواز.

وهـذا مذهـب الحنابلة، واعتبروا ذلك نوع مشاركة لا إجارة؛ قال ابن قدامة: (لو دفع دابّته لرجل ليعمل فيها وما يرزق الله بينهما نصفين أو أثلاثًا، أو دفع ثوبَه بالثلث والربع، أو أعطى فرسه على النصف من الغنيمة.. إلى أن قال: وقد أشار أحمد إلى ما يدل على تشبيهه لمثل هذا بالمزارعة.. وهذا يدل على أنه قد صار في هذا، ومثله إلى الجواز؛ لشَبَهِه بالمساقاة والمزارعة لا إلى المضاربة ولا إلى الإجارة)(١).

وعن الحسن وقتادة وابن سيرين: أنهم لم يَرَوْا بأسًا أن يدفع الثوبَ إلى النَّسَاج بالثلث والربع (٢٠).

ومن أدلة هذا القول: القياس على المساقاة والمزارعة؛ فقد ثبت جوازُ المساقاة والمزارعة بجزءٍ مشاعٍ معلوم مما يخرج من الأرض بأدلةٍ من السُّنة، منها ما رواه عبد الله بن عمر رَضَالِللهَ عَنْهَا: أنَّ النبي صَالَاللهُ عَامَلَ أهلَ خيبرَ بشَطْرِ ما يخرج منها من ثمرِ أو زَرْع (٣).

والقول الثاني: التحريم.

وهذا مذهب الحنفيَّة، والمالكيَّة، والشافعيَّة(٤).

قال في «الدر المختار»: (ولو دفع غَزْلًا لآخَرَ ليَنسِجَه له بنصفه، أو استأجر بغلًا ليحمل طعامَه ببعضه، أو ثَوْرًا ليطحن بُرَّهُ ببعض دقيقه.. فسدت في الكُلِّ؛ لأنَّه استأجره بجزء من عمله)(٥).

وفي «المدونة»: (أرأيت إن أخذت دابَّةً أعمل عليها على النصف؟ قال: قال مالك: لا يصلح هذا)(١).

وفي «مغني المحتاج»: (ويشترط كون الأُجرة معلومةً.. فلا يصحُّ استئجارُ سلَّاخ لسلخ الشاةِ بالجلد الذي عليها، ولا طحَّان على أن يطحن البُّرَ مثلًا ببعض الدقيق منه كربعه.. والضابط في هذا: أن تجعل الأجرة شيئًا يحصل بعمل الأجير)(٧).

<sup>(</sup>۱) المغني ١١٦/٧.

<sup>(</sup>٢) المصنف، لابن أبي شيبة ٥/ ١٨٠.

<sup>(</sup>٣) أخرجه البخاري (٢٣٢٨) ومسلم (١٥٥١).

<sup>(</sup>٤) عمدة القاري ١٢/ ٩٣، شرح منح الجليل ٤/٧، نهاية المحتاج ٥/ ٢٦٨.

<sup>(</sup>٥) الدر المختار ٩/ ٨٢، وينظر: المبسوط ١٥/ ١١٥، بدائع الصنائع ٥/ ٥٥٠.

<sup>(</sup>٦) المدونة ٣/ ٤٢٢، وينظر: المنتقى على الموطأ ٦/ ٥٤٧.

<sup>(</sup>٧) مغنى المحتاج ٣/ ٤٤٥، وينظر: روضة الطالبين ٥/ ٢٥٧.

واستدلَّ أصحاب هذا القولِ بأنَّ الأجرة مجهولة، فهي تزيد بزيادة الناتج وتنقص بنقصانه (۱)؛ فضلًا عن أنها إذا كانت مرتبطة بما يحقِّقُه المستأجر من ناتج عمله فينهى عنها؛ لورود النهي عن قَفِيز الطحان (۲)، أي أن تجعل أجرة الطحان قفيزًا مطحونًا مما يعمله.

ويناقش هذا الاستدلال: بأنَّ الأُجرة تؤول إلى العلم، وأمَّا الحديث فهو ضعيفٌ سَندًا ومَتْنًا كما قال شيخ الإسلام ابن تيمية: (إنَّ المدينة لم يكن بها طحَّانٌ يطحن بالأجرة، ولا خبَّاز يخبز بالأجرة، ولم يكن لأهل المدينة على عهد النبي صَلَّاللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مكيالٌ يسمَّى القفيز، وإنما حدث هذا المكيال لما فُتحت العراق)(٣).

والراجع: هـ و القول الأول بجواز أن تكون الأجرة حصة من ناتج عمل المستأجر؛ إذ ليس في ذلك غرر ولا محظور شرعي، والله أعلم.

010010010

<sup>(</sup>١) البيان والتحصيل ٣/ ٤٦٤، المنتقى شرح الموطأ ٦/ ٤٧، عمدة القاري ١١/ ٩٣، أسنى المطالب ٢/ ٤٠٥.

<sup>(</sup>٢) أخرجه الدارقطني (٢٩٨٥)، والبيهقي (١٠٨٥٤).

<sup>(</sup>٣) مجموع فتاوى ابن تيمية ٣٠/١١٣.

# المبحث إلتّ لبع

# تطبيقات البيع الآجل بالسعر المتغيّر

## المطلب الأول: مرابحة البيع الآجل بربح متغير.

المقصود بمرابحة البيع الآجل بربح متغير: أن يكون رأس المال محدَّدًا عند العقد، ويقسم على فترات السداد، وأمَّا الربحُ فيُحدَّد للفترة الأُولى، وأمَّا الفترات التالية فيُحدَّد في بداية كلِّ فترة بحسَب مؤشر منضبط؛ مثل مؤشر هامش الربح في عقود المرابحات في البنوك الإسلامية، بحيث يتَّفق الطرفان على أن يكون ربح البائع بحسَب ما يكون عليه سعرُ السوقِ لهامش الربح في عقود المرابحات الإسلامية في حينه.

وقد نَصَّ قرار المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي في دورته الثانية والعشرين بشأن البيع والتأجير بالسعر المتغير إلى: (أنَّ البيع بسعر آجل متغيِّر لا يصح... والفرق بين عقد الإجارة وعقد البيع، هو أنَّ عقد الإجارة يُغتَفَر فيه من الغرر ما لا يُغتفر في البيع، باعتباره يقوم على بيع منافع في المستقبل تتجدَّدُ شيئًا فشيئًا، بخلاف عقدِ البيع الذي يقع على عينِ قائمة). اهـ.

# المطلب الثاني: المرابحات المتجدِّدة بربح متغيِّر.

في هذه المعاملة يتم إبرامُ عقد مرابحة بالبيع الآجِلِ بثمنِ يشمل رأس المال، وربحًا محدَّدًا، وتكون فترة السداد قصيرة الأجَلِ -كسنة مثلًا - ثم تتجدَّد المرابحة سنويًّا بين الطرفين بربح يراعى فيه أن يكون بحسَب الأسعار السائدةِ في السُّوقِ عند إبرام المرابحة الجديدةِ.

والفرق بين هذه الصورة وسابقتِها، أنَّ الصورة السابقة تكون بعقد مرابحة واحد، يكون فيه سدادُ الثمنِ على فتراتٍ، بينما في هذه الصورة عقود مرابحة متعدِّدة متتالية، يكون الثمن في كلِّ منها مختلفًا عن الأخرى، وعند حلول أجَلِ سداد كلِّ مرابحةٍ يُسدِّدُ العميل من ماله الخاصِّ ما يعادل قسطَ تلك الفترةِ من التمويل، وأمَّا باقي الدين؛ فيُجري عملية تورُّق أخرى من البنك بهامش الربح الجديد، ويسدِّد بمبلغ التورق الثاني باقي الدين الأول.

فعلى سبيل المثال: لو أنَّ عميلًا يرغب في شراء سلعةٍ بالأجَل بـ (١٠٠) يسدِّدُها على عشرة أقساطٍ في عشر سنوات، ومعدَّل الربح في ذلك الوقت ٥٪، فيجري مع المصرف مرابحة بيع آجِلٍ يحلُّ فيها كامل الدين (١٠٥) بعد سنة، فإذا حلَّ الأجَل سدَّدَ للمصرف (١٥) من ماله وهي

تعادل ١٠٪ من أصل الدين مضافًا إليها ربحُ السنة، وأمَّا الباقي -وهو (٩٠) - فيجري عملية تورق بمقدار المبلغ المتبقي ولمدة سنة بهامش الربح الجديد في حينه، ولنفرض أنه (٤٪) فيسدد بالمبلغ الذي تحصل عليه بالتورق الدينَ المستحق عليه بالمرابحة الأولى، فيكون مدينًا بـ (٩٠) و ٤٪ منها تحل بعد سنة، وهكذا لبقيَّة السنوات.

وتعـدُّ هـذه المعاملة من أكثر التطبيقات شيوعًا لـدى المصارف الإسلامية لمعالجة التغير في تكلفة التمويل في عقود المرابحة، وتختلف الضوابط الشرعية فيما بين الهيئات الشرعية في تطبيقات هذه المعاملة. وأشير هنا إلى عددٍ من القرارات في هذه المسألة:

### أولًا: المعيار الشرعي رقم (٥٩) بشأن بيع الدين.

جاء في المعيار ما نصُّه: (يجوز بطلب من العميل المدينِ غيرِ المعسر إبرامُ عقدِ مرابحة بينه وبين المؤسَّسة الدائنةِ، ينشأ بموجبه دينٌ جديد على العميل أزيد من الدين الأول، حتى ولو سدَّد العميل بثمن بيعه السلعة المشتراة بالتمويل الجديد الدَّين الأول كلَّه أو بعضه، وذلك بالضوابط الآتية:

أ- أن تكون المرابحة الجديدة معاملة تمويل مستقلَّة عن المعاملة التي نشأ بها الدين الأول؛ فلا تكون مشروطة في عقده، ولا يشترط في عقدها -ولا في وثائق التمويل- سداد الدين الأول من ثمن بيع ما اشتراه العميل بها، وأن يصدر بمبلغها موافقة ائتمانية؛ لأنها تمويل جديد.

ب- أن يكون عقد المرابحة الجديدة عقدًا صحيحًا مُتِجًا لآثاره شرعًا، ومنها: أن يحق للعميل تسلُّمُ المبيع تسلُّمًا حقيقيًّا، وإن كان التسليم حُكمِيًا، وأن يكون له الاحتفاظُ به في مِلكه، والتصرف به بالوجه الذي يراه دون إلزام له ببيعه. ويطبق ما جاء في المعيار الشرعي رقم (٨) بشأن المرابحة والمعيار الشرعي رقم (٣٠) بشأن التورق، والمعيار الشرعي رقم (٣٠) بشأن بيوع السلع في الأسواق المنظمة.

ت- أن يكون للعميل الحقُّ في التصرف بثمن بيع ما اشتراه بالمرابحة الجديدة، بالوجه الذي يراه، وإن أودع الثمن في حسابه لدى المؤسسة، ومن ذلك استخدامه -باختياره- في سداد الدين الأول بعد يوم عمل من تسلمه له أو إيداعه في حسابه.

ث- إذا كانت العملية الجديدة مع عميل متأخر في السداد، فلا يجوز للمؤسَّسة أن تعوض نفسها عن التأخر في سداد الدين الأول، سواءٌ بطريقٍ مباشر أو غير مباشر، وألَّا يتجاوز معدل الربح في المرابحة الجديدة ربح مثل هذا العميل لو لم يكن متأخرًا). اهـ.

وقد يؤخذ على المعيار أنه عامَلَ جميع صور تمويل عميل لديه تمويلٌ قائمٌ معاملةً واحدة، مع أنَّ النظر الشرعي -فيما يظهر للباحث- يقتضي التمييز بين ما إذا كان التمويل الجديد لغرض معالجة تأخُّرِ العميل في سداد الدين القائم، فهنا قد يرد على المعاملة شُبهة قلب الدين، وأمَّا إذا كان التمويل الجديد بطلب العميل لغرض الحصول على تمويل إضافي، فيطلب منه المصرف سداد الدين القائم من بعض حصيلة التمويل الجديد، فلا يعد ذلك -في نظر الباحث- من قلب الدين، ولا يمنع المصرف من رهن السلعة المبيعة أو ثمن بيعها نقدًا في مقابل الدين الذي في ذِمَّة العميل إلى أن يسدِّد العميل الدين الذي حلَّ في ذِمَّتِه ولو من حصيلة التمويل الجديد. وهذا ما أخذت به الهيئة الشرعية لمصرف الإنماء والهيئة الشرعية لبنك البلاد كما سيأتي بيانه.

#### ثانيًا: قرار الهيئة الشرعية لمصرف الإنماء رقم (٦٧٧).

ونص المقصود منه: (ثانيًا: يجوز للمصرف تمويل عميل لديه دينٌ سابق للمصرف، إذا لم يترتب على التمويل الجديد زيادةٌ في المقدار عن الدين السابق؛ والمعتبر في الزيادة أن يكون ما ثبت في ذمة العميل من التمويل الجديد بصفته المؤجّلة -مع أي مبالغ من رسوم أو غيرها قد تفرض في التمويل الجديد أو لسداد الدين السابق - لا يزيد عن مقدار ما سيسقط من الدين السابق بصفته المؤجلة، ولو تفاوتت آجال الدينين أو اختلفت كلفة التمويل فيهما.

ثالثًا: إذا ترتب على التمويل الجديد زيادة عن الدين السابق الذي لم يحلَّ أجَلُه، فيجوز تمويل المصرف للعميل بالضوابط الآتية:

١ - ألَّا يشترط في التمويل الجديد أن يسدد منه الدين السابق، ولا يكون منصوصًا عليه في وثائق التمويل.

٢- أن يكون إنشاء الدين الجديد قبل حلول أجل الدين السابق بيوم واحد على الأقل؛ ولو
 تأخر إيداع المبلغ المتحصل من التمويل الجديد في حساب العميل.

٣- أن يمكَّن العميل من التصرف في المبلغ المتحصل من التمويل الجديد). اهـ.

وجاء في قرار الهيئة الشرعية رقم (٨٨٢) بشأن التمويل الإضافي: (وهو منتج يتيح للعميل الذي عليه دينٌ سابق للمصرف الحصولَ على تمويلٍ جديد، مع إتاحة الخيار للعميل لسداد الدين السابق سدادًا مبكرًا، من غير شرط أو إجراء من شأنه إلزامُه بسداد دينه السابق من حصيلة التمويل الإضافي. وسيتم تنفيذ هذا المنتج باستخدام عقود التمويل والنماذج المعمول بها في المصرف، وفقًا للإجراءات الآتية:

١ - الحصول على التمويل الجديد من خلال (عقد بيع أسهم محلية بالتقسيط).

٢- رهن محفظة العميل وحسابه الاستثماري... ويتضمن رهن محفظة العميل وحسابه الاستثماري ضمانًا لالتزاماته المترتبة على التمويل الجديد، ولا يحق للمصرف التنفيذ على أصول

المحفظة المرهونة إلَّا عند انخفاض قيمتها، وللعميل أن يبيع الأسهم التي اشتراها من المصرف، ويبقى ثمنُها رهنًا لالتزاماته بموجب التمويل الجديد...، وبعد التأمُّل في أن العميل قد مُكِّن من التصرُّفِ في الأسهم التي تملَّكها، وأنَّ بيع الأسهم واستخدام حصيلتها كان باختيار منه دون إلزام من المصرف، وأنَّ المصرف لا يحتُّ له التنفيذ على المحفظة المرهونة إلَّا عند انخفاض قيمتها..، قرَّرت الهيئة ما يأتي:

أُولًا: إجازة منتج (التمويل الإضافي) وفق الوصف المذكور في مقدمة القرار.

ثانيًا: إجازة نموذج (إقرار رهن محفظة وحساب استثماري). اهـ.

ففي هذا القرار أجازت الهيئة رهنَ الأسهم محلِّ التمويل الجديد؛ لأنَّ التمويل الثاني تمويلٌ إضافي، وليس لمعالجة التأخر في السداد، خلافًا لما ورد في المعيار الذي لم يفرق بين الحالتين.

### ثالثًا: قرار الهيئة الشرعية لبنك البلاد رقم (١٢٤).

جاء في قرار الهيئة الشرعية المشار إليه بشأن إعادة التمويل ما نصُّه: (قرَّرت الهيئة إجازة المنتج -أي إعادة التمويل- بالضوابط الآتية:

 ١ – أن يكون التعاقد مع العميل واضحًا من حيث السقفُ الممنوحُ له، ومبلغ السداد المبكر وطريقة احتساب الربح، وجدول السداد.

٢- يجب أن يتضمَّن العقد بيعَ سِلَع حقيقيَّة؛ كالأسهم.

٣- ألَّا يوقِّع العميل على ما يلزمه بالبيع.

٤ - للبنك أن يلزم العميل بسداد مديونيّته السابقة - (أي: بطلب سدادها سدادًا مبكرًا ووافق البنك على طلبه) - وإن لم يسدد العميل؛ فللبنك أن يبيع أسهمه المرهونة ليستوفي مديونيّته من ثمنها.

٥- ألّا يطبق هذا المنتج على المديونيّات حالة السداد؛ لئلّا يكون من قلب الدين). اه.. وهنا فرّق قرار الهيئة بين الإلزام بالبيع وحبس السلعة بثمنها، فأجاز الثاني دون الأول؛ لئلا يكون من قلب الدين.

## المطلب الثالث: المرابحة بالبيع الآجل مع الالتزام بالخصم.

وفي هذه الطريقةِ يبيع المصرف للعميل سلعةً بالأَجَل بربح محدَّد مع التزام المصرفِ بالحطِّ من ربحه في حال نقص هامش الربح في السوق عن هامش الربحِ المحدَّدِ ابتداءً في العقد، فإذا كان الربحُ المحدَّد ٥٪ ونقص هامش الربح في السوق في السنة الثانية إلى ٤٪، وفي السنة الثالثة إلى ٣٪، فيحطُّ المصرفُ من ربحه في السنة الثانية ١٪، وفي السنة الثالثة ٢٪، وهكذا. وممن أجاز هذه المعاملة، الهيئةُ الشرعية لبنك البلاد في قرارها رقم (١٠١)، والهيئة الشرعية لمصرف الهلال.

ويمكن أن تخرج هذه المسألة على الإبراء المعلَّق والإبراء المجهولِ المقدار، ووجهُ ذلك: أن الإبراء معلَّق على انخفاض هامش الربح في السوق عن هامش الربح المحدَّد في العقد، كما أنَّ مقدار هذا الانخفاضِ غيرُ معلوم عند إنشاء الإبراء.

وقد اختلف أهلُ العلم في حكم تعليق الإبراء، وفي كون الدين المبرَّأ منه مجهولًا؛ وسببُ اختلافِهم هو اختلافهم في حقيقة الإبراء: هل هو تمليك أم إسقاط؟

فمن قال: إنه تمليك، اشترط أن يكون منجزًا، والدين المبرأ منه معلومًا؛ لأنَّ التعليق يفتقر إلى الرضا، وجهالة الدين المبرأ منه تُفضى إلى الغرر.

ومن قال: إنه إسقاط، لم يشترط التنجيزَ ولا العلم؛ لأنَّ الرضا لا يستلزم التنجيز، والجهالة مغتفَرَةٌ في عقود التبرعات(١).

### ولأهل العلم في حكم تعليق الإبراء قولان:

القول الأول: عدم الصحة.

وهذا مذهب الحنفيَّة (٢)، والشافعية (٣)، والمذهب عند الحنابلة (٤). واستدلُّوا بأن الإبراء تمليك، وانتقال الملك يعتمد الرضا، والرضا إنما يكون مع الجزم، ولا جزم مع التعليق، فإن شأن المعلق أن يكون يعترضه عدم الحصول (٥).

ويناقش: بعدم التسليم بأن الإبراء تمليك، بل هو إسقاط؛ ولهذا لا يفتقر إلى القَبول، وعلى فرض صحةِ كونِه تمليكًا؛ فإنَّ قَصْرَ الرِّضا على العقد الناجز تحكُّمٌ لا دليلَ عليه، فالرِّضا لا يستلزم التنجيز.

القول الثاني: صحة تعليق الإبراء من الدين.

وهذا مذهب المالكية (٢)، ورواية عن أحمد (٧)، اختارها شيخ الإسلام ابن تيمية (١)،

<sup>(</sup>١) ينظر: تبيين الحقائق ١٣/٤، الأشباه والنظائر، للسيوطي، ص٣١٢، المغني ٦/ ٤٤١، نظرية العقد، ص٢٢٨.

<sup>(</sup>٢) تبيين الحقائق ٤/ ١٣، البحر الرائق ٦/ ١٩٤.

<sup>(</sup>٣) المنثور في القواعد الفقهية ١/ ٨١. (٤) المغني ٦/ ٤٤١.

<sup>(</sup>٥) ينظر: الفروق، للقرافي ١/ ٢٢٩.

<sup>(</sup>٦) حاشية الدسوقي ٤/ ٩٩، منح الجليل ٨/ ١٧٨.

<sup>(</sup>٧) الإنصاف ١٧/ ٣٣.

<sup>(</sup>٨) الفروع ٤/ ١٩٣.

وابن القيم<sup>(١)</sup>.

واستدلوا بما روى مسلم في صحيحه عن أبي اليسر صاحبِ رسول الله صَلَّاللَهُ عَلَيْهُ وَسَلَمَ أنه قال لغريمه: إن وجدت قضاءً فاقْضِ، وإلَّا فأنت في حِلِّ (٢)؛ ولأن الأصل في العقود والتصرفات الصحةُ ما لم تخالف الشرع، وليس في شرط التعليق ما يخالف أحكام الشريعة.

والقول الثاني هو الأرجح دليلًا.

وأمَّا الإبراء من دينِ مجهولِ المقدار؛ فاختلف فيه أهلُ العلم:

فذهب الشافعية إلى عدم الصحة؛ لما فيه من الغرر(٢). ويناقش بأن الغرر ممنوع في عقود المعاوضات، وأما الإبراء فهو تبرع.

وذهب الحنفية والمالكية والحنابلة (٤) إلى الصحة، واشترط الحنابلة تعذر العلم بالقدر المبرأ منه.

واستدل أصحاب هذا القول بما رَوَتْ أُمُّ سَلَمَةَ رَضَالِيَّهُ عَنْهَا؛ أن النبي صَالَتَهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال لرجلين اختصما إليه في مواريث دَرَست: «اقْتَسِمَا، وَتَوَخَّيَا الْحَقَّ، ثُمَّ اسْتَهمَا، ثُمَّ تَحَالًا»(٥٠).

ووجه الدلالة: أنَّ الحديث دلَّ على جواز البراءة من الحقوق المجهولة، ومنها الإبراء من الدين، ولأن الإبراء من الدين إسقاطٌ له، والجهالة في الإسقاط لا تُفضي إلى المنازعة، وإن كان في ضمنه التمليك؛ لعدم الحاجة إلى التسليم، فلا تكون مفسدة (٢).

والقول الثاني هو الراجح؛ لقوة أدلته.

وبناء على ما سبق؛ فيترجَّح صحة عقدِ المرابحة بثمنِ آجِلٍ مع الالتزام بالخصم عن الفرق بين هامش الربح المحتسَب في عقد المرابحة وهامش الربح السائد في السوق عند السداد، وتخرج المسألة على الإبراء المعلَّق والإبراء مجهولِ القَدْر، وكلاهما صحيح، والله أعلم.

### المطلب الرابع: السلم بسعر السوق.

وهو السلم في سِلَع موصوفة من غير أن تحدد كميتها، وإنما تتحدد بناءً على سعرها في

<sup>(</sup>١) إعلام الموقعين ٣/ ٣٩٩.

<sup>(</sup>۲) أخرجه مسلم (۳۰۰٦).

<sup>(</sup>٣) المنثور في القواعد ١/ ٨٢.

<sup>(</sup>٤) المبسوط ١٣/ ٩٢، فتح العلي المالك ٢/ ٢٢٤، المغني ٦/ ٢٥٤.

<sup>(</sup>٥) أخرجه أحمد (٢٦٧١٧)، وأبو داود (٣٥٨٣).

<sup>(</sup>٦) بدائع الصنائع ٧/ ٢١، فتح القدير ٦/ ٣٩.

السوق وقت التسليم، فيعطى المشتري من السلع ما يعادل رأس ماله وربحًا معلومًا(١)؛ كأن يدفع مئةً ليتسـلَّم بعد سـنتين كميَّة من الحديد بربح ١٠٪؛ أي ما قيمته مئة وعشرة. فإذا كان سعر طن الحديد وقت التسليم عشرة، فتكون الكمية المستحَقَّة أحدَ عشرَ طنَّا.

### ومن التطبيقات المعاصرة لهذه الصيغة:

١ - بطاقات الاتصال مسبقة الدفع؛ حيث يدفع الشخص (٩٠) ليحصل على مكالمات بقيمة (١٠٠) مثلًا، فهي سلم في المنافع. وهو صحيح عند جمهور أهل العلم خلافًا للحنفية. والمسلم فيه -وهو دقائق الاتصال - مقدَّر بالقيمة لا بالكمية. وقد تكون حالَّة أو مؤجَّلة، كما أنَّ السَّلَم يصحُّ حالًا إذا كان البائع مالكًا للسلعة، ويصح مؤجلًا.

٢ - بطاقات الوقود مسبقة الدفع، وهي كسابقتها إلا أن المسلم فيه سلعة موصوفة وهو
 الوقود.

وممن اختار صحة السلم مع تحديد مقدار المسلم فيه حسب سعر السوق يوم التسليم شيخُ الإسلام ابن تيمية؛ قال في «الفروع»: (وقال شيخنا —يقصد ابن تيمية – فيمن أسلف دراهم إلى أجل على غلة بحكم أنه إذا حل دفع الغلة بأنقص مما تساوي بخمسة دراهم: هذا سلف بناقص عن السعر بشيء مقدَّر، فهو بمنزلة أن يبيعه بسعر ما يبيع الناس أو بزيادة درهم في الغرارة (٢٠)، أو نقص درهم فيها. وفي البيع بالسعر قولان في مذهب أحمد: الأظهر جوازه؛ لأنه لا خطر ولا غرر؛ ولأن قيمة المثل التي تراضيا بها أولى من قيمة مثل لم يتراضيا بها) (٣).

### وهذه المعاملة لا يظهر فيها محرم شرعًا بشرطين:

الأول: أن يكون للسلعة المعقود عليها قيمة سوقية منضبطة؛ كالمعادن، والوقود، ونحوها. والثاني: أن يقبض المشتري السلعة قبضًا حقيقيًّا أو حُكميًّا عند التسليم؛ دفعًا للصورية عن العقد.

<sup>(</sup>۱) ويعبر عنه البعض بأن يعطى المشتري كمية من المسلم فيه بأنقص من سعرها في السوق بنسبة معلومة يوم التسليم، والنتيجة في الطريقتين واحدة مع مراعاة اختلاف النسبة في حال الزيادة أو النقصان؛ لأن الربح للمشتري نقصان على البائع، فمن عبر بالربح نظر إلى جانب المشتري ومن عبر بالنقصان نظر إلى جانب البائع.

<sup>(</sup>٢) الغِرارة - بكسر الغين-: وعاء من صوف أو شعر لنقل التبن وما أشبهه. طلبة الطلبة، ص١١٠.

<sup>(</sup>٣) الفروع ٤/ ١٧٩. واختار هذا القول من المعاصرين الشيخ محمد العثيمين رَحَمُهُ اللَّهُ، وقال: (ينبغي أن يكون معلومًا بالجزء المشاع؛ كأن يقول: بنازل عشرة في المئة عن قيمته وقت حلوله؛ لأنه إذا جعله شيئًا معينًا بالقدر فقد يستغرق كثيرًا من الثمن أو قليلًا). تعليقات الشيخ على الأخبار العلمية، ص١٩٣.

وليس في المعاملة ربا؛ لأنها معاوضة بين نقد وسلعة، وليس فيها غرر؛ لأن المعقود عليه يؤول إلى العلم على وجه لا يؤدي إلى المنازعة، ولا تتعارض مع قول النبي صَلَّاللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مَنْ أَسْلَفَ فِي تَمْرٍ فَلْيُسْلِفْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ، وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ، إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ»(١)؛ لأمرين:

الأول: أن الكيل والوزن وإن لم يكونا محدَّدَين عند العقد، إلَّا أنَّهما يؤولان إلى العلم على وجه لا يؤدي إلى المنازعة.

والثاني: أن المراد: مَن أسلف كيلًا فليكن بكيلٍ معلوم، ومن أسلف وزنًا فليكن بوزن معلوم. ومما يدل على ذلك ما يلي:

١ - ذِكر الأَجَل فيه، وهو ليس بشرط؛ لأنَّ السَّلَم إذا جاز مؤجلًا فجوازُه حالًا من باب أولى؛ لأنه أقلُّ غررًا، فيكون المعنى: إن كان السلم لأجل فليكن معلومًا(٢).

٢- أن الحديث اشترط العلم بالكيل والوزن، ومن المعلوم أنه لا يشترط العلم بهما معًا؛ إذ
 المراد: من أسلف كيلًا فليكن بكيل معلوم، ومن أسلف وزنًا فليكن بوزن معلوم.

ويصحُّ أن يكون السلم بسعر السوق بأجَلِ واحد، فيكون بحسَب سعر السوق عند ذلك الأجل، أو يكون مقسطًا على آجال معلومة، فيكون بحسب السوق عند كل أجل؛ قال في «شرح المنتهى»: (يصح أن يسلم في جنس واحد إلى أجلين، إنْ بيَّن قسطَ كلِّ أجَلٍ وثمنه؛ لأنَّ الأجل الأبعد له زيادةُ وقع على الأقرب، فما يقابله أقلُّ، فاعتبر معرفة قسطه وثمنه، فإن لم يبيئهما لم يصح.. ويصح أن يُسلِمَ في شيء كلحم وخُبز وعسل يأخذه كلَّ يومٍ جزءًا معلومًا مطلقًا، سواءٌ بيَّن ثمنَ كلِّ قسطٍ أو لا؛ لدعاء الحاجة إليه) (٣).

فإذا كان المسلَم فيه مقسَّطًا، فقد تكون الكمية المستحقة في قسط أكثر أو أقل منها في قسطِ آخَر بناءً على تقلُّبات الأسعار، والله أعلم.

والحمد لله أولًا وآخرًا، وظاهرًا وباطنًا، وصلى الله وسلَّم على نبيِّنا محمدٍ وآله وصحبه أجمعين.

#### 

<sup>(</sup>۱) أخرجه البخاري (۲۱۲٦)، ومسلم (۱۲۰٤).

<sup>(</sup>۲) وهذا هو توجيه الشافعية للحديث بناء على قولهم بصحة السلم الحال خلافاً للجمهور. واختار ابن تيمية وابن القيم صحته إذا كان البائع قادرًا على التسليم. الحاوي الكبير ٧/ ١٣، أسنى المطالب ٢/ ١٢٤، فتح العزيز ٩/ ٢٢٦، تبيين الحقائق ٤/ ١١٥، حاشية الدسوقي ٣/ ٢٠٥، المغني ٦/ ٢٠٤، مجموع فتاوى ابن تيمية ٢/ ٢٠٥، تهذيب السنن ٥/ ١١٤.

<sup>(</sup>٣) شرح المنتهى ٢/ ٩١.



# المرابحة بربح متغير

بحث محكم نشر عام ١٤٣١هـ / ٢٠١٠م نشر عام ١٤٣١هـ / ٢٠١٠م كما قُدِّم البحث إلى الملتقى الثاني للهيئات الشرعية للمصارف الإسلامية والمنظم من بنك البلاد عام ١٤٣٠هـ / ٢٠٠٩م





الحمد لله، والصلاة والسلام على رسول الله صَرَّاللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ.

أما بعد:

فإنَّ من نعم الله على هذه الأمة ما تشهده الأسواق المالية في العقود الأخيرة من كثرة المصارف الإسلامية وانتشارها، وهذا -ولله الحمد- مؤشرُ خيرٍ يدلُّ على حرص المجتمعات الإسلامية على الكسب الطيب والربح الحلال.

ولا تزال مسيرة المصارف الإسلامية تواجه الكثير من العقبات التي تعترض طريقها في ظلِّ منافسة حادَّة مع المصارف الربوية. ولعلَّ من أبرز المشكلات التي تواجهها تلك المصارف طريقة احتساب الربح في عقود التمويل طويلة الأجل؛ إذ أصبح من المتعذّر على المصرف الإسلامي تقديم تمويل طويل الأجل بهامش ربح ثابت، في ظل ما تعانيه المجتمعات اليوم من تضخم وتقلب في معدلات الربح بين الفينة والأخرى. فلا المصرف يقبل بالمجازفة باحتساب ربح ثابت طيلة فترة السداد خشية من ارتفاع الأسعار فيما بعد؛ مما يضطره إلى أن يتمول لاحقًا بربح أعلى من الربح الذي يحققه من تمويله السابق فيكون خاسرًا، ولا العميل يرضى بأن يحتسب المصرف عليه ربحًا أعلى من السائد في السوق وقت التمويل.

وفي المقابل نجد المصارف الربوية تربط فوائدها بمؤشر الفائدة في السوق؛ مما أوجد لها ميزة تنافسية جعلت الكثير من الشركات تعدِلُ عن التمويل الإسلامي إلى التمويل الربوي لشعورها بالغبن في حال انخفاض معدلات الربح في السوق، في الوقت الذي تطالب فيه بربح أعلى.

وفي هذا البحث دراسة موجزة لهذه القضية، حاولتُ فيها أن أجلِّيَ النظر في مدى جواز أن يربط الربح في عقود المرابحات بمؤشر منضبط يرتضيه الطرفان، ويدفع عنهما الشعور بالغبن.

### أهمية الموضوع:

### تبرز أهمية الموضوع في النقاط الآتية:

١ - أنه يناقش مشكلة تعدُّ من أكبر المشكلات التي تواجه المصارف الإسلامية.

٢- أن التمويل طويل الأجل يمثل النسبة الكبرى من عقود التمويل المصرفي.

٣- أن المصرفية الإسلامية في طور البناء والنماء وهي بحاجة إلى إيضاح الأحكام الشرعية
 المتعلقة بجميع جوانبها ليتحقق لها القبول والانتشار بإذن الله.

#### الدراسات السابقة:

لم أطلع على أبحاث أو دراسات سابقة حول هذا الموضوع بخصوصه. وثمة دراسات متعددة حول الربح وضوابطه الشرعية إجمالًا ولكنها لم تتعرض لمناقشة هذه القضية بخصوصها.

### ومما وقفتُ عليه من هذه الدراسات:

١ - عائد الاستثمار في الفقه الإسلامي، للدكتور وهبة الزحيلي، من مطبوعات دار المكتبي.

٧- العائد على الاستثمار، للدكتور محمود صبح.

٣- الربح في الفقه الإسلامي ضوابطه وتحديده في المؤسسات المالية المعاصرة، للدكتورة شمسية إسماعيل، من مطبوعات دار النفائس.

٤ - قياس وتوزيع الربح في البنك الإسلامي، للدكتورة كوثر الأبجي، من مطبوعات المعهد العالمي للفكر الإسلامي.

٥ - معايير احتساب الأرباح في البنوك الإسلامية، بحث للدكتور سامي حسن حمود رَحِمَهُ اللّهُ منشور في مجلة دراسات اقتصادية إسلامية، المجلد الثالث العدد الثاني.

٦ - مشكلة قياس عوائد الاستثمارات في المصارف الإسلامية وأسس محاسبية مقترحة لحلها، بحث للدكتور حسين شحاتة، منشور في مجلة الاقتصاد الإسلامي، العدد الخامس والستون.

وجميع هذه الدراسات لم تتعرض لمناقشة الحكم الشرعي لربط الربح في المرابحات الآجلة بمؤشر منضبط.

ووقفتُ على بحثين لهما صلة بموضوع هذا البحث، وهما:

١ – السلم بسعر السوق، بحث للدكتور سامي السويلم، مقدم للندوة العلمية التي عقدها مصرف الراجحي حول هذا الموضوع.

٢- أحكام الأجرة المتغيرة، للباحث هشام الذكير، وهو بحث تكميلي مقدم لقسم الفقه المقارن بالمعهد العالى للقضاء.

وقد أجاد الباحثان في تناولهما لهذين الموضوعين، وكما هو ظاهر فإنَّ البحثين يتحدثان عن العوض المتغير في عقدي (السلم) و(الإجارة)، أما هذا البحث فهو في عقد المرابحة.

المرابحة بربح متغير للمرابحة بربح متغير المرابحة بربح متغير المرابحة بربح متغير المرابحة بربح متغير المرابحة بربح متغير

#### خطة البحث:

اشتمل البحث على خمسة مباحث، وذلك على النحو الآتي:

المبحث الأول: التعريف بمصطلحات الدراسة.

المبحث الثاني: العلم بالثمن وأثره في صحة البيع.

المبحث الثالث: المؤيدات الشرعية لصحة المرابحة بربح متغير.

المبحث الرابع: الاعتراضات الواردة على المرابحة بربح متغير ومناقشتها.

المبحث الخامس: الحلول المطروحة في التمويل طويل الأجل ومناقشتها.

وأعلم أنَّ ما توصلتُ إليه في هذه الدراسة رأيُ بشرٍ يحتمل الصواب والخطأ، فما كان فيه من صواب فمن الله، وما كان فيه من خطأ فمني ومن الشيطان، والله ورسوله منه بريئان، وإني أسأل الله الأجر مرة إن كنت مخطئًا، والأجر مرتين إن كنت مصيبًا، وأن يعفو عني الخطأ والزلل، ويوفقني وقارئ هذا البحث وجميع المسلمين لما يرضيه من القول والعمل، وحسبي أن أقول: اللهم أرنا الحق حقًا وارزقنا اتباعه، وأرنا الباطل باطلًا وارزقنا اجتنابه، وصلى الله وسلم على نبينًا محمد وعلى آله وصحبه.





# المبحث الأول

### التعريف بمصطلحات الدراسة

### المطلب الأول: التعريف بالمرابحة.

المرابحة في اللغة: مفاعلة من الربح، وهو: النماء في التَّجْر.

يقال: نقد السلعة مرابحة على كل عشرة دراهم درهم، والمفاعلة هنا ليست على بابها؛ لأن الذي يربح إنما هو البائع، فهي من المفاعلة التي استعملت في الواحد كـ (سافر، وعافاه الله)(١).

والمرابحة في الاصطلاح الفقهي: بيع بمثل الثمن الأول مع زيادة ربح معلوم (١).

والمرابحة أحد أنواع بيوع الأمانة؛ ذلك أن البيع ينعقد شرعًا بالنظر إلى طريقة تحديد ثمنه بأسلوبين:

الأول: بيع المساومة، وهو بيع السلعة بثمن متفق عليه دون النظر إلى ثمنها الأول الذي اشتراها به البائع.

والثاني: بيعُ الأمانة، وهو البيع الذي يأتمن فيه المشتري البائع، ومن ثَمَّ يطلب منه إعلامه بتكلفة المبيع عليه، حتى يبني المشتري الثمن الذي يعرضه البائع وفقًا لتِلكُم التكلفة. فإذا باع المبيع بأقل من تكلفته سُمِّي البيع وضيعة أو حطيطة، وإن باعه بمثل التكلفة سمي تولية، وإن باعه بأزيد من التكلفة سمى مرابحة.

وبيع المرابحة حكي فيه خلاف يسير (٣)، إلَّا أنَّ عامة أهل العلم على جوازه، بل حكى غير واحد الإجماع على ذلك (٤). ولم يزل المسلمون يتعاملون به في مختلف الأعصار والأمصار من غير نكير، فصحَّ الاتفاق حكمًا على الجواز، وطردًا للقاعدة الشرعية أن: (الأصل في المعاملات

<sup>(</sup>۱) لسان العرب ۲/ ٤٤٢، المصباح المنير، ص ۸۲، كشاف اصطلاحات الفنون ۱/ ٥٣٨، التعريفات الفقهية، ص ٤٧٦.

<sup>(</sup>٢) بدائع الصنائع ٥/ ٢٢٠، الخرشي ٥/ ١٧١، روضة الطالبين ٣/ ٥٢٨، الكافي لابن قدامة ٣/ ١٣٥.

<sup>(</sup>٣) مغني المحتاج ٢/ ٤٧٦، المغني ٦/ ٢٦٦، المحلى ٩/ ١٤.

<sup>(</sup>٤) منهم الكاساني وابن قدامة وابن هبيرة وابن رشد: بدائع الصنائع ٥/ ٢٢٠، الاختيار ٢/ ٢٧٣، بداية المجتهد ٢/ ٢٥٦، الإفصاح ١/ ٣٥٠، المغنى ٦/ ٢٦٦.

الحل حتى يقوم دليل على المنع)(١).

وبيع المكايسة (المساومة) أحبُّ إلى أهل العلم من بيع المرابحة؛ لأنَّ البائع في المرابحة مؤتمن، وقد لا يتيسَّر له دائمًا ضبط المصروفات التي بذلت في الحصول على السلعة، في حين أن بيع المساومة يخلو من هذا الالتزام، قال في «المغني»: (قال أحمد: والمساومة عندي أسهل من بيع المرابحة؛ وذلك لأنَّ بيع المرابحة تعتريه أمانة واسترسال من المشتري ويحتاج فيه إلى تبيين الحال... ولا يؤمن هوى النفس في نوع تأويل أو غلط فيكون على خطر وغرر وتجنب ذلك أسلم وأولى)(٢).

وفي «المقدمات الممهدات»: (البيع على المكايسة أحبُّ إلى أهل العلم وأحسن عندهم) (٣٠). وتتمُّ عمليات المرابحة في المصارف بطريقتين:

الأولى: المرابحة البسيطة؛ كالتي سبق شرحها عند الفقهاء، وهذه الطريقة قليلة التطبيق؛ لأنها تفترض أنَّ البنك في حوزته السلعة أو العقار محل البيع قبل طلب العميل لها، وهذا قليل.

والثانية: أن يطلب العميل من البنك شراء سلعة له -أي للبنك و يعِدُه العميل بشرائها بالأجل بربح معلوم بعد تملك البنك لها، وهي المعروفة بـ (المرابحة للواعد بالشراء)(٤)، أو (المرابحة المركبة)(٥)، وقد ذهب جمهور المعاصرين إلى جوازها بشرط أن يتملَّك البائع السلعة ويقبضها قبل بيعها على العميل وألَّا يكون بينهما مواعدة ملزمة قبل تملك البائع للسلعة(٢). وقد أشار إلى نظير هذه المعاملة عدد من الفقهاء المتقدمين، ونصُّوا على جوازها بالشروط السابقة(٧).

وتعدُّ المرابحة المركبة من أهم أساليب توظيف الأموال في المصارف الإسلامية؛ إذ تصل نسبتها في كثير من المصارف إلى ما يزيد على ٠٨٪ من إجمالي توظيف الموارد(٨).

<sup>(</sup>١) فتح القدير ٦/ ١٢٢، مواهب الجليل ٤/ ٤٨٩، حواشي الشرواني ٤/ ٤٢٨.

<sup>(</sup>٢) المغنى ٤/ ١٣٤.

<sup>(</sup> $\Upsilon$ ) I habital " ( $\Upsilon$ ) المقدمات الممهدات  $\Upsilon$ / ۱۳۹، حاشية الدسوقي  $\Upsilon$ / ۱۵۹.

<sup>(</sup>٤) تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية، ص٤٧٦.

<sup>(</sup>٥) المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق، ص١٤٥.

<sup>(</sup>٦) قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم (٤٠-١٥/ ٢/ ٥، ٣/ ٥) بشأن الوفاء بالوعد والمرابحة للآمر بالشراء، ومعيار المرابحة للآمر بالشراء، الصادر من هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، ص٥١٥، المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق، ص٥١٥.

<sup>(</sup>٧) منهم: الإمام الشافعي: الأم ٣/ ٣٩، ومحمد بن الحسن: المبسوط ٣٠/ ٢٣٧، وابن القيم: إعلام الموقعين ٤/ ٣٧.

<sup>(</sup>٨) ندوة خطة الاستثمار في البنوك الإسلامية، ص٥٤١، ١٥٨، تقويم الدور الاقتصادي للمصارف الإسلامية ص١٥٨.

### المطلب الثاني: التعريف بالربح.

الرُّبْح والرَّبَح والرَّباح في اللغة بمعنى واحد وهو الكسب، أو النَّماء في التجارة. يقال: ربح في تجارته، وربحت تجارته. فيسند الفعل تارة إلى التاجر وتارة إلى التجارة نفسها(۱).

وفي «مفردات القرآن»: (ويتجوَّز به -أي الربح- في كل ما يعود من ثمرة عمل)(٢). والربح في الاصطلاح الفقهي يراد به أحد معنيين، أحدهما أعمُّ من الآخر:

الأول، وهو الأعمُّ، بمعنى: الزائد على رأس المال. فما يزيد على رأس مال الشريك في الشركات يسمى ربحًا، وما يزيد على سعر التكلفة في المرابحة يسمى ربحًا،

والثاني، وهو الأخص، بمعنى: الزائد على رأس المال الذي يكون بسبب تقليب المال في التجارة خاصة. وهذا المعنى هو المستخدم في باب الزكاة تمييزًا للربح عن أوجه النماء الأخرى كالغلَّة والفائدة(٤).

### المطلب الثالث: التعريف بالمرابحة بربح متغير.

الأصل في المرابحة أن يكون رأس المال والربح محدَّدَين؛ كأن يقول: أبيعك هذه السلعة بمئة وربح عشرة، أو وربح ١٠٪؛ أي بمئة وعشرة. وهذه المرابحة لا غبار عليها.

ومحل الدراسة هنا: فيما إذا كان رأس المال محددًا عند العقد، وأمّا الربح فلا يحدد ابتداءً وإنما يربط بمؤشر منضبط؛ مثل مؤشر هامش الربح في عقود المرابحات في البنوك الإسلامية، بحيث يتفق الطرفان على أن يكون ربح البائع بحسب ما يكون عليه (السعر السوقي) لهامش الربح في عقود المرابحات الإسلامية وقت السداد، أو متوسط سعر الهامش عن فترة السداد السابقة، وقد يكون السداد بالتقسيط أو دفعة واحدة. فثمّ أربعُ صور:

الأولى: أن يكون السداد دفعة واحدة، والربح بحسب مؤشر هامش الربح في السوق وقت السداد.

<sup>(</sup>۱) القاموس المحيط، ص٢٧٩، لسان العرب ٢/ ٤٤٢، أساس البلاغة، ص ١٥، المصباح المنير، ص ٨٨، طلبة الطلبة، ص ١١٩، المغرب، ص ١٨٠، المعجم الوسيط ١/ ٢٢٢.

<sup>(</sup>٢) مفردات ألفاظ القرآن، ص٣٣٨.

<sup>(</sup>٣) بدائع الصنائع ٦/ ٢٦، مجمع الضمانات، ص ٣١٠، أحكام القرآن لابن العربي ١/ ٤٠٨، بداية المجتهد ٢/ ٢٧٨، فتح العزيز ١٦/ ٢٤، مغني المحتاج ٢/ ٤٧٧، المغني ٧/ ١٦٥، شرح المنتهى ٢/ ٣٣٣، معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء، ص ١٧.

<sup>(</sup>٤) مواهب الجليل ٢/ ٣٠١، شرح حدود ابن عرفة، ص٢٠١، شرح الخرشي ٢/ ٨٣٠، مغني المحتاج ٢/ ٨٠١، الشرح الكبير على المقنع ٧/ ٦٩، نظرية المحاسبة المالية، ص١٣٩.

مثال ذلك: باع البنك سلعة للعميل بسعر التكلفة (١٠٠) وربح يعادل مؤشر هامش الربح في عقود المرابحات في يوم السداد، على أن يكون السداد بعد ثلاث سنوات. فلما حلَّ موعد السداد تبين أن مؤشر هامش الربح في السوق يساوي ٥٪ في السنة، فيكون الربح المستحق ٥٪ ربحًا مركبًا عن كل سنة؛ أي (٥) عن السنة الأولى، و(٢٥) عن السنة الثالثة.

الثانية: أن يكون السداد دفعة واحدة، والربح بحسب متوسط هامش الربح في السوق عن فترة السداد.

مثال ذلك: باع البنك سلعة للعميل بسعر التكلفة (١٠٠) وربح يعادل متوسط هامش الربح في عقود المرابحات عن فترة السداد، على أن يكون السداد مرة واحدة بعد سنتين. وكان هامش الربح في السوق في السنة الأولى ٣٪ وفي الثانية ٥٪ فيكون الربح المستحق ٤٪ عن كل سنة.

الثالثة: أن يكون السداد على أقساط، والربح بحسب مؤشر هامش الربح في السوق وقت حلول القسط.

مثال ذلك: باع البنك سلعة للعميل بسعر التكلفة ( ٠٠٠) وربح يعادل مؤشر هامش الربح في عقود المرابحات عند حلول كل قسط، على أن يسدد الثمن على سنتين في نهاية كل سنة ( ٠٠٠)، وكان هامش الربح في السوق في نهاية السنة الأولى ٤٪، وفي نهاية السنة الثانية ٦٪. فيستحق البنك في نهاية السنة الأولى مئة وربح ٤٪؛ أي مئة وأربعة، وفي نهاية السنة الثانية مئة وربح ٦٪ أي مئة وستة.

الرابعة: أن يكون السداد على أقساط، والربح بحسب متوسط هامش الربح في السوق عن فترة سداد كل قسط.

ومثالها كالتي قبلها إلا أنه لا يؤخذ هامش الربح عند حلول القسط، وإنما متوسط سعر الهامش في السوق خلال السنة الأولى للقسط الأول، والمتوسط للسنة الثانية عن القسط الثاني.

ويلحظ في جميع الصور السابقة أنَّ الربح لا يتحدد مقداره إلا عند السداد، بينما رأس المال محدد ابتداءً.

وهنا يثور التساؤل: هل هذه العقود صحيحة أم أن فيها غررًا أو غبنًا أو ربّا؟

وللإجابة عن هذا التساؤل نبيِّن الأصل الشرعي الذي تُبنَى عليه هذه المسألة، وهو (العلم بالثمن في البيع)، وأقوال أهل العلم فيه، وهذا ما سيكون بيانه في المبحث الآتي.

# المبحث الثَّاين

# العلم بالثمن وأثره في صحة البيع

## المطلب الأول: أقوال أهل العلم في شرط العلم بالثمن.

لا خلاف بين أهل العلم على أن من شروط صحة البيع العلم بالثمن، وفيما يلي بعض نصوصهم في هذه المسألة:

قال في «الهداية»: (والأثمان المطلقة -أي عن قيد الإشارة- لا تصح إلا أن تكون معروفة القدر والصفة؛ لأنَّ التسليم والتسلم واجب بالعقد، وهذه الجهالة مُفْضِيَة إلى المنازعة فيمتنع التسليم والتسلم. وكل جهالةٍ هذه صفتُها تمنع الجواز)(١).

وفي «الشرح الكبير»: (شرط عدم جهلٍ منهما -أي البائع والمشتري- أو من أحدهما بمثمونٍ كبيع بِزِنَةِ حجر مجهول، أو ثمن كأن يقول: بعتك بما يظهر من السعر بين الناس اليوم)(٢).

وفي «المنهاج»: (الخامس -أي من شروط المبيع-: العلم به.. ولو باع بمل عذا البيت حنطة، أو بزنة هذه الحصاة ذهبًا، أو بما باع به فلان فرسه، أو بألف دراهم ودنانير لم يصح) (٣).

وفي «كشاف القناع»: (من شروط البيع أن يكون الثمن معلومًا للمتعاقدين حال العقد بما يعلم به المبيع مما تقدم من رؤية مقارنة أو متقدمة بزمن لا يتغير فيه الثمن ظاهرًا)(٤٠).

### المطلب الثاني: الأصل الشرعي لهذا الشرط.

الأصل في اشتراط العلم بالثمن في البيع ما روى أبو هريرة رَضَالِلَهُعَنَهُ: (أن النبي صَاَّالَلَهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ نهى عن بيع الغرر)(٥٠).

وإذا كان الثمن مجهولًا فهو من الغرر، فيدخل فيما نهى النبي صَلَّاللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عنه (٦). قال

<sup>(</sup>١) الهداية شرح بداية المبتدي ٦/ ٢٦٠، بدائع الصنائع ٥/ ١٥٦، تبيين الحقائق ٤/ ٤، رد المحتار ٤/ ٥٢٩.

<sup>(</sup>٢) الشرح الكبير على مختصر خليل للدردير ٣/ ١٥، التاج والإكليل ٦/ ١٠٠، بلغة السالك ٣/ ٢٢.

<sup>(</sup>٣) المنهاج للنووي ٢/٣٥٣ - مع مغني المحتاج، وينظر: أسنى المطالب ٢/ ١٤، تحفة المحتاج ٤/ ٢٥٤.

<sup>(</sup>٤) كشاف القناع ٣/ ١٧٠، الفروع ٤/ ٣٠، غاية المنتهى ٣/ ٣٩، المحلى ٧/ ٣٤٦.

<sup>(</sup>٥) أخرجه مسلم (١٥١٣).

<sup>(</sup>٦) العناية ٦/ ٢٦٠، المدونة ٢/ ١٦٧، المنتقى شرح الموطأ ٤/ ٢٤٦، الأم ٨/ ١٨٦، المجموع شرح المهذب ٩/ ٣٧٧، المغنى ٤/ ١٥.

النووي: (النهي عن بيع الغرر أصل من أصول كتاب البيوع، يدخل فيه مسائل كثيرة غير منحصرة كبيع المعدوم والمجهول وما لا يقدر على تسليمه وما لم يتم ملك البائع عليه وبيع السمك في الماء الكثير واللبن في الضرع والحمل في البطن)(١).

ومن الأدلَّة على هذا الشرط ما روى ابن عمر رَضَالِلَهُ عَنْهَا: (أَن النبي صَالَّاللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نهى عن بيع حَبَل الحَبَلة)(٢).

ووجه الدلالة: أنه جاء في تفسير حَبَل الحَبَلة: أن أهل الجاهلية كانوا يبتاعون الجزور إلى حَبَل الحَبَلة، فنهاهم النبي صَالَّلتَهُ عَلَيْهِ وَسَالًم (٣).

فعلى هذا التفسير، يكون العقد مشتملًا على الغرر من جهة جهالة أجل الثمن، فإذا نهي عن البيع مع جهالة أجل الثمن فلأن ينهى عن الجهالة في الثمن نفسه من باب أولى(٤).

### المطلب الثالث: ضابط العلم بالثمن.

مع اتفاق أهل العلم على اشتراط العلم بالثمن إلا أنهم اختلفوا في ضابط ذلك. ولهم فيه قولان:

القول الأول: أنَّ الشرط كون الثمن معلوم المقدار -أي محدَّدًا- عند العقد، وهذا ما عليه جمهور الفقهاء كما تدلُّ عليه نصوصهم السابقة؛ لأن الثمن إذا لم يسمَّ عند العقد فهو مجهول، في نهي النبي صَلَّاللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن الغرر.

والقول الثاني: أن الشرط كونُ الثمنِ معلومَ المقدار عند العقد، أو أنه يتول إلى العلم على وجه لا يؤدي إلى المنازعة والاختلاف بين العاقدين.

فعلى هذا القول: لا تلزم تسمية الثمن في مجلس العقد، فيكفي أن يتفق العاقدان على طريقة منضبطة لتحديد الثمن، وهذا القول رواية في مذهب الإمام أحمد، اختارها شيخ الإسلام ابن تيمية، وتلميذه ابن القيم رَحَهُمَاللَّهُ وهو قول لبعض الأحناف(٥).

قال في «بدائع الصنائع»: (ومنها -أي من شروط البيع- أن يكون المبيع معلومًا، وثمنه معلومًا، علمًا يمنع من المنازعة، فإن كان أحدهما مجهولًا جهالةً مُفْضِيَةً إلى المنازعة فسد البيع،

<sup>(</sup>١) شرح صحيح مسلم للنووي ١٥٦/١٠. وانظر: نيل الأوطار ١٠/٣٣.

<sup>(</sup>٢) أخرجه البخاري (برقم ٢١٤٣)، ومسلم (١٥١٤). وحبّل الحَبّلة: ولد ولد الناقة. المصباح المنير، ص٦٦.

<sup>(</sup>٣) هذا التفسير أخرجه البخاري (٢٥٦)، وأخرجه مسلم أيضًا في الموضع السابق.

<sup>(</sup>٤) نيل الأوطار ١٠/ ٣٤.

<sup>(</sup>٥) مسائل الإمام أحمد لأبي داود، ص١٩٤، إعلام الموقعين ٤/ ٥، الفروع ٤/ ٣٠، الإنصاف ١١/ ١٣٢.

المرابحة بربح متغير للمرابحة بربح متغير المرابحة بربح متغير المرابحة بربح متغير المرابحة بربح متغير المرابحة بربح متغير

وإن كان مجهولًا جهالةً لا تفضي إلى المنازعة لا يفسد؛ لأن الجهالة إذا كانت مفضيةً إلى المنازعة كانت مانعةً من التسليم والتسلم فلا يحصل مقصود البيع، وإذا لم تكن مفضيةً إلى المنازعة لا تمنع من ذلك؛ فيحصل المقصود)(١).

وفي «الأخبار العلمية»: (ولو باع ولم يسم الثمن صح بثمن المثل، كالنكاح)(٢).

والقول الثاني هو الراجح؛ لأمرين:

الأول: أنَّ النهي إنما ورد عن الغرر. والغرر هو البيع مجهول العاقبة (٢٠)، فإذا كان يئول إلى العلم فهو ليس مجهول العاقبة.

والثاني: أنَّ المقصود من البيع حصول التسليم والتسلم، وهو يحصل ولو لم يسم الثمن إذا كان يئول إلى العلم.

وبناءً على ذلك: فالذي يترجَّح للباحث أن عدم تسمية الربح عند العقد في المرابحة لا يتعارض مع شرط العلم بالثمن إذا اتفق العاقدان على آلية منضبطة لتحديد الربح؛ ومن تلك الآلبات المنضطة:

١ – أن يربط الربح بمؤشر منضبط، مثل مؤشر عقود المرابحات في البنوك الإسلامية، وهو نظير البيع بسعر السوق أو بسعر المثل، كما سيأتي.

٢- أو يربط بربح جهة معتمدة مثل أرباح صندوق حكومي يبيع بالأجل، وهو نظير البيع بما
 باع به فلان، كما سيأتى.

0,00,00,0

<sup>(</sup>١) بدائع الصنائع ٥/١٥٦.

<sup>(</sup>٢) الأخبار العلمية، ص١٨٠.

<sup>(</sup>٣) القواعد النورانية، ص١٣٨.



# المبحث الثيّالثُ

## المؤيدات الشرعية لصحة المرابحة بربح متغير

## المطلب الأول: الأصل الشرعي في العقود.

من أقوى ما يمكن الاستناد عليه للقول بصحة المرابحة بربح متغير الأصلُ الشرعي للعقود؛ فقد ذهب عامة أهل العلم إلى أنَّ (الأصل في العقود هو الصحة والإباحة)(١)، وحكى بعضهم الإجماع على ذلك(٢)؛ لأدلة متعددة في الكتاب والسنة؛ منها:

١ - الآيات التي فيها الأمر بالوفاء بالعقود والعهود، كقوله تعالى: ﴿ يَكَأَيُّهُا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُواْ
 بِالْمُقُودِ ﴾ (١)، وقوله: ﴿ وَأَوْفُواْ بِالْعَهَدِّ إِنَّ الْعَهْدَكَانَ مَسْمُولًا ﴾ (١).

ووجه الدلالة: أن هـذه الآيات عامـة فتشـمل كل العقـود والعهـود إلا ما ورد في الشـرع تحريمه (٥).

٢- قول الله تعالى: ﴿ وَلَحَلَّ اللَّهُ ٱلْبَدِّعَ وَحَدَّمَ ٱلرِّيَوْلَ ﴾ (١).

ووجه الدلالة: أن لفظ (البيع) في الآية عامٌّ فيتناول جميع العقود(٧).

٣- قول الله تعالى: ﴿ يَتَأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُواْ أَمْوَلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَطِلِ إِلَّا أَن

<sup>(</sup>۱) المبسوط ۲۲/ ۹۰، فتح القدير ۷/ ۳، الفروق ۳/ ۲۲۹، الخرشي على مختصر خليل ٥/ ١٤٩، نهاية المحتاج ٦/ ٢١١، شرح المنهاج للبيضاوي ٢/ / ٣٥، القواعد النورانية، ص ٢١، الفروع ٤/ ٤٣١، قواعد ابن رجب، ص ٣٤١. وخالف في هذه المسألة الظاهرية والأبهري من المالكية: المحلى ٨/ ٣٥٥، وحكام الفصول للباجي، ص ٣٤١. والبسط في هذه المسألة ليس من مقاصد هذا البحث ويمكن استقصاء الأدلة في المواضع السابقة وفي كتب الأصول والقواعد الفقهية عند الكلام على الأصل في الأشياء. ومنها: البحر المحيط ٦/ ١١، الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص ٣٦، غمز عيون البصائر ١/ ٢٢٣، التلقين للقاضي عبد الوهاب ٢/ ٢٥، المحصول في علم الأصول ٦/ ٩٧، شرح الكوكب المنير ١/ ٣٢٥.

<sup>(</sup>٢) جامع العلوم والحكم، ص٢٦٨.

<sup>(</sup>٣) سورة المائدة، الآية: ١.

<sup>(</sup>٤) سورة الإسراء، الآية: ٣٤.

<sup>(</sup>٥) مجموع فتاوي ابن تيمية ٢٩/ ١٥٥، القواعد النورانية، ص٢١٤.

<sup>(</sup>٦) سورة البقرة، الآية: ٢٧٥.

<sup>(</sup>٧) فتح القدير ٦/ ٢٦١، القواعد النورانية، ص٢٢٤، الفتاوى السعدية، ص٣١٦.

تَكُونَ تِجَدَرةً عَن تَرَاضِ مِنكُمْ اللهُ اللهُ

ووجه الدلالة: أن الله سبحانه لم يشترط في التجارة إلا التراضي. فمتى تحقق الرضا في التجارة بين المتعاقدين فهي صحيحة ما لم يرد في الشرع ما يحرمها(٢).

٤- قول الله تعالى: ﴿ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ ﴿ (٣).

ووجه الدلالة: أن كل (ما لم يبيِّن الله ولا رسوله صَالَّلَهُ عَلَيْهُ وَسَلَمُ تحريمه من المطاعم والمشارب والملابس والعقود والشروط فلا يجوز تحريمها، فإنَّ الله قد فصَّل لنا ما حرم علينا، فما كان من هذه الأشياء محرمًا فلا بد أن يكون تحريمه مفصلًا، وكما أنه لا يجوز إباحة ما حرمه الله، فكذلك لا يجوز تحريم ما عفا عنه ولم يحرمه)(3).

٥ - قول النبي صَلَاللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الْحَلَالُ مَا أَحَلَّ اللَّهُ فِي كِتَابِهِ، وَالْحَرَامُ مَا حَرَّمَ اللَّهُ فِي كِتَابِهِ، وَالْحَرَامُ مَا حَرَّمَ اللَّهُ فِي كِتَابِهِ، وَمَا سَكَتَ عَنْهُ فَهُوَ مِمَّا عَفَا عَنْكُمْ »(٥).

ووجه الدلالة: أن كل عقد أو شرط سكت عنه فهو مباح بنص الحديث(١).

ومما لا شكّ فيه أنَّ إجراء حكم الأصل وهو الإباحة على ما يَجدُّ من معاملات في حياة الناس من سماحة هذه الشريعة وصلاحيتها لكل زمان ومكان، فصور المعاملات لا تقف عند حدِّ. وحاجات الناس تتجدَّد وتتنوع عصرًا بعد عصر، فكان من رحمة الله بهذه الأمة أن فتح لها مجال الربح الحلال بضوابط تحمي لكلِّ حقه، ولم يجعل ذلك مقصورًا على عقودٍ بعينها، وإلا للحق الناس بذلك ضرر كبير. قال في «غياث الأمم»: (ووضوح الحاجة إليها -أي إلى إباحة العقود التي لم يأت في الشرع تحريمها - يغني عن تكلف بسط فيها، فليصدروا العقود عن التراضي، فهو الأصل الذي لا يُغْمَض ما بقى من الشرع أصل، وليجروا العقود على حكم الصحة)(٧).

<sup>(</sup>١) سورة النساء، الآية: ٢٩.

<sup>(</sup>٢) المغنى ١٠/ ٢٧٥.

<sup>(</sup>٣) سورة الأنعام، الآية: ١١٩.

<sup>(</sup>٤) إعلام الموقعين ١/ ٢٨٩.

<sup>(</sup>٥) أخرجه الترمذي (١٧٢٦)، وابن ماجه (٣٣٦٧)، من حديث سلمان الفارسي وَعَالِلَهُ عَنْهُ وقال الترمذي: (هذا حديث غريب لا نعرفه مرفوعًا إلا من هذا الوجه). والحديث صححه الحاكم ووافقه الذهبي، المستدرك 3/ ١١، وقال في مجمع الزوائد ١٧١ : (إسناده حسن). ونقل ابن حجر عن البزار قوله في الحديث: (إسناده حسن). فتح الباري ٣١/ ٢٠٦. وحسنه الألباني في صحيح الجامع الصغير وزياداته ١٠٩ .

<sup>(</sup>٦) إعلام الموقعين ١/ ٢٨٩.

<sup>(</sup>٧) غياث الأمم في التياث الظلم للجويني، ص٩٥٥.

المرابحة بربح متغير للمرابحة بربح متغير المرابحة بربح متغير المرابحة بربح متغير المرابحة بربح متغير المرابحة بربح متغير

وبناءً على ما سبق: فالأصل الذي ننطلق منه في الحكم على هذه المسألة وهي: المرابحة بربح متغير هو الإباحة، وعلى من يحكم بالبطلان أن يأتي بالدليل، وما لم يأتِ المانع بالدليل فإن قوله يكون مردودًا بهذا الأصل.

وفضلًا عن هذا الدليل فثَمَّةَ عقودٌ أخرى نصَّ أهل العلم على جوازها وهي مثيلةٌ للمرابحة بربح متغير، وفي المطالب الآتية بيانها:

# المطلب الثاني: قياس المرابحة بربح متغير على بعض البيوع الحالَّة.

سأورد في هذا المطلب بعض العقود التي تتفق مع المرابحة بربح متغير في أنَّ الثمن فيها غير مسمى في العقد، وإنما يتول إلى العلم على وجه لا يؤدي إلى المنازعة. والأصل في هذه العقود أن الثمن فيها حالًّ، وهذا غير مؤثر في إلحاق المرابحة بربح متغير بها؛ لأنه إن كان المنع لعلة الربا فإن الزيادة الربوية محرمة متى ما استقرَّ الدين في الذمة سواء أكان الدين حالًا أم مؤجلًا. وإن كانت علة المنع الغرر، فالغرر محرم سواء أكان الثمن حالًا أم مؤجلًا، بل إن تفاوت السعر في بعض البيوع التي سأوردها أكثر منه في المرابحة بربح متغير.

### وفيما يلى بيان ذلك:

### الفرع الأول: البيع بسعر المثل أو بما ينقطع به السعر.

وهو أن يبيعه السلعة من غير تحديد ثمنها، ولكن بما يتبايع به الناس عادة، أو بما يقف عليه ثمنها في المساومة؛ ومنه: بيع الاستجرار، وهو أن يشتري ممن يعامله من خبَّاز أو بقَّال أو لحَّام أو غيرهم يأخذ منه كل يوم شيئًا معلومًا من دون تحديد الثمن ثم يحاسبه عن رأس الشهر أو السنة عن الجميع ويعطيه ثمنه (1).

ووجه الشبه بين هذا البيع والمرابحة بربح متغير: أن الثمن في كليهما غير مسمَّى في العقد، وإنما يتحدَّد بناءً على سعر السوق.

وقد يقال: إن بين المسألتين فرقًا؛ فإن الثمن في البيع بسعر المثل حالًا، بخلاف المرابحة بربح متغير فإنَّ الثمن فيها مؤجل. وهذا فرق مؤثر؛ لأن الغرر مع التأجيل أشد.

والجواب: أن تفاوت الأسعار في البيع بسعر المثل أشدَّ منه في المرابحة المتغيرة؛ لأن الذي يتغير في البيع بسعر المثل هو كامل الثمن -أصله وربحه- فقد يبيع السلعة بسعر السوق ويظن أن سعرها مئة ثم يفاجأ بأنه ثمانون؛ أي أقل بمقدار الخمس مما توقع، بينما لا يتغير في المرابحة

<sup>(</sup>۱) إعلام الموقعين ٤/ ٥، الإنصاف ١ ١/ ١٣٢، الشرح الممتع على زاد المستقنع ٨/ ١٨٧، معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء، ص٥٦، الموسوعة الفقهية ٩/ ٥٤.

إلا الربح، أما أصل الثمن فهو محدد ابتداءً. وتفاوت الربح -مهما بلغ- يعد يسيرًا بالنظر إلى كامل الثمن.

وقد اختلف أهل العلم في البيع بسعر المثل أو بما ينقطع به السعر على قولين:

القول الأول: تحريم البيع بما ينقطع به السعر. وإليه ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية (١)، والمالكية (٢)، والشافعية (٣)، والحنابلة في الرواية المشهورة (٤)، والظاهرية (٥).

### واستدلَّ أصحاب هذا القول بدليلين:

الدليل الأول: قول الله تعالى: ﴿ يَتَأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَطِلِ إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَدَرةً عَن تَدَاضِ مِّنكُمْ ﴾(١).

ووجه الدلالة: أن البيع من غير تسمية ثمن (أكل مالِ بالباطل؛ لأنه لم يصح فيه التراضي، ولا يكون التراضي إلا بمعلوم المقدار، وقد يرضى؛ لأنه يظن أنه يبلغ ثمنًا ما، فإن بلغ أكثر لم يُرْضِ المشتري، وإن بلغ أقلَّ لم يرض البائع)(٧٠).

نوقش: بأنَّ البيع بالسعر أطيب لقلب المتعاقدين من المساومة؛ لأن من طبع الإنسان أن يقنع ويرضى بما جرت عادة الناس بالتبايع به (^).

والدليل الثاني: ما روى أبو هريرة رَضَالِلَهُ عَنهُ عن النبي صَالَلَهُ عَلَيْهِ وَسَالَمُ أنه نهى عن بيع الغرر (١٠). ووجه الدلالة: أنَّ البيع بالسعر مجهول العاقبة؛ لأن الثمن غير معلوم وقت العقد فهو من الغرر المنهى عنه (١٠٠).

نوقش: بأن الغرر المنهي عنه هو ما كان مؤديًا إلى المنازعة والاختلاف وليس بالناس حاجة إليه؛ ولهذا أباحت الشريعة بِياعات متعددة فيها غرر؛ كبيع أساسات الحيطان تبعًا للدار، والحمل تبعًا لأمه، وبيع ما مأكوله في جوفه، وغير ذلك لحاجة الناس إليها(١١).

<sup>(</sup>۱) المبسوط ۱۳/۷، البحر الرائق ٥/ ٢٩٦، رد المحتار ٧/ ٣١.

<sup>(</sup>٢) المنتقى شرح الموطأ ٦/ ٣٤٣، مواهب الجليل ٤/ ٢٧٦، شرح الخرشي على مختصر خليل ٥/ ٦٩.

<sup>(</sup>٣) المجموع شرح المهذب ٩/ ١٦٣، نهاية المحتاج ٣/ ٤٠٩، مغني المحتاج ٢/ ٣٢٦.

<sup>(</sup>٤) المحرر في الفقه ١/ ٢٩٨، الإنصاف ١١/ ١٣٢، المبدع ٤/ ٣٤.

<sup>(</sup>٥) المحلى ٩/ ٢٣.(٦) سورة النساء، الآية: ٢٩.

<sup>(</sup>V) Ilanda 9,  $2\pi$  (A)  $\pi$  (V) (V)  $\pi$ 

<sup>(</sup>٩) سبق تخريجه، ص١٦٣ من هذا المجلد.

<sup>(</sup>١٠) المحلى ٩/ ٢٣، المجموع شرح المهذب ٩/ ١٦٣، المبدع ٤/ ٣٤.

<sup>(</sup>۱۱) مجموع فتاوی ابن تیمیة ۲۹/۲۲۸.

المرابحة بربح متغير للمرابحة بربح متغير المرابحة بربح متغير المرابحة بربح متغير المرابحة بربح متغير المرابحة بربح متغير

والبيع بما ينقطع به السعر لا يؤدي إلى المنازعة، بل هو أحرى بتحقيق العدل في الثمن من بيع المساومة، كما أن الناس لا غنى لهم عن ذلك، لأن الإنسان قد يحتاج إلى معاملة شخص بعينه مرات كثيرة، ومن الحرج أن يساومه عند كل حاجة يأخذها، قلَّ ثمنُها أو كَثُرُ (۱).

القول الثاني: جواز البيع بسعر المثل، أو بما ينقطع به السعر. وهو رواية عن الإمام أحمد، اختارها شيخ الإسلام ابن تيمية وابن القيم، وقال به بعض الشافعية (٢).

#### استدلَّ أصحاب هذا القول بدليلين:

الدليل الأول: قول الله تعالى: ﴿ لَآجُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَقَتُمُ ٱلنِّسَآةِ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَقْرِضُواْ لَهُنَ فَرِيضَةً ﴾ (١). وقول سبحانه: ﴿ وَعَلَى الْمُو فَانُوهُنَ أَجُورَهُنَ ﴾ (١). وقول سبحانه: ﴿ وَعَلَى الْمُولُودِ لَهُ رِزْقُهُنَ وَكِسَوْتُهُنَ بِالْمَعُرُوفِ ﴾ (٥).

ووجه الدلالة من هذه الآيات: أن الله أباح النكاح بمهر المثل، وهو أشد خطرًا من البيع، وأباح الإجارة على الرضاع بأجر المثل، وبطعام وكسوة المثل، وتقدير العوض في الإجارة آكد من تقديره في البيع؛ لأنَّ قيمة العين في البيع أقل اختلافًا من المنفعة، لأنَّها تتجدد بتجدد الأوقات فتختلف باختلافها غالبًا، فدلَّ ذلك على جواز البيع بثمن المثل (٢).

والدليل الثاني: قول الله تعالى: ﴿ يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُواْ أَمْوَلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَاطِلِ إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضِ مِّنكُمْ ﴾ (٧).

ووجه الدلالة: أنَّ الله لم يشترط في التجارة إلا التراضي، والبيع بسعر المثل قد يكون أحظى بتحقق الرضا من المكايسة؛ لأن الغالب أن الشخص يرضى بما يتبايع به الناس أكثر مما يماكس عليه وقد يكون الآخرُ غَنَه (^).

إعلام الموقعين ٤/٥.

<sup>(</sup>۲) مسائل الإمام أحمد لأبي داود، ص١٩٤، مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩/ ٣٤٥، ٣٤/ ١٢٧، إعلام الموقعين ٤/ ٥، الإنصاف ١١/ ١٣٢، النكت والفوائد السنية على مشكل المحرر ١/ ٢٩٩، إحياء علوم الدين ٢/ ٧٧، المجموع شرح المهذب ٩/ ٦٣، ، مغني المحتاج ٢/ ٣٢٦.

<sup>(</sup>٣) سورة البقرة، الآية: ٢٣٦.

<sup>(</sup>٤) سورة الطلاق، الآية: ٦.

<sup>(</sup>٥) سورة البقرة، الآية: ٢٣٣.

<sup>(</sup>٦) بدائع الفوائد ٤/ ١٥، إعلام الموقعين ٤/ ٥.

<sup>(</sup>٧) سورة النساء، الآية: ٢٩.

<sup>(</sup>٨) نظرية العقد، ص١٦٥، إعلام الموقعين ٤/٥، الشرح الممتع على زاد المستقنع ٨/ ١٨٩.

يقول ابن القيم رَحَمَهُ اللَّهُ: (اختلف الفقهاء في جواز البيع بما ينقطع به السعر من غير تقدير الثمن وقت العقد.. والصواب المقطوع به -وهو عمل الناس في كل عصر ومصر-: جواز البيع بما ينقطع به السعر، وهو منصوص الإمام أحمد، واختاره شيخنا، وسمعته يقول: هو أطيب لقلب المشتري من المساومة، يقول: لي أسوة بالناس آخذ بما يأخذ به غيري، وليس في كتاب الله، ولا سنة رسوله، ولا إجماع الأمة، ولا قول صاحب، ولا قياس صحيح ما يحرمه، وقد أجمعت الأمة على صحة النكاح بمهر المثل، وأكثرهم يجوزون عقد الإجارة بأجرة المثل، والبيع بثمن المثل؛ فغاية البيع بالسعر أن يكون بيعه بثمن المثل؛ فيجوز)(۱).

والقول الثاني هو الراجع؛ لقوة أدلته، ومما يؤيد ذلك تجويز بعض أصحاب القول الأول بيوعًا قريبة من البيع بمثل سعر المثل، مثل تجويز الحنفية بيع الاستجرار، والمالكية بيع الاستئمان، قال في «الدر المختار»: (ما يستجره الإنسان من البيَّاع إذا حاسبه على أثمانها بعد استهلاكها جاز استحسانًا)(۲). وفي «مواهب الجليل»: (وأما بيع الاستئمان والاسترسال فهو أن يقول الرجل: اشتر منى سلعتى كما تشتري من الناس، فإنى لا أعلم القيمة فيشتري منه بما يعطيه من الثمن)(٣).

وبناءً على صحة البيع بسعر المثل فيمكن قياس المرابحة بربح متغير عليه؛ فإن الربح في المرابحة المتغيرة يُقَوَّم بربح المثل في السوق.

#### الفرع الثاني: البيع بما باع به فلان.

وهو أن يبيع السلعة من غير أن يتفقا على ثمن، وإنما يحددانه بما باع به فلان.

والخلاف في هذه المسألة كسابقتها، فالجمهور على التحريم، وعن الإمام أحمد رواية بالجواز اختارها شيخ الإسلام ابن تيمية وابن القيم(٤).

والراجح: أنه إذا كان الذي أحالا على سعره ممن يعتبر بتقديره في الثمن؛ لشهرته في السوق، فالبيع صحيح؛ لأنَّ الجهالة هنا لا تفضى إلى المنازعة.

ووجه الشبه بين هذا البيع والمرابحة بربح متغير: أنَّ الثمن لم يحدد في العقد وإنما اتفق العاقدان على طريقة منضبطة لتحديده. وفي المرابحة قد يربط الربح بمثل ربح البيع الآجل وقت السداد في صندوق معتبر كالصناديق الحكومية الضخمة.

<sup>(</sup>١) إعلام الموقعين ٤/٥.

<sup>(</sup>٢) الدر المختار ١٦/٤٥.

<sup>(</sup>٣) مواهب الجليل ٤/ ٢٣٨.

<sup>(</sup>٤) تبيين الحقائق ٤/ ٤، رد المحتار ٤/ ٢٩٥، التاج والإكليل ٦/ ١٠٠، بلغة السالك ٣/ ٢٢، أسنى المطالب ٢/ ١٤، تحفة المحتاج ٤/ ٢٥٠، الفروع ٤/ ٣٥، شرح المنتهى ٢/ ١٨، الإنصاف ١/ ١٣٣٠.

المرابحة بربح متغير للمرابحة بربح متغير المرابحة بربح المرابحة بربح المرابحة بربح المرابحة المرابحة بربح المرابحة المرابعة المرابحة المرابعة المرابحة المرابحة المرابحة المرابحة المرابحة المرابحة المرابعة المرابحة المر

#### الفرع الثالث: البيع بالرقم.

وهو أن يبيع السلعة برقمها، أي الثمن المكتوب عليها، وأحد العاقدين أو كلاهما يجهل ذلك الرقم عند العقد.

والخلاف فيها كسابقتيها، فالجمهور على التحريم؛ للجهل بالثمن عند العقد (١٠). وعن الإمام أحمد رواية بالجواز اختارها شيخ الإسلام ابن تيمية وبعض الأصحاب، وهو القول غير الأظهر عند الشافعية (٢٠)؛ لأنَّ مآله إلى العلم على وجه لا يؤدي إلى المنازعة.

والراجع: أن التسعير إذا كان من جهة معتبرة كالدولة، بحيث لا يكون البائع هو الذي يضع الرقم الذي يريد على السلع، فهو بيع صحيح؛ لأنَّ الثَّمن وإن كان مجهولًا عند العقد إلا أنَّ هذه الجهالة لا تفضي إلى المنازعة؛ لأنَّ مآلها إلى علم؛ ومن ذلك: بيع الأدوية المسعرة من قِبَل الدولة برقمها وإن لم يعلم المشتري ثمنها في الحال(٣).

ووجه الشبه بين البيع بالرقم والمرابحة بربح متغير: أنَّ الثمن في كلِّ منهما لا يعلم في الحال وإنما يعلم في المآل.

#### الفرع الرابع: بيع بعض الجملة بتحديد سعر الوحدة.

وهو أن يبيع كمية مجهولة من سلعة معلومة متماثلة الأجزاء بتحديد سعر الوحدة منها؛ ومنه أن يقول: بعثُكَ بعض هذه الصُّبرة من الطعام كل قَفِيز (٤) منها بدرهم.

ولأهل العلم فيما إذا باعه بعض الصُّبرة، كل قفيز بدرهم، من غير أن يحدد كمية المبيع(٥) قولان:

#### القول الأول: التحريم.

<sup>(</sup>۱) بدائع الصنائع ٥/ ٢٢٠، منح الجليل ٥/ ١٦٠، مغني المحتاج ٢/ ٣٥٥، كشاف القناع ٣/ ١٧١، المحلى ٧/ ٥٠١.

<sup>(</sup>٢) نهاية المحتاج ٣/ ٤١٤، الأخبار العلمية، ص١٨٠، الإنصاف ١٨٠،١٣٣.

<sup>(</sup>٣) الشرح الممتع على زاد المستقنع ٨/ ١٨٩.

<sup>(</sup>٤) القفيز: وحدة كيل. المغرب، ص ٣٩١، وهو يساوي ١٢ صاعًا، وبوحدات القياس المعاصرة يساوي ٣٣ لترًا. الفقه الإسلامي وأدلته ١/ ١٤١.

<sup>(</sup>٥) أما إذا باعه كل الصبرة، القفيز منها بدرهم فالبيع جائز عند الجمهور والصاحبين، ويصح في قفيز واحد عند أبي حنيفة. فتح القدير ٥/ ٤٧٢، حاشية الدسوقي ٣/ ١٧، المجموع شرح المهذب ٩/ ٣١٣، المغني ٢٨/٢، الغرر وأثره في العقود، ص٢٦٥.

وهو مذهب الجمهور من الحنفية (١)، والمالكية (٢)، والشافعية (١)، والمعتمد عند الحنابلة (١) والظاهرية (٥).

وحجة هذا القول: أن العقد فيه غرر؛ لأن الثمن مجهول عند العقد(١٠).

أجيب: بأن هذه الجهالة لا تفضي إلى المنازعة؛ لأن الثمن معلومٌ، قدرَ ما يقابل كل جزء من البيع، والغرر منتفِ في الحال؛ لأنَّ ما يقابل كل قفيز معلوم القدر حينئذِ، فغرر الجهالة ينتفي بالعلم بالتفصيل، كما ينتفي بالعلم بالجملة(٧٠).

والقول الثاني: الجواز.

وهو قولٌ عند المالكية (<sup>(٨)</sup> والحنابلة <sup>(٩)</sup>.

ومن أدلة هذا القول:

١- أنَّ الأصل في العقود الصحة، ولا دليل على المنع.

٢- وقياسًا على ما لو آجره الدار، كل شهر بدرهم، أو آجره كل دلو بتمرة، فيصحُ كما ثبت في السنة: (أنَّ عليًّا رَضَوَالِلَهُ عَنْهُ استقى لرجل من اليهود، كل دلو بتمرة، وجاء به إلى النبي صَلَّاللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فأكل منه) (١٠).

وهذا القول هو الراجح؛ إذ الجهالة في الثمن تئول إلى العلم ولا تؤدي إلى المنازعة.

<sup>(</sup>١) المبسوط ١٦/١٣، بدائع الصنائع ٥/ ١٥٩، تبيين الحقائق ٤/ ٥، فتح القدير ٥/ ٤٧٢.

<sup>(</sup>٢) التاج والإكليل ٦/ ٩٣، حاشية الدسوقي ٣/ ١٧، بلغة السالك ٢/ ١٠.

<sup>(</sup>٣) المجموع شرح المهذب ٩/ ٣١٣، حواشي الشرواني على تحفة المحتاج ٦/ ١٤٢.

<sup>(</sup>٤) المغني ٦/ ٢٠٨، الفروع ٤/ ٣٠، شرح المنتهى ٢/ ١٥٢، مطالب أولي النهى ٣/ ٤٢.

<sup>(</sup>٥) المحل*ي* ٩/ ٢٠.

<sup>(</sup>٦) شرح الخرشي ٥/ ٢٥.

<sup>(</sup>٧) بدائع الصنائع ٥/ ٩٥٩.

<sup>(</sup>۸) التاج والإكليل ٦/ ٩٣.

<sup>(</sup>٩) المغني ٦/ ٢٠٨، الإنصاف ١/ ١٤٣، الشرح الممتع على زاد المستقنع ٨/ ١٩٢.

<sup>(</sup>۱۰) أخرجه أحمد ١/ ١٣٥، وابن ماجه (٢٤٤٦) من حديث ابن عباس سَحَالِثَهُ عَنْهُا. وفي إسناده انقطاع. قال في مجمع الزوائد ٤/ ٩٧: (رجاله رجال الصحيح إلا أنَّ فيه انقطاعًا). وضعفه الزيلعي، نصب الراية ٥/ ٢٨٣، والبوصيري، مصباح الزجاجة ٢/ ٨١٨، وأحمد شاكر، تحقيق المسند ٢/ ٢٦٢، إلا أن للحديث طرقًا متعددة وشاهدًا من حديث أبي هريرة رَحَالِثَهُ عَنْهُ، وصحَّ موقوفًا عن علي رَحَالِثَهُ عَنْهُ، فهو يرتقي إلى رتبة الصحة. وممن صحح الحديث: ابن القيم، إعلام الموقعين ٣/ ٦٩، وابن السكن وابن حجر، التلخيص الحبير ٣/ ٢١.

ووجه الشبه بين هذه المسألة والمرابحة بربح متغير: أنَّ الثمن في كليهما لم يتحدَّد عند العقد، وإنما يتحدد في المآل وفق آلية اتفق عليها الطرفان ولا تفضى إلى النزاع.

المطلب الثالث: قياس المرابحة بربح متغير على بعض البيوع الآجلة.

الفرع الأول: البيع بشرط النفقة مدة معلومة.

من صور البيع الصحيحة التي ذكرها فقهاء الحنابلة أن يبيعه السلعة ويجعل الثمن نفقة المشتري على البائع أو ولده أو زوجته ونحوهم مدة معلومة، كشهر أو سنة ونحو ذلك.

قال في «شرح المنتهى»: (يصح بيع وإجارة بنفقة عبده فلان، أو أمته فلانة، أو نفسه، أو زوجته، أو ولده ونحوه، شهرًا أو سنة أو يومًا ونحوه؛ لأنَّ لها عرفًا يرجع إليه عند التنازع، بخلاف نفقة دابته)(۱). وفي «كشاف القناع»: (قلَّ الزمن أو كثر)(۱).

والمالكية يوافقون الحنابلة على جواز ذلك في الإجارة (٢)، ولم أقف على كلامهم في البيع، ولا يظهر فرقٌ بين البيع والإجارة؛ فالعلم بالأجرة شرط لصحة الإجارة كالثمن في البيع.

وهذه المسألة نظير المسألة التي بين أيدينا؛ فإنَّ الثمن في الصورة التي ذكرها الحنابلة مؤجل، وقد يزيد وقد ينقص؛ فقد يغرم المشتري في الشهر الأول ما قيمته تسعون من الطعام، وفي الثاني ثمانون، وفي الثالث مئة، وهكذا؛ نظرًا لتقلبات الأسعار في السوق. وإنما الذي سوغ ذلك أنَّ للنفقة عرفًا يرجع إليه عند التنازع، وكذلك نقول في الربح المتغير: إذا كان له عرف منضبط يمكن أن يربط به فيصح. وكونه قد يزيد أو ينقص بحسب تغير العرف لا يمنع من صحته.

ويلزم من قال بأنَّ في المرابحة بربح متغير غررًا أو ربًا أن يقول بمثل ذلك في البيع بشرط النفقة مدة معلومة؛ إذ لا فرق بينهما في هذا الجانب، فالنفقة دين في ذمة المشتري، وهي لم تتحدد وإنما ربطت بعرف منضبط، أما إن كان العرف غير منضبط كنفقة الدابة فلا تصح.

ولا يبعد القول بأن الجهالة في المرابحة بربح متغير أقل منها في البيع بشرط النفقة؛ لأن الذي يتغير في المرابحة هو الربح فقط، وأما أصل الثمن فهو محدد ابتداء، وتفاوت الربح مهما بلغ يعدُّ يسيرًا بالنظر إلى كامل الثمن؛ إذ الربح في العادة يتراوح في حده الأعلى في نطاق ١٠٪ زيادة أو نقصانًا، ويندُر أن يتجاوز ذلك، بخلاف التفاوت في النفقة فقد يكون كبيرًا حتى ربما يصل إلى الثلث أو أكثر، زيادة أو نقصانًا، لا سيما مع طول المدة.

<sup>(</sup>۱) شرح المنتهى ٢/ ١٧.

<sup>(</sup>٢) كشاف القناع ٣/ ١٧٣، غاية المنتهى ٣/ ٣٨.

 <sup>(</sup>٣) التاج والإكليل ٧/ ٥٢٧، شرح الخرشي ٧/ ١٣، منح الجليل ٧/ ٤٦٥.

#### الفرع الثاني: السَّلَم بسعر السوق.

وهو السلم في سلع موصوفة من غير أن تحدد كميتها، وإنما تتحدد بناءً على سعرها في السوق وقت التسليم، فيعطى المشتري من السلع ما يعادل رأس ماله وربح معلوم (١٠)، كأن يدفع مئة ليتسلم بعد سنتين كمية من الحديد بربح ١٠٪ أي ما قيمته مئة وعشرة، فإذا كان سعر طن الحديد وقت التسليم عشرة فتكون الكمية المستحقة أحد عشر طنًا.

#### ومن التطبيقات المعاصرة لهذه الصيغة:

1 – بطاقات الاتصال مسبقة الدفع؛ حيث يدفع الشخص (٩٠) ليحصل على مكالمات بقيمة (٩٠) مثلًا، فهي سلم في المنافع. وهو صحيح عند جمهور أهل العلم خلافًا للأحناف. والمسلم فيه –وهو دقائق الاتصال – مقدر بالقيمة لا بالكمية. وقد تكون حالة أو مؤجلة، كما أنَّ السلم يصح حالًا إذا كان البائع مالكًا للسلعة، ويصح مؤجلًا.

٢ - بطاقات الوقود مسبقة الدفع، وهي كسابقتها إلا أنَّ المسلم فيه سلعة موصوفة وهو الوقود.

وممن اختار صحة السلم مع تحديد مقدار المسلم فيه حسب سعر السوق يوم التسليم شيخ الإسلام ابن تيمية - فيمن أسلف دراهم إلى شيخ الإسلام ابن تيمية . قال في «الفروع»: (وقال شيخنا -يقصد ابن تيمية - فيمن أسلف دراهم إلى أجل على غلة بحكم أنه إذا حلّ دفع الغلة بأنقص مما تساوي بخمسة دراهم: هذا سلف بناقص عن السعر بشيء مقدر، فهو بمنزلة أن يبيعه بسعر ما يبيع الناس أو بزيادة درهم في الغِرارة (٢٠)، أو نقص درهم فيها. وفي البيع بالسعر قولان في مذهب أحمد: الأظهر جوازه؛ لأنه لا خطر ولا غرر؛ ولأن قيمة المثل التي تراضيا بها أولى من قيمة مثل لم يتراضيا بها) (٢٠).

#### وهذه المعاملة لا يظهر فيها محرم شرعًا بشرطين:

الأول: أن يكون للسلعة المعقود عليها قيمة سوقية منضبطة، كالمعادن والوقود ونحوها.

<sup>(</sup>۱) ويعبر عنه البعض بأن يعطى المشتري كمية من المسلم فيه بأنقص من سعرها في السوق بنسبة معلومة يوم التسليم، والنتيجة في الطريقتين واحدة مع مراعاة اختلاف النسبة في حال الزيادة أو النقصان؛ لأن الربح للمشتري نقصان على البائع، فمن عبر بالربح نظر إلى جانب المشتري ومن عبر بالنقصان نظر إلى جانب البائع.

<sup>(</sup>٢) الغِرارة -بكسر الغين-: وعاء من صوف أو شعر لنقل التبن وما أشبهه. طلبة الطلبة، ص١١٠.

<sup>(</sup>٣) الفروع ٤/ ١٧٩. واختار هذا القول من المعاصرين الشيخ محمد العثيمين رَحَمَهُ اللّهُ وقال: (ينبغي أن يكون معلومًا بالجزء المشاع، كأن يقول: بنازل عشرة في المئة عن قيمته وقت حلوله؛ لأنه إذا جعله شيئًا معينًا بالقدر فقد يستغرق كثيرًا من الثمن أو قليلًا). تعليقات الشيخ على الأخبار العلمية، ص١٩٣.

والثاني: أن يقبض المشتري السلعة قبضًا حقيقيًّا أو حكميًّا عند التسليم؛ دفعًا للصورية عن العقد.

وليس في المعاملة ربا؛ لأنها معاوضة بين نقد وسلعة، وليس فيها غرر؛ لأن المعقود عليه يشول إلى العلم على وجه لا يؤدي إلى المنازعة، ولا تتعارض مع قول النبي صَلَّاللَّهُ عَلَيه وَسَلَّم: «مَنْ أَسْلَفَ فِي تَمْرٍ فَلْيُسْلِفْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ، وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ، إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ» (١)؛ لأن المراد: مَنْ أسلف كيلًا فليكن بكيل معلوم، ومن أسلف وزنًا فليكن بوزن معلوم. ومما يدلُّ على ذلك أمور:

الأول: ذكر الأجل فيه، وهو ليس بشرط؛ لأن السلم إذا جاز مؤجلًا فجوازه حالًا من باب أولى؛ لأنه أقل غررًا، فيكون المعنى: إن كان السلم لأجل فليكن معلومًا(٢).

الثاني: أن الحديث اشترط العلم بالكيل والوزن، ومن المعلوم أنه لا يشترط العلم بهما معًا؛ إذ المراد: من أسلف كيلًا فليكن بكيل معلوم، ومن أسلف وزنًا فليكن بوزن معلوم.

والثالث: أن المراد من العلم بالمسلَم فيه ليس العلم التام النافي للجهالة المطلقة، وإنما النافى للجهالة المؤدية إلى النزاع. ومقداره هنا يئول إلى العلم على وجه لا يؤدي إلى المنازعة.

وبناءً على صحة السلم مع تحديد مقدار المسلم فيه حسب سعر السوق يوم التسليم تخرج المرابحة مع تحديد الربح حسب ربح السوق في يوم السداد؛ إذ لا فرق بين أن يكون المؤجل هو الثمن أو المثمن. فما يشترط في أحدهما يشترط في الآخر، والتفريق بينهما تفريق بين متماثلين.

وقد يقال بأن بينهما فرقًا، وهو أن السلم يكون لأجل واحد، بخلاف المرابحة فإنها قد تكون على أقساط، فيكون لقسط قيمة مختلفة عن القسط الآخر.

والجواب: أن السلم يصح كذلك أن يكون مقسَّطًا على آجال معلومة. قال في «شرح المنتهى»: (يصح أن يسلم في جنس واحد إلى أجلين، إنْ بيَّن قسطَ كلِّ أجلٍ وثمنَه؛ لأن الأجل الأبعد له زيادة وقع على الأقرب، فما يقابله أقل فاعتبر معرفة قسطه وثمنه فإن لم يبينهما لم يصح.. ويصح أن يسلم في شيء كلحم وخبز وعسل يأخذه كل يوم جزءًا معلومًا مطلقًا، سواء بيَّن ثمنَ كلِّ قسطٍ أو لا لدعاء الحاجة إليه) (٣).

<sup>(</sup>١) أخرجه البخاري (٢٢٤٠)، ومسلم (١٦٠٤) من حديث ابن عباس رَعَوَاللَّهُ عَنْهَا.

<sup>(</sup>۲) وهذا هو توجيه الشافعية للحديث بناء على قولهم بصحة السلم الحالِّ خلافًا للجمهور، واختار ابن تيمية وابن القيم صحته إذا كان البائع قادرًا على التسليم. الحاوي الكبير ٧/ ١٣، أسنى المطالب ٢/ ١٢٤، فتح العزيز ٩/ ٢٢٦، تبيين الحقائق ٤/ ١١٥، حاشية الدسوقي ٣/ ٥٠٥، المغني ٢/ ٢٠٤، مجموع فتاوى ابن تيمية ٢/ ٢٠٢، تهذيب السنن ٥/ ١١٤.

<sup>(</sup>٣) شرح المنتهى ٢/ ٩١.

فإذا كان المسلَم فيه مقسَّطًا فقد تكون الكمية المستحقة في قسط أكثر أو أقل منها في قسط آخر بناءً على تقلبات الأسعار، كما هو الحال في المرابحة بربح متغير.

#### المطلب الرابع: قياس المرابحة بربح متغير على الإجارة بأجرة متغيرة.

من الصور التي يكون فيها العوض متغيرًا بتغير الأسعار: الإجارة بأجرة غير محددة في العقد وإنما تكون مرتبطة بمعيار معلوم منضبط، لا مجال للنزاع فيه؛ ومن ذلك استئجار الأجير بطعامه وكسوته.

### ولأهل العلم في هذه المسألة قولان:

القول الأول: التحريم. وهو قول الحنفية باستثناء استئجار الظِّئر -أي المرضع- بطعامها وكسوتها، وقول الشافعية، ورواية عن الإمام أحمد(١١).

وحجة هذا القول: أن من شروط صحة الإجارة العلم بالأجر، وهو مجهول هنا(٢).

والقول الثاني: الجواز. وهو قول المالكية، ورواية عن أحمد، والمعتمد عند متأخري الحنابلة(٣).

استدل أصحاب هذا القول: بأنَّ الله أباح استئجار الظئر بطعامها وكسوتها بقوله: ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسَوتُهُنَّ بِٱلْمَعُرُوفِ ﴾ (١٠)، فيقاس عليه غيره؛ ولأن الأجرة وإن لم تكن معلومة عند العقد إلا أنَّ لها عرفًا يرجع إليه عند التنازع (٥٠).

وهذا القول هو الراجع؛ لقوة أدلته، وبه أخذ المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، ففي معيار الإجارة: (يجوز أن تكون الأجرة بمبلغ ثابت أو متغير بحسب أي طريقة معلومة للطرفين.. وفي حالة الأجرة المتغيرة يجب أن تكون الأجرة للفترة الأولى محددة بمبلغ معلوم، ويجوز في الفترات التالية اعتماد مؤشر منضبط)(١).

وقد أخذ أكثر الهيئات الشرعية للمؤسسات المالية بهذا الرأي؛ إذ تُربَط الأجرة في عقود الإجارة التمويلية بمؤشر منضبط، وهو في الغالب: مؤشر الربح في عقود المرابحات.

<sup>(</sup>۱) بدائع الصنائع ٤/ ١٩٣، تبيين الحقائق ٥/ ١٢٧، مجمع الأنهر ٢/ ٣٨٦، أسنى المطالب ٢/ ٤٠٤، نهاية المحتاج ٥/ ٢٧٦، الإنصاف ٤ ١/ ٢٧٨.

<sup>(</sup>٢) الشرح الكبير على المقنع ١٤/ ٢٧٧.

<sup>(</sup>٣) التاج والإكليل ٧/ ٥٦٧، ٧/ ٥٦٨، منح الجليل ٧/ ٢٥٥، شرح الخرشي ٧/ ١٣، الأخبار العلمية، ص ٢٢١، الفروع ٤/ ٢٢١، الإنصاف ١٤/ ٢٧٨، كشاف القناع ٣/ ٥٥١.

<sup>(</sup>٤) سورة البقرة، الآية: ٢٣٣.

<sup>(</sup>٥) الشرح الكبير على المقنع ١٤/ ٢٧٨، شرح المنتهى ٢/ ١٧.

<sup>(</sup>٦) المعايير الشرعية، معيار الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك، ص٢٤٨.

فإذا جازت الإجارة بأجرة متغيرة فتجوز المرابحة بربح متغير، ولا يظهر للباحث فرق بين الإجارة والمرابحة؛ فالإجارة بيع منافع كالمرابحة، والأجرة لا تستحق إلا بعد مدة كالثمن، وما يشترط في الثمن يشترط مثله في الأجرة، فإن منعنا من تغير الربح في المرابحة للغرر، فيلزم مثل ذلك في الأجرة؛ إذ كلاهما يشترط العلم به، وإن منعنا منه لعلة الربا، فكذلك الإجارة؛ لأن الأجرة في الأشهر المتأخرة قد تكون أكثر منها في الفترات الأولى.

وقد يقال: إن بينهما فرقًا من جهة أنَّ الثمن في المرابحة دينٌ فلا يجوز أن يتغير، بخلاف الأجرة، فإنها ليست دينًا، وعلى فرض أنها دين، فهي دين غير مستقر.

والجواب: أن الإجارة إذا انعقدت فالأجرة دين كسائر الديون، ويستقرُّ منها ما يقابل المنفعة المستوفاة، فإذا كانت مؤجلة بعد استيفاء المنفعة فهي دين مستقر، ويجري عليها أحكام الدين. والواقع الآن في عقود الإجارة التمويلية أن أقساط الأجرة تكون بعد استيفاء المنفعة المقابلة لها. قال في «المغني»: (ولو أجَّر داره سنتين بأربعين دينارًا، ملك الأجرة من حين العقد، وعليه زكاة جميعها إذا حال عليه الحول؛ لأن ملك المُكْرِي عليه تامُّ بدليل جواز التصرف فيها بأنواع التصرفات... ثم إن كان قد قبض الأجرة أخرج الزكاة منها، وإن كانت دينًا فهي كالدين، معجلًا كان أو مؤجلًا)(۱).





## المبحث إلتّ لبع

## الاعتراضات الواردة على المرابحة بربح متغير ومناقشتها

#### المطلب الأول: شبهة الربا.

ووجه ذلك: أنَّ الثمن قد يزيد عند حلول الأجل عما كان عليه عند العقد؛ كأن يكون هامش الربح في السوق عند إبرام العقد ٣٪، ثم عند حلول الأجل يرتفع إلى ٥٪، وهذه الزيادة فيها شبهة الربا؛ لأنها في دين ثابت في الذمة.

والجواب: أنَّ الدين ليس فيه زيادة؛ لأن العاقدين لم ينظرا أصلًا إلى هامش الربح في السوق عند العقد، وإنما جرى العقد على السعر الأخير ابتداءً. فالذي استقرَّ في ذمة المشتري هو المبلغ الأخير فقط دون ما قبله.

#### وإيضاحًا لذلك أقول: إن الربا في العقود على نوعين:

الأول: ربا البيوع.

والثاني: ربا الديون.

قال في «بداية المجتهد»: (اتفق العلماء على أن الربا يوجد في شيئين: في البيوع، وفيما تقرر في الذمة من بيع أو سلف أو غير ذلك، فأما الربا فيما تقرر في الذمة فهو صنفان: صنف متفق عليه، وهـو ربـا الجاهلية الذي نُهِيَ عنه، وذلك أنَّهم كانوا يسلفون في الزيادة وينظرون.. والثاني: ضَعْ وتَعَجَّل. وأما الربا في البيع فإن العلماء أجمعوا على أنه صنفان: نسيئة وتفاضل)(١).

أما النوع الأول -وهو ربا البيوع- فهو غير وارد في هذه المعاملة؛ لأنها مبادلة سلعة بنقد، وربا البيوع إنما يجري في مبادلة المال الربوي بالمال الربوي الذي يشترك معه في العلة.

ومن الضروري التوكيد على أنَّ من شروط صحة هذه المعاملة توافر شروط المرابحة أصلًا، ومن ذلك أن تكون المرابحة في سلع حقيقية قد تملكها البائع وقبضها القبض المعتبر شرعًا قبل بيعها. وعقود التمويل الصورية التي يقدمها عدد من المصارف الإسلامية -كالتورق الصوري والبيوع الآجلة في سلع غير مملوكة- لا تصح مع تحديد الربح فضلًا عن أن يكون الربح متغيرًا.

<sup>(</sup>۱) بداية المجتهد ٢/ ١٥٣. وينظر: الإجماع لابن المنذر، ص٩٤، المحلى ٨/ ٢٦٤، المغني ٦/ ٤٣٦، أضواء السان ١/ ٢٩٢.

وأما النوع الثاني - وهو ربا الديون - فهو زيادة في الدين الذي استقرَّ في الذمة، كما كان عليه الأمر في الجاهلية؛ حيث (يكون للرجل فضلُ دينٍ فيأتيه إذا حلَّ الأجل، يقول له: أتقضيني أو تزيدُنى، إن كان عنده شيء يقضيه، وإلا حوَّله إلى السن التي فوق ذلك)(١).

والدين هنا ليس فيه زيادة بعد استقراره؛ فهو لم يستقر أصلًا إلا بربح السوق عند السداد. ولوقيل بأنه ربا للزم مثل ذلك فيما نص أهل العلم على جوازه:

- ففي البيع بشرط النفقة عليه مدة معلومة قد تزيد قيمة النفقة في آخر المدة عما كانت عليه في أولها، وليس ذلك بربًا.
- وفي السلم بسعر السوق قد تنخفض الأسعار عند التسليم عما كانت عليه عند التعاقد، فيستحق كمية من السلع أكثر مما لو كان الاحتساب على الأسعار عند التعاقد، ولا فرق في ربا الديون بين أن تكون الزيادة في دين نقدي أو دين سلعي؛ فإن الربا الجاهلي الذي نزل القرآن بتحريمه كان في الديون السلعية.
- وفي الإجارة بأجرة متغيرة، قد تكون الأسعار في آخر المدة أعلى منها في أولها، فتكون الأجرة بحسب ما استقر عليه الأمر.

ولا يقتصر الأمر على البيوع الآجلة، فحتى البيع الحال بما ينقطع به السعر يرد عليه مثل ذلك، فلو أن شخصًا اشترى من آخر أسهمًا معينة بسعر الإغلاق، وكان سعرها في السوق وقت البيع ثمانين ثم أغلقت على خمس وثمانين فلا تعدُّ هذه الزيادة ربًا.

وبما سبق يتبين أن التمويل بربح متغير يختلف عن القرض الربوي في أمرين:

الأول: أن القرض الربوي مبادلة نقد بنقد وأما المرابحة بربح متغير فهي مبادلة سلعة بنقد.

والثاني: أن القرض الربوي يزيد فيه الدين بعد استقراره في ذمة المدين في حال تأخره عن السداد، من خلال غرامات التأخير أو بحِيل محرَّمة، بينما المرابحة بربح متغير لا يزيد فيها الدين بعد استقراره بحسب سعر السوق وقت السداد، وأي زيادة بعد استقرار الثمن وتحديده فهي من الربا المحرم.

#### المطلب الثاني: شبهة الغرر.

ووجه ذلك: أن الثمن مجهول عند العقد، فهو من بيوع الغرر.

والجواب: ببيان حقيقة الغرر؛ فالغرر عرف بتعريفات متعددة، فقيل: (هو ما يكون مستور

<sup>(</sup>۱) رواه ابن جرير في جامع البيان عن زيد بن أسلم رَسَحُالِلَهُ عَنْهُ ٧/ ٢٠٥.

العاقبة)(۱)، وقيل: (ما انطوى أمره وخفي عليه عاقبته)(٢)، وقيل: (المجهول العاقبة)(٣)، فكل هذه التعريف تبمعننى واحد وهو جهالة العاقبة، وهذا الوصف لا ينطبق على المرابحة التي يكون فيها الربح مرتبطًا بمعيار منضبط لا مجال فيه للنزاع بين الطرفين، فإنَّ الثمن وإن لم يكن معلومًا عند العقد فإنه يئول إلى العلم.

#### يوضح ذلك أمور:

الأول: أنَّ الفقهاء يكادون يتفقون على أنه ليس كل جهالة تفسد العقد، وإنما يفسد بالجهالة التي تؤدي إلى النزاع. قال في «رد المحتار»: (والجهالة ليست بمانعة لذاتها بل لكونها مفضِيةً إلى النزاع)<sup>(1)</sup>.

وفي "إعلام الموقعين": (يصح أن يقول: بعتُك من هذه الشمعة كل أوقية منها بدرهم، قلَّ المأخوذ منها أو كثُر...ولا محذور في هذا أصلًا، ولا يفضي إلى تنازع ولا تشاحن...ولا يضره جهالة كمية المعقود عليه عند البيع؛ لأن الجهالة المانعة من صحة العقد هي التي تؤدي إلى القمار والغرر، ولا يدري العاقد على أي شيء يدخل، وهذه لا تؤدي إلى شيء من ذلك.. والشريعة لا تحرم مثل هذا ولا تمنع منه)(٥).

ومما لا شك فيه أن ربط الربح بمؤشر منضبط لا يؤدي إلى النزاع، فالجهالة هنا لا تفسد العقد.

والثاني: أن من شروط الغرر المؤثر ألَّا تدعو إلى العقد حاجة؛ لأن (تحريمه أشد ضررًا من ضرر كونه غررًا) (٢٠). ومن المعلوم أن المرابحة بربح متغير مما تدعو إليها الحاجة، وتتحقق بها مصلحة العاقدين جميعًا؛ إذ ينذُر في عقود التمويل طويلة الأجل أن تستقرَّ أسعار المرابحات، بل تتذبذب بما يجعل أحدهما غابنًا والآخر مغبونًا، فيحتاج كل منهما إلى أن يحمي نفسه بأن يربط الربح بحسب ربح السوق وقت السداد، (والشارع لا يحرم ما يحتاج الناس إليه من البيع؛ لأجل نوع من الغرر، بل يبيح ما يحتاج إليه من ذلك) (٧٠).

المهذب ٩/ ٢٥٠.
 المهذب ٩/ ٢٥٠.

<sup>(</sup>٣) القواعد النورانية، ص١٣٨، وانظر: زاد المعاد ٥/ ٨١٨، إعلام الموقعين ٢/ ٧، الغرر وأثره في العقود، ص٥٣.

<sup>(</sup>٤) رد المحتار ٦/ ٥٣ وانظر: المنتقى شرح الموطأ ٥/ ٤١، المجموع شرح المهذب ٩/ ٢٥٨.

<sup>(</sup>٥) إعلام الموقعين ٣/ ٢٦٥. وانظر: مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩/ ٢٢٧، الفروق ٣/ ٢٦٥.

<sup>(</sup>٦) القواعد النورانية، ص ١٤٠، فتح القدير ٦/ ٢٠٦، بداية المجتهد ٢/ ١٨٧، المجموع شرح المهذب ٩/ ٢٥٨، الغرر وأثره في العقود، ص ٥٩٩.

<sup>(</sup>V) مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩ / ٢٢٧.

والثالث: أن من شروط الغرر المؤثر أن يكون كثيرًا(١)، والجهالة هنا يسيرة؛ لأن رأس المال وجزءًا من الربح معلومان ابتداءً، والمتغير إنما هو بعض الربح.

#### المطلب الثالث: شبهة الغبن.

ووجه ذلك: أن أسعار هامش الربح في السوق تتقلب خلال فترة التمويل؛ فقد يمول البنك بهامش ربح مرتبط بسعر السوق وقت السداد ظنًا منه أنَّ الأسعار سترتفع، ثم يكون الأمر على خلاف ما توقع، وقد يتمول الشخص بمثل ذلك ظنًا منه أن الأسعار ستنخفض فيقع الأمر على خلاف توقعه، فلا يخلو الأمر من الغبن، فأحدهما غابن والآخر مغبون.

والجواب: ببيان حقيقة الغبن؛ فالغبن: شراء السلعة بأكثر من ثمنها المعتاد، أو بيعها بأقل منه (٢). فهو يكون من جهة البائع ومن جهة المشتري، ولا يكون مؤثرًا إلا إذا كان فاحشًا، وهو الذي يخرج عن العادة، أما الغبن اليسير الذي جرت العادة به بين التجار فلا أثر له.

والمرجع في تحديد الغبن عند جمهور الفقهاء عدا الحنفية هو العرف والعادة (٣). وعند الحنفية: الغبن الفاحش ما لا يدخل تحت تقويم المقومين، كما لو وقع البيع بعشرة مثلًا، ثم إن بعض المقومين يقول: إنه يساوي خمسة، وبعضهم ستة، وبعضهم سبعة، فهذا غبن فاحش، بخلاف ما إذا قال بعضهم: ثمانية، وبعضهم: تسعة، وبعضهم: عشرة فهذا غبن يسير (٤).

وبما سبق يتبين أنَّ المرابحة بربح متغير أبعد ما تكون عن الغبن؛ لأنَّ الربح مرتبط بما عليه السوق، وهو ما جرت العادة به بين التجار، ولا يخرج عن تقويم المقومين، فكيف يقال: إن فيه غبناً ؟! بل إن المرابحة بربح ثابت قد يشعر فيها أحد الطرفين بالغبن عندما يرى السوق مغايرًا تمامًا لما هو ملزم به في العقد. ففي ربط الربح بما عليه السوق حماية للطرفين من الغبن. ولا أدَلَّ على ذلك من أننا نجد الكثير من الشركات تتهرَّب من التمويل الإسلامي طويل الأجل خوفًا من أن تغبن عندما ينخفض مؤشر المرابحات الإسلامية في السوق في الوقت الذي تكون فيه ملزمة بدفع ربح أعلى مما في السوق، بل نجد الكثير من الأفراد ممن دخلوا في عقود تمويل سابقة، لما هبطت معدلات أرباح البنوك الإسلامية يبذلون جهدهم لأخذ تمويل جديد من بنك آخر بهامش ربح أقل ليسددوا به الدين الأول.

<sup>(</sup>١) المجموع شرح المهذب ٩/ ٢٥٨، بداية المجتهد ٢/ ١٨٤، الغرر وأثره في العقود، ص٥٦٠

<sup>(</sup>٢) فتح القدير ٨/ ٨٣، مواهب الجليل ٤/ ٤٦٧، تحفة المحتاج ٥/ ١٦٧، الروض المربع، ص٢٤٧.

<sup>(</sup>T) حاشية الدسوقي ٣/ ١٤٠، مغني المحتاج ٣/ ٢٤٣، المغني ٤/ ١٧.

<sup>(</sup>٤) رد المحتار ٥/ ١٤٤.

والمتأمل في البيع بسعر السوق سواء أكان الثمن حالًا أم مؤجلًا، وسواءً أكان المؤجل هو الثمن أم المثمن يجدُ أنه أقرب إلى تحقيق العدل والرضا بين الطرفين من البيع بربح محدد لا يتغير؛ لأنَّ من طبع الإنسان أن يرضى بما عليه الناس، وهو -كما يقول شيخ الإسلام ابن تيمية-: (أطيب لقلب المشتري من المساومة، يقول: لي أسوة بالناس آخذُ بما يأخذ به غيري)(١).

والواقع شاهدٌ أنه في ظل تقلبات الأسواق المالية ما بين تضخم وانكماش، فإنَّ الاقتصار على تحديد الربح قد يؤدي إلى النزاع والغبن. ففي السودان مثلًا -حيث يعاني من التضخم ظهرت المشكلة بوضوح عندما طبقت صيغة السلم بكمية محددة، مما أدى إلى استحداث ما سمي (بند الإحسان)، بحيث يتمُّ تخفيض كمية المسلم فيه إذا تجاوز فرق السعر ثلث الثمن المتفق عليه (۱).

#### المطلب الرابع: شبهة الجمع بين بيعتين في بيعة.

ووجه ذلك: أنَّ الثمنَ غيرُ مستقرِّ على مبلغ محدد، فهو محتمل لأكثر من قيمة، ففيه شبهة البيعتين في بيعة (٣).

والجواب: أنَّ أهل العلم اختلفوا في تأويل الحديث: فمنهم من فسَّره باشتراط عقد في عقد (ئ)، ومنهم من فسَّره بقلب الدَّين في صورة بيع الدين المؤجل على المدين إلى أجل آخر بزيادة عليه (٥)، ومنهم من فسَّره بأن يبيع السلعة بتسعة نقدًا أو بعشرة نسيئة ونحو ذلك من غير بتِّ (١)، ومنهم من فسَّره ببيع العينة (٧). والراجح أنَّ المراد به النهي عن اجتماع عقدين كل واحد منهما مباح في حال انفراده، وإذا جمع بينهما ترتب على اجتماعهما الوقوع في محظور، من ربا: ك(العِينة والجمع بين القرض والبيع)، أو غرر: كما في (بعتك بتسعة نقدًا أو بعشرة نسيئة من غير بتً)، أو نزاع: ك(الجمع بين عقدين في محل واحد وزمن واحد). ومما يؤيد ذلك ما جاء في بعض طرق

<sup>(</sup>١) نقله عنه ابن القيم في إعلام الموقعين ٤/ ٥.

<sup>(</sup>٢) التحوط في التمويل الإسلامي، ص١٥٦.

<sup>(</sup>٣) أخرجه أحمد ٢/ ٤٣٢، وأبو داود (٣٤٦١)، والترمذي (١٢٣١)، والنسائي (٤٦٣٢)، وابن حبان - الإحسان (١١٠٩)، من حديث أبي هريرة وَ وَاللَّهُ عَنْهُ، والحديث صحّحه الترمذي وابن حبان، وقال الهيثمي في مجمع الزوائد ٤/ ٨٥: (رجال أحمد رجال الصحيح).

<sup>(</sup>٤) فتح القدير ٦/ ٨٠، الأم ٣/ ٧٨، المغني ٦/ ٣٣٢، المحلى ٩/ ١٥.

<sup>(</sup>٥) معالم السنن ٥/ ٩٨، نيل الأوطار ٦/ ٢٣٥.

<sup>(</sup>٦) معالم السنن ٥/ ٩٨، نيل الأوطار ١٠/ ٤٤.

<sup>(</sup>٧) الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٦/ ٥١، تهذيب السنن ٥/ ١٤٨، إعلام الموقعين ٣/ ١٣٥.

﴿ ٢٠٤﴾ ------ أبحاث في قضايا مالية معاصرة

الحديث: «مَنْ بَاعَ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ فَلَهُ أَوْكُسُهُمَا، أَوِ الرِّبَا» (١)، أي أن اجتماع البيعتين يؤدي إلى الربا. وبالنظر في المعاملة التي بين أيدينا فليس فيها إلا بيعة واحدة بثمن واحد، وليس فيها بيعتان، ولا مدخل للربا ولا للغرر فيها، ولا تؤدي إلى النزاع، والله أعلم.

0,00,00,0

<sup>(</sup>۱) أخرجه أبو داود (۳٤٦١) من حديث أبي هريرة رَحَوَاللَّهُ عَنْهُ، وحسَّنه الألباني في صحيح الجامع الصغير وزياداته ٢/ ١٠٥٤.

## المبحث النجامية

## الحلول المطروحة في التمويل طويل الأجل ومناقشتها

يعـدُّ التمويـل طويل الأجل أحد أساسيات العمل المصرفي، ومن أهـم عقباته -كما تقدم-تغير معدل الربح في السوق. وقد طرح عدد من المصارف الإسلامية بعض الحلول إلا أنها لا تخلو من إشكالات شرعية.

وفيما يلي بيان أبرز هذه الحلول:

المطلب الأول: التزام المصرف بخصم ما زاد عن معدل الربح في السوق في حال التزام العميل بالسداد في الوقت المحدد.

وفي هذه الطريقة يتفق المصرف والعميل على هامش ربح أعلى مما في السوق، ويراعى فيه الاحتياط لمصلحة المصرف، ويلتزم المصرف بأن يخصم من قيمة الدين ما زاد عن معدل الربح في السوق. وقد أخذ بهذه الطريقة الهيئة الشرعية لبنك البلاد(١).

ومستند جواز هذا الالتزام أمور؛ منها:

١ – أن الأصل في الشروط في العقود هو الصحة؛ لعموم قول النبي صَالَاتَهُ عَلَيْهُ وَسَلَمَ:
 «الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهمْ»(٢).

٢ - ولأن الالتزام بالحطِّ هنا ليس من اشتراط خصم الدَّين في حال تعجيل سداده؛ لأن
 الخصم يستحقه المدين ولو لم يعجِّل السداد قبل حينه.

فالخصم يعدُّ حافزًا للعميل على الالتزام. فهو من باب الجِعالة، وهو نظير ترديد الأجر في الإجارة للتحفيز، كأن يقول: إن خِطْتَ الثوبَ اليوم فلك درهم وإن خِطْتَه غدًا فلك نصف درهم. وقد نصَّ جمع من أهل العلم على صحته (٣).

<sup>(</sup>١) قرار الهيئة رقم (١٠١).

<sup>(</sup>۲) أخرجه الترمذي (۱۲۷۲)، وأبو داود (۳۱۲۰)، وهو حديث صحيح بمجموع طرقه. تغليق التعليق ٣/ ٢٨٠، فتح الباري ٤/ ٤٥١، غوث المكدود ٢/ ٢٠٥. وحسنه الألباني في صحيح الجامع الصغير وزياداته ٢/ ١١٨٨.

<sup>(</sup>٣) البحر الرائق ٨/ ٣٥، الكفاية ٨/ ٧١، المغني ٦/ ٣٣٤، الفروع ٤/ ٤٢٤، إعلام الموقعين ٣/ ٣١١.

٣- وعلى فرض أنه من اشتراط الخصم مقابل التعجيل، فليس في هذا الشرط ما يمنع منه من نصِّ صحيح أو إجماع صريح، وليس من الربا؛ لأن الربا زيادة مقابل التعجيل، ولو كان فيه ربا لحرم من دون شرط كما أنَّ الزيادة مقابل التأخير تحرم ولو لم تكن مشروطة في العقد. وليس فيه غرر؛ لأن الثمن يئول إلى العلم على وجه لا يؤدي إلى المنازعة.

#### الإشكالات في هذه الطريقة:

١ - أن هـذا الالتزام يشبه الالتزام بخصم الدين عند التعجيل، وبصرف النظر عن الحكم الشرعي لذلك، فإنَّ عامة المجامع الفقهية المعاصرة على المنع من الالتزام بـ (ضَعْ وتَعجَّل)(١).

٢- أن كثيرًا من الشركات لا تقبل بأن يسجل عليها ربحٌ أعلى مما في السوق ولو التزم المصرف بالخصم، فهذا الإجراء غير مقبول من الناحية التسويقية.

#### المطلب الثاني: شراء أصل ثمَّ تأجيره على البائع بأجرة متغيرة.

وفي هذه الطريقة إذا احتاجت شركة إلى تمويل طويل الأجل فتبيع بعض أصولها على المصرف ثم تستأجرها منه إجارة منتهية بالتمليك، وتكون الأجرة متغيرة بحسب معدل المرابحات في السوق.

وقد أخذ بهذه الطريقة العديد من الهيئات الشرعية في المؤسسات المالية في البحرين ودبي وماليزيا.

#### الإشكالات في هذه الطريقة:

1 – أن فيها شبهًا بمسألة (عكس العِينة) (")؛ لأنَّ التمليك يكون بحسب القيمة الاسمية للأصول وزيادة أجرة تساوي معدل الربح؛ أي أن الأصول اشتريت بثمن معجل وستنقل ملكيتها للبائع بالأجل بثمن أعلى، وكون المدة طويلة بين الشراء ثم البيع، بما يؤدي إلى تغير قيمة العين غير مؤثر؛ لأنَّ التمليك سيكون بالقيمة الاسمية، ولا يلتفت فيه إلى التغير في القيمة الحقيقية للأصل. وكون المالك أيضًا يضمن الأصول المملوكة لا يبعدها عن هذه الشبهة؛ فإنَّ المشتري – (الممول) في عكس العِينة يضمن العين خلال فترة تملكه لها قبل إعادة بيعها على البائع الأول (").

<sup>(</sup>۱) قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم (٧/ ٢/ ٦٦) بشأن البيع بالتقسيط في دورته السابعة، المعايير الشرعية، ص ٢١٣.

<sup>(</sup>٢) عكس العينة: أن يبيع سلعة بثمن حالً ثم يشتريها بأكثر منه نسيئة. وهي محرَّمة عند جمهور الفقهاء. الشرح الكبير مع الإنصاف ١٩٦/١٦، شرح المنتهى ٢/ ١٥٨، مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩/ ٣٠.

 <sup>(</sup>٣) في فقه المعاملات المالية والمصرفية المعاصرة، ص٣٩٥.

المرابحة بربح متغير للمرابحة بربح متغير المرابحة بربح متغير المرابحة بربح متغير

٢- ولأنَّ تملك المصرف في كثير من الحالات صوريٌّ؛ فقد يُجعل ضمان الأعيان المؤجرة على المستأجر، وقد تكون تلك الأعيان مما لا يتصور تنازل الشركة المتمولة عن ملكيتها بأيِّ حالٍ؛
 كأن تكون مصانع يقوم عليها نشاط الشركة، ونحو ذلك.

٣- ويتعذَّر تطبيق هذه الطريقة في الشركات حديثة التأسيس التي لا يكون لديها أصول قابلة للتأجير.

#### المطلب الثالث: التورق المدار.

وفي هذه الطريقة إذا احتاج العميل إلى تمويل طويل الأجل، فيجري المصرف معه عملية تورق بهامش الربح السائد عند إجراء العملية على أن يكون السداد خلال فترة قصيرة، فإذا حلَّ الأجل سدد العميل من ماله الخاص ما يعادل قسط تلك الفترة من التمويل، وأما باقي الدين فيجري عملية تورق أخرى من البنك بهامش الربح الجديد ويسدد بمبلغ التورق الثاني باقي الدين الأول.

فلو أن عميلًا يحتاج إلى (١٠٠) يسددها على عشرة أقساط في عشر سنوات، ومعدل الربح في ذلك الوقت ٥٪، فيجري مع المصرف عملية تورق يحل فيها كامل الدين (١٠٥) بعد سنة، فإذا حلَّ الأجل سدد للمصرف (١٥) من ماله وهي تعادل ١٠٪ من أصل الدين مضافًا إليها ربح السنة، وأما الباقي وهو (٩٠) فيجري عملية تورق أخرى بمقدار المبلغ المتبقي ولمدة سنة بهامش الربح الجديد في حينه ولنفرض أنه (٤٪) فيسدد بالمبلغ الذي تحصل عليه بالتورق الثاني الدين المستحق عليه بالتورق الأول، فيكون مدينًا بـ (٩٤) تحل بعد سنة، وهكذا لبقية السنوات، وقد أخذ بهذه الطريقة العديد من الهيئات الشرعية (١٠٥).

#### الإشكالات في هذه الطريقة:

١- أن فيها قلبًا للدّين الذي على العميل بدين أكثر منه، يُتوصل إلى ذلك من خلال معاملة غير مقصودة لذاتها، يتحيل بها لبلوغ ذلك الغرض، وهذه المعاملة -أعني الحيلة التي يتوصل بها إلى قلب الدين بدين أكثر منه - تكلم فيها أهل العلم. فنصّ فقهاء المالكية على تحريمها؛ لأنها ذريعة إلى ربا الجاهلية (زِدْني أنظرك)(٢)؛ فإنّ الدائن ما قبل بتمويل المدين مرة أخرى عند حلول الدين إلا بشرط أن يسدد الدين الأول ويحل دين آخر أكثر منه قدرًا وأبعد عنه أجلًا، وهذه حقيقة: (أتقضى أم تربى؟).

<sup>(</sup>١) مثل الهيئة الشرعية للبنك الأهلي، وبنك الجزيرة، وبنك دبي الإسلامي، وغيرها.

<sup>(</sup>٢) المنتقى شرح الموطأ ٤/ ١٦٥، شرح الخرشي على مختصر خليل ٥/ ٧٦، شرح الزرقاني على خليل ٥/ ٨١، الفواكه الدواني ٢/ ١٠٠، التاج والإكليل ٦/ ٢٣١، بلغة السالك ٣/ ٩٦.

وقد حكى شيخ الإسلام ابن تيمية الإجماع على تحريم قلب الدين على المدين المعسر، بل الواجب إنظاره، وأما إذا كان موسرًا فقال: (وأما إذا كان هذا هو المقصود -أي أن يزيد في الأجل في مقابل زيادة الدين – ولكن توسَّلوا إليه بمعاملة أخرى، فهذا تنازع فيه المتأخرون من المسلمين، وأما الصحابة فلم يكن بينهم نزاعٌ أنَّ هذا محرم؛ فإنما الأعمال بالنيات، والآثار عنهم بذلك كثيرة مشهورة)(۱).

فهو رَحَمَهُ ٱللَّهُ يرى حرمة قلب الدَّين بدين أكثر منه ولو كان المدين موسرًا؛ اتباعًا لما أجمع عليه الصحابة؛ وإعمالًا للقاعدة الشرعية: (الأمور بمقاصدها).

٢- أنَّ قلب الدَّين في كثير من الحالات يتم وفق عمليات صورية، فلا العميل يشتري سلعًا بالأجل ولا المصرف يقبض تلك السلع ويبيعها نيابة عنه؛ إذ كيف يستطيع المصرف أن يجري هذه العمليات المركبة في مواعيدها وهو مرتبط بعقود من هذا النوع مع آلاف العملاء من الشركات والأفراد وبالأخص حملة بطاقات الائتمان المدار؟

والذي يتمُّ في كثير من الحالات هو إعادة تقييم الدين بناء على الأسعار الجديدة. وعلى افتراض أحسن الأحوال فإنَّ المصرف عند حلول الأجل يشتري من نفسه سلعًا بالأجل لصالح العميل بناءً على صحة تصرف الفضولي، وصحة تولي طرفي العقد، ثم يتوكل عنه في بيعها نقدًا بناء على صحة التوكيل في البيع في التورُّق. فالعملية ملفَّقة من أقوالٍ متباينةٍ فخرجت بصورة لم يقل بها أحدُّ من المتقدمين.

والمتأمل في الحلول المطروحة لتغير هامش الربح في عقود التمويل طويل الأجل يلحظ ما فيها من التكلف والتعسف، والنتيجة في نهاية المطاف - وإن تعدَّدت الوسائل - واحدة، وهي ربط الربح بمعدل الربح في السوق. فإن كانت هذه الغاية غير مقبولة شرعًا، فأي حيلة يراد منها الوصول إلى هذه الغاية فهي لا تزيد الأمر إلا قبحًا وسوءًا؛ (فإن الربا لم يحرَّم لمجرد صورته ولفظه، وإنما حرم لحقيقته ومعناه ومقصوده، وتلك الحقيقة والمعنى والمقصود قائمة في الحيل المحرمة كقيامها في صريحه سواء بسواء)(٢). وإن كانت تلك الغاية لا تتعارض مع مقاصد الشريعة، ولا تخالف نصوصها فَلِمَ التحايل والالتفاف لتحقيقها؟!

وما أجملَ ما ذكره شيخ الإسلام ابن تيمية في مثل هذه المسائل التي يُتكلَّف فيها بحيل حمل عليها التشديد في مسائل اجتهادية فألجأت القائل بها إلى استحلالها بالحيل، فيقول رَحْمَهُ أللَّهُ: (ولقد تأملتُ أخلب ما أوقع الناسَ في الحيل فوجدتُه أحدَ شيئين: إما ذنوب جوزوا عليها بتضييق

مجموع الفتاوى ۲۹/۲۹.

<sup>(</sup>٢) إغاثة اللهفان من مصايد الشيطان ١/ ٣٥٢.

في أمورهم فلم يستطيعوا دفع هذا الضيق إلا بالحيل فلم تَزِدْهم الحيلُ إلا بلاءً كما جرى لأصحاب السبت... وهذا الذنب ذنب عملي، وإمَّا مبالغة في التشديد لما اعتقدوه من تحريم الشارع فاضطرهم هذا الاعتقاد إلى الاستحلال بالحيل، وهذا من خطأ الاجتهاد؛ وإلا فمنِ اتَّقى الله وأخذ ما أحلَّ له وأذَّى ما وجب عليه؛ فإنَّ الله لا يُحوِجُه إلى الحيل المبتدعة أبدًا. فإنه سبحانه لم يجعل علينا في الدِّين من حرج وإنما بعث نبينا صَالَّاللهُ كَالَهُ وَسَالَةً بالحنيفية السمحة. فالسبب الأول: هو الظلم. والسبب الثاني: هو عدم العلم. والظلم والجهل هما وصفٌ للإنسان المذكور في قوله: ﴿ وَحَمَلَهَا ٱلْإِنسَنَ اللهُ كَالَهُ مَا جَهُولًا ﴾ (١).

وأصل هذا: أن الله سبحانه إنما حرم علينا المحرمات كـ(الميسر والربا) وما يدخل فيهما من بيوع الغرر وغيره؛ لما في ذلك من المفاسد التي نبَّه الله عليها ورسولُه بقوله سبحانه: ﴿ إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَن يُوقِعَ بَيْنَكُمُ الْمَدَوَةَ وَالْبَغْضَلَة فِي الْمُنْمَرِ وَالْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَن ذِكِرِ اللهِ وَعَنِ الصَّلَةِ قَعَلَ أَنتُم مُّنتَهُونَ ﴾ (٢).

فأخبر سبحانه: أن الميسر يوقِعُ العداوة والبغضاء... وإذا كانت مفسَدةُ بيع الغررهي كونُه مظِنَّةَ العداوة والبغضاء وأكل الأموال بالباطل: فمعلومٌ أنَّ هذه المفسدة إذا عارضتها المصلحة الراجحة قدمت عليها.. فالضرر على الناس بتحريم هذه المعاملات أشدُّ عليهم مما قد يتخوف فيها من تباغض وأكل مال بالباطل.. والشريعة جميعها مبنية على أن المفسدة المقتضية للتحريم إذا عارضتها حاجة راجحة أبيح المحرَّم؛ فكيف إذا كانت المفسدة منتفية؟!)(٣).

وبهذا الكلام النفيس نختم هذا البحث. والحمد لله أولًا وآخرًا وظاهرًا وباطنًا، وصلى الله وسلم على نبيّنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

0,000,000,0

<sup>(</sup>١) سورة الأحزاب، الآية: ٧٢.

<sup>(</sup>٢) سورة المائدة، الآية: ٩١.

<sup>(</sup>٣) مجموع الفتاوى ٢٩/ ٤٥.



## الخاتمة

## وتشتمل على أبرز نتائج البحث، وأُوجِزُها في النقاط الآتية:

- ١ لا يشترط في البيع انتفاء مطلق الجهالة، وإنما الشرط انتفاء الجهالة التي تؤدي إلى النزاع.
- ٢- العلم بالثمن قد يكون بتحديده في العقد، وقد يكون بالاتفاق على طريقة منضبطة
   لاحتسابه لا تؤدي إلى المنازعة والاختلاف.
- ٣- يجوز الاتفاق في المرابحة في البيع الآجل، على أن يكون الثمن هو سعر التكلفة، مضافًا إليه ربعٌ غيرُ ثابتٍ يتفق العاقدان على طريقة منضبطة لاحتسابه؛ ومن الطرق المنضبطة:
- أ- أن يربط بمعدل الربح السائد في السوق عند سداد الثمن كاملًا أو عند سداد كل قسط.
- ب- أن يربط بمتوسط معدل الربح السائد في السوق خلال فترة سداد الثمن كاملًا، أو خلال فترة سداد كل قسط.
  - ج- أن يربط بربح جهة معتمدة مثل معدل ربح صندوق حكومي يبيع بالأجل.
- ٤ الأصل في العقود الصحة، ولا دليل على المنع من المرابحة بربح مرتبط بمؤشر منضبط معلوم.
- ٥- يجوز البيع بسعر المثل، أو بما ينقطع به السعر في السوم؛ قياسًا على صحة النكاح بمهر المثل، والرضاع بأجر المثل.
- ٦- يجوز البيع بالثمن الذي باع به طرف ثالث، وإن لم يعلم العاقدان عند العقد ذلك الثمن، بشرط أن يكون الطرف الثالث ممن يعتبر تقديره للثمن في السوق؛ لأن الثمن يئول إلى العلم على وجه لا يؤدي إلى المنازعة. ويقاس عليه المرابحة بربح المثل في المستقبل؛ لأن الثمن يئول كذلك إلى العلم من غير نزاع.
- ٧- يجوز البيع بالرقم؛ أي بالثمن المكتوب على السلعة وإن لم يعلم به العاقدان، إذا كان الذي يضع الرقم جهة معتبرة كالدولة.
- ٨- يجوز أن يبيع كمية مجهولة من سلعة معلومة متماثلة الأجزاء بتحديد سعر الوحدة منها.
   ومنه: أن يبيع من الصبرة كل قفيز بدرهم.

٩-من الصور التي نصَّ أهل العلم على جوازها أن يبيع السلعة ويجعل الثمن نفقة المشتري على البائع أو ولده أو زوجته ونحوهم مدة معلومة؛ كشهر أو سنة ونحو ذلك. ويقاس عليها المرابحة بربح متغير؛ فإنَّ الثمن فيهما قد يزيدُ وقد ينقص؛ ولكنه يعلم بالعادة أو بالعرف ولا مجال للنزاع فيه.

• ١ - من الصور التي نصَّ أهلُ العلم على جوازها: السلم في سلع موصوفة من غير أن تحدد كميتها وإنما تتحدد بناءً على سعرها في السوق وقت التسليم، ومن تطبيقاته المعاصرة: بطاقات الاتصال والوقود مسبقة الدفع. ويقاس عليه المرابحة بربح المثل وقت التسليم.

١١ - تجوز الإجارة بأجرة متغيرة مربوطة بالعرف أو بالعادة أو بمؤشر منضبط؛ قياسًا على جواز استئجار الظِّئر بطعامها وكسوتها.

17 - المرابحة بربح متغير تختلف عن القرض الربوي في أمرين؛ الأول: أن القرض الربوي مبادلة نقد بنقد والمرابحة مبادلة سلعة بنقد. والثاني: أن القرض الربوي يزيد فيه الدين بعد استقراره في ذمة المدين في حال تأخره عن السداد. وفي المرابحة بربح متغير لا يزيد الدين بعد استقراره بحسب سعر السوق وقت السداد. وأي زيادة بعد استقرار الثمن وتحديده فهي من الربا المحرم.

١٣ - ليس في المرابحة بربح متغير غرر؛ لأنَّ الجهالة التي فيه لا تؤدي إلى النزاع؛ ولأنَّ الحاجة داعية إليها، وفيها مصلحة للطرفين. وما فيها من غرر فهو يسير؛ لأنَّ المتغير هو بعض الربح فقط.

١٤ - ليس في المرابحة بربح متغير غبنٌ؛ لأنَّ الوفاء فيها يكون بالربح المعتاد في السوق.

١٥ - لا تدخل المرابحة بربح متغير في النهي عن البيعتين في بيعة؛ لأنها بيعة واحدة بثمن واحد يتحدد في المآل.

17 - من الحلول المطروحة لعقود التمويل طويلة الأجل: المرابحة المتجددة، وإجارة العين لمن باعها إجارة منتهية بالتمليك بأجرة متغيرة، والتزام الدائن بالخصم في حال التزام المدين بالسداد في الوقت المحدد، وكل هذه الحلول لا تخلو من شبهة شرعية.

١٧ - يلزم البائع في المرابحة الإفصاح عن سعر التكلفة بدقة، وألَّا يضيف إليه ما ليس منه.



9

## حق الانتفاع العقاري (١)

بحثُ مقدَّم إلى المؤتمر الفقهي الرابع للمؤسسات المالية الإسلامية عام ١٤٣٣هـ ٢٠١١م





الحمد لله ربِّ العالمين، والصلاةُ والسلام على رسول الله، وعلى آله وصحبه أجمعين. أمَّا بعدُ:

فهذه دراسةٌ موجَزةٌ عن حقّ الانتفاع العقاري حقيقته وأحكامه، وقد قسمتها إلى المباحث الأربعة الآتية:

المبحث الأول: التعريف بحقِّ الانتفاع العقاري.

المبحث الثاني: التوصيف الشرعي لحقّ الانتفاع العقاري.

المبحث الثالث: المعاوضة على حقِّ الانتفاع العقاري.

المبحث الرابع: تطبيقات على المعاوضة على حتِّ الانتفاع العقاري.

أسأل الله أن يجنِّبنا الزَّلَل، ويوفقنا لما يُرضيه من القول والعمل.

010010010



## المبحث الأول

## التعريف بحق الانتفاع العقاري

المطلب الأول: التعريف بمفرداته.

الفرع الأول: التعريف بالحق.

الحق: مصدر حَقَّ الشيءُ يَحِقُّ، ويَحُقُّ حَقًّا وحُقُوقًا، وقد استُعمِل في اللغة لعِدَّةِ معانِ، من أبرزها ما يلي (١):

١ - الواجب، ومنه قوله تعالى: ﴿ وَكَانَ حَقًّا عَلَيْـنَا نَصَّرُ ٱلْمُؤْمِنِينَ ۞ ﴾ (٢)؛ أي: واجبًا.

٢- الأمر الثابت الموجود، ومنه قوله تعالى: ﴿ وَنَادَىٰۤ أَصْحَبُ لَلْمِنَةِ أَصْحَبُ النَّارِ أَن قَدْ
 وَجَدْنَا مَا وَعَدَنَا رَبُّنَا حَقًا ﴾ (١٠)؛ أي: وجدناه أمرًا ثابتًا موجودًا.

٣- الملك والمال.

٤- الاختصاص بالشيء من غير مشاركة، يقال: فلانٌ أحقُّ بماله؛ أي: لا حقَّ لغيره فيه (٤).

#### تعريف الحق في الاصطلاح الفقهي:

لم يحظَ مصطلَح (الحق) عند الفقهاء المتقدِّمين بمفهوم خاصِّ به، وإنما استعملوه على نحو معانيهِ اللَّغوية، فاستُعمِل بمعنى الواجبِ والصِّدقِ والحكم (٥٠)، ثم إنَّ الفقهاء المتأخِّرين وضعوا له مصطلحًا خاصًّا به، ومن أبرز تعريفاته ما ذكره الشيخ مصطفى الزرقا رَحَمُهُ اللَّهُ بقوله: «الحق: اختصاصٌ يقرِّرُ به الشرعُ سُلطةً أو تكليفًا»(١٠). وهو من أدقِّ تعريفاتِ الحقِّ، وأقربها بيانًا لجوهره.

فقوله: (اختصاص)، يخرج به الأمورُ المباحةُ؛ كمياه الأنهارِ والكلا، ونحوها. وقيدُ (الشرع): يخرج به الاختصاصُ الذي لا يعترف به الشرعُ؛ كاختصاص الغاصبِ بالمال المغصوبِ،

<sup>(</sup>١) معجم مقاييس اللغة ٢/ ١٥، القاموس المحيط، ص١١٢٩.

<sup>(</sup>٢) سورة الروم، الآية: ٤٧.

<sup>(</sup>٣) سورة الأعراف، الآية: ٤٤.

 <sup>(</sup>٤) تهذيب اللغة ٣/ ٢٤١، تاج العروس ٢٥/ ١٦٦، المعجم الوسيط ١/ ١٨٧.

<sup>(</sup>٥) ينظر: الأم ١/ ٢١٢، الأحكام السلطانية، ص١١١، الفروق ١/ ١٤٠.

<sup>(</sup>٦) المدخل الفقهي ٣/ ١٠.

وقوله: (سلطة): تشمل ما تكون على شخص كحقّ الحضانة، وما تكون على أعيانٍ كحقّ الملكيّة، (أو تكليفًا): يشمل أيّ التزام على الإنسان؛ سواءٌ أكان ماليًّا كوفاء الدينِ، أم غيرَه؛ كقيام الأجيرِ بعمله.

#### الفرع الثاني: التعريف بالانتفاع.

الانتفاع لغة: مصدر انتفع، من النَّفْع، وهو الخيرُ وما يتوصَّل به الإنسان إلى مطلوبه، وهو ضدُّ الشرِّ، والانتفاع: الوصول إلى المنفعة(١).

واصطلاحًا: «هو: حتَّ المنتفِعِ في استعمال العينِ واستغلالها ما دامت قائمةً على حالها، وإن لم تكن رقبتُها مملوكةً»(٢).

وعُرف بأنه «حقُّ الشخصِ في الحصول على المنفعةِ العرضية، المستفادةِ من العين غيرِ المملوكةِ له، بحيث يكون له حقُّ الاستعمالِ والاستثارِ بالمنفعة لمدَّةٍ معيَّنة »(٣).

ويلا حَظ من هذين التعريفين التفرقةُ بين مِلكيَّةِ حقِّ الانتفاعِ وملكيَّةِ الرقبةِ؛ فقد يملك حقَّ الانتفاع مَن لا يملك الرقبة، وقد يكون مالكُ الرقبةِ مالكًا لحقِّ الانتفاع تبعًا لملكيَّتِه للرقبة.

ويشمل حقُّ الانتفاعِ المنفعةَ التي يحصل عليها الإنسانُ عن طريق المعاوضةِ، من بيع وإجارة، والتي يحصل عليها عن طريق التبرع، من وصيةٍ وإعارة، أو عن طريق الإباحةِ العامَّةِ أو الخاصَّةِ(٤٠).

### الفرق بين حق الانتفاع وملك المنفعة:

لأهل العلم اتجاهانِ في ذلك:

الاتجاه الأول: وهو للحنفية (٥٠) بعدم التفريق بينهما، وقالوا: إنهما يُستعمَلان بمعنَى واحدٍ؛ لأنَّ حتَّ الانتفاع قد يكون نتيجةً لثبوت الملكيَّةِ التامَّةِ، كمن اشترى دارًا؛ فإنه يملك المنفعة فضلًا عن الرقبة، وقد يكون حتُّ الانتفاع نتيجةً لثبوت الملكيَّةِ الناقصةِ، وملكية المنفعة دون الرقبة، كمن استأجر دارًا؛ فإنه يملك المنفعة وحدَها، ولكلِّ مالكِ للمنفعة في الحالتين حتُّ الانتفاعِ بملكه، وقد يكون حتُّ الانتفاعِ نتيجة الإباحة، فيحتُّ للمباح له أن ينتفع بما أبيح له الانتفاعُ به (١٠).

<sup>(</sup>۱) لسان العرب ٨/ ٣٥٨، المصباح المنير، ص٣١٨.

<sup>(</sup>٢) مرشد الحيران: المادة (١٣).

<sup>(</sup>٣) الاعتياض عن حق الانتفاع، لشبير، ص٩.

<sup>(</sup>٤) المرجع السابق، ص٩.

<sup>(</sup>٥) ينظر: الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ص٣٥٣.

<sup>(</sup>٦) الاعتياض عن حق الانتفاع، ص٨.

الاتجاه الثاني: وهو اتجاهُ جمهورِ الفقهاء (المالكية، والشافعية، والحنابلة)؛ ومَفادُه: التفريقُ بين مِلكِ المنفعةِ وحقِّ الانتفاع؛ فإنَّ مالك المنفعةِ ينصرف لمن يملك المعاوضةَ عليها، أمَّا من له حتُّ الانتفاع، فلا يملك المعاوضةَ عليها، وهذا ما يظهر من نصوصِ فقهائِهم؛ قال القرافي: (الفرق الثلاثون: بين قاعدة تمليك الانتفاع وبين قاعدة تمليك المنفعة؛ فتمليك الانتفاع نريد به: أن يباشر هو بنفسه فقط، و تمليك المنفعة: هو أعمُّ وأشملُ، فيباشر بنفسه، ويمكَّن غيرُه من الانتفاع بعوضٍ كالإجارة، وبغير عوض كالعارية.

مثال الأول: سكنى الدار والخوانك والرباط.. فله أن ينتفع بنفسه فقط، ولو حاول أن يؤاجر بيت المدرسة، أو يسكن غيره، أو يعاوض عليه بطريق من طُرُقِ المعاوضاتِ، امتنع ذلك، وكذلك بقيَّةُ النظائرِ المذكورة معه. وأمَّا مالكُ المنفعةِ؛ فكَمَنِ استأجر دارًا أو استعارها، فله أن يؤاجرها من غيره، أو يُسكنه بغير عوضٍ، ويتصرَّف في هذه المنفعة تصرُّفَ الملَّكِ في أملاكهم)(١).

وقال السيوطي: (وقد يملك الانتفاع دون المنفعة، كالمستعير، والعبد الذي أوصى بمنفعته مدَّة حياةِ الموصى له... وكل مَن ملك المنفعة، فله الإجارة والإعارة، ومن ملك الانتفاع فليس له الإجارة قطعًا، ولا الإعارة على الأصح)(٢).

وقال ابن القيم: (فائدة: تمليك المنفعة شيءٌ، وتمليك الانتفاع شيءٌ آخَرُ؛ فالأول: يملك الانتفاع وقال ابن القيم: (فائدة: تمليك المنفعة شيءٌ وعليها إجارة ما استأجره؛ لأنه ملك المنفعة، بخلاف المعاوضة على البُضْع، فإنه لم يملكه، وإنما ملك أن ينتفع به، وكذلك إجارة ما ملك أن ينتفع به من الحقوق؛ كالجلوس بالرحاب، وبيوت المدارس، والربط، ونحو ذلك، لا يملكها؛ لأنه لا يملك المنفعة، وإنما ملك الانتفاع)(٣).

ويتَّضح مما سبق، أنَّ أصحاب هذا الاتجاهِ يُفرِّقون بينهما من حيث إنَّ صاحبَ حقِّ الانتفاعِ ليس له إلَّا أن ينتفع بنفسه دون أن يؤجر أو يعير أو يُبِيح لغيره، بخلاف مالكِ المنفعةِ؛ فله ذلك في حدود العقدِ(١٠).

وعند التأمل، فالتفرقة بينهما اصطلاحيَّةٌ؛ إذ العبرةُ في الحقِّ محلِّ التصرُّفِ، فإن كان مما يقبل المعاوضة أو التنازل عنه للغير، فيجوز ذلك، سواءٌ أسمَيْناه منفعة أم حقَّ انتفاع، وإن لم يكن محلًّ للمعاوضة أو التنازل، فلا يجوز ذلك؛ سواءٌ أسميناه منفعةً أم حقَّ انتفاع.

<sup>(</sup>١) الفروق ١/ ٣٣٠.

<sup>(</sup>٢) الأشباه والنظائر، ص٣٢٦.

<sup>(</sup>٣) بدائع الفوائد ١/٣.

<sup>(</sup>٤) الملكية الخاصة في الشريعة الإسلامية، ص٥٥.

#### الفرع الثالث: التعريف بالعقاري.

العقاري: نسبة إلى العقار.

والعقار في اللغة: يطلَق على ما له صفةُ الثبوتِ والدوام؛ كالأرض، والمسكن. قال ابن فارس: (العين والقاف والراء: أصلان متباعِدٌ ما بينهما، وكلُّ واحدٍ منهما مُطَّرِدٌ في معناه، جامعٌ لمعاني فروعه؛ فالأول: الجرح أو ما يشبه الجرح... والثاني: دالُّ على ثبات ودوام)(١).

## المطلب الثاني: التعريف بحقِّ الانتفاع العقاري باعتباره مركَّبًا.

#### الفرع الأول: تعريفه مركبًا في الاصطلاح الفقهي.

من خلال ما تقدم، يمكن أن نُعرِّفَ حقَّ الانتفاعِ العقاري في الاصطلاح الفقهي بأنه: حتُّ الشخص في الحصول على منفعةِ العقار.

ومن الجليِّ، أنَّ الفقهاء يفرِّقون بين مِلكيَّةِ عينِ العقارِ واستحقاق الانتفاع به، فمن له حقُّ الانتفاع بالعقار، ليس بالضرورة أن يكون مالكًا له إذا لم يملك رقبتَه.

وتملُّكُ حقِّ الانتفاع في الفقه يكون بإحدى طريقتين:

الأولى: أن يكون على سبيل التأقيت، وقد يكون ذلك بعقدِ معاوضةٍ كالإجارة، أو بعقدِ تبرُّعِ كالعارية، أو بالإباحة؛ مثل أن يسبق إلى مرفقِ عامٍّ -كمكان جلوس عام- فينتفع به مدَّةً.

والثانية: أن يكون على سبيل التأبيد؛ بأن يبيع مالكُ العقارِ حقَّ الانتفاعِ كلَّه أو بعضَه؛ كحقِّ المرور، أو المسيل ونحوه، مع احتفاظِه بالرقبة، فتكون الرقبة مِلكًا للبائع وحقُّ الانتفاعِ مِلكًا للمشتري على سبيل التأبيد، وهو جائزٌ عند جمهور الفقهاء، كما سيأتي بيانُه إن شاء الله.

### الفرع الثاني: تعريفُه مركَّبًا في القانون الوضعي.

القوانين الوضعية متفاوتةٌ في تحديدِها لمفهوم حقّ الانتفاع العقاري؛ وكنظرةٍ إجماليَّةٍ؛ فإنَّ حقَّ الانتفاع العقاري في الفقه، بالإضافة إلى صورِ؛ الصورتين السابقتين في الفقه، بالإضافة إلى صورةٍ ثالثة، وبيانُها على النحو الآتي:

الصورة الأولى: مِلكيَّة منفعةِ العقار دون رقبتِه لمدَّةٍ مؤقَّتةٍ، فلا يكون ثَم فرقٌ هنا بين حقًّ الانتفاع ومِلك المنفعة.

الصورة الثانية: تملُّكُ حقِّ الانتفاع بالعقار دون الرقبةِ على سبيل التأبيدِ.

<sup>(</sup>١) معجم مقاييس اللغة، ص٥٥٥، وينظر: لسان العرب ٩/ ٣١٦، المصباح المنير، ص٣٤٣.

وهاتان الصورتانِ هما الأكثرُ تطبيقًا على مستوى القوانين العربية(١).

فالقانون بهذا الاعتبارِ يَنظر إلى حقِّ الانتفاعِ على أنَّه حقُّ عَيني (٢) في الانتفاع بشيءٍ مملوكٍ للغير بشرط الاحتفاظِ بذلك الشيءِ لرَدِّه إلى صاحبه عند انتهاء مدَّتِه أو بموت المنتفع، وهذا الحقُّ غيرُ قابل للاستهلاك، وهو يُكتَسَب بالتعاقد أو بالتقادم، أو بمقتضى القانونِ (٣).

الصورة الثالثة: مِلكيَّةُ جميعِ الحقوقِ المتعلِّقةِ بالعقار، مع احتفاظ طرفِ آخَرَ بالصَّكِّ Beneficial (التسجيل القانوني) له، وهذا ما يُعرَف في القانون الإنجليزي بملكيَّةِ الانتفاع (ownership) وهو يختلف عن ملكية حقَّ الانتفاع بمفهومها الفقهي السابق.

وهنا أُورِدُ ما ذكره موقع إنفستوبيديا (Investopedia) المتخصِّص في المصطلحات المالية في تعريف ملكية الانتفاع:

#### What Does Beneficial Owner Mean?

- 1. A person who enjoys the benefits of ownership even though title is in another name...
- 1. For example, when shares of a mutual fund are held by a custodian bank or when securities are held by a broker in street name, the true owner is the beneficial owner, even though, for safety and convenience, the bank or broker holds title<sup>(4)</sup>.

ومعنى ذلك أنَّ مِلكيَّة الانتفاع تكون عندما يكون لشخص حقُّ الانتفاع الكاملِ بالأصل، بينما الصكُّ أو التسجيلُ الرسمي لذلك الأصل باسم شخصٍ أو جهةٍ أخرى؛ كأن يكون الأصلُ أوراقًا ماليَّة محتفظًا بها لدى بنكِ أو وسيطٍ، ومسجَّلة باسمه، بينما المالكُ الحقيقي هو مَن يملِكُ حقَّ الانتفاع.

وفي العادة تكون مِلكيَّةُ الانتفاع عندما يكون الأصلُ مسجَّلًا باسم وكيلٍ أو أمين (trustee)، فيظهر أمام الآخرين باعتباره المالك الأسميَّ (nominee) بينما المالك الحقيقي هو مالك الانتفاع (Beneficial owner).

<sup>(</sup>۱) ينظر على سبيل المثال: ماهية الملكية العقارية: http://sciencesjuridiques.ahlamontada.net/t273-topic، المجلة العقارية http://www.alakaria.net/forum.php?action=view&id=85.

<sup>(</sup>٢) يقصد بالحقوق العينية في القانون: الحقوق الذي لا تستند في وجودها إلى حقوق أخرى.

<sup>(</sup>٣) ماهية الملكية العقارية، الوسيط في شرح القانون المدني ١/٤.

http://www.investopedia.com/terms/b/beneficialowner.asp#axzz1dVvD1Ork (٤) http://moneyterms.co.uk/beneficial-ownership وn.wikipedia.org/wiki/Beneficial\_owner

وبه يتبيَّن أنَّ هذا المفهوم لحقِّ الانتفاع العقاري في القانون أوسعُ من مفهومه الفقهي، فهو يَعني مِلكيَّةَ الشخصِ لكلِّ الحقوق المتعلِّقةِ بالأصل، وتحمُّله لكلِّ تبعاتِ ما يلحق الأصل من أضرار، إلَّا أنَّ العقارَ غيرُ مسجَّلِ باسمه.

ويفرق القانون بين ملكية الانتفاع (Beneficial ownership) والملكية القانونية (Legal) ويفرق القانونية (Beneficial ownership)؛ فالأُولى تَعني مِلكيَّةَ الحقوقِ المتعلِّقةِ بالأصل، والثانية تعني التسجيلَ الرسميَّ للأصل؛ فلو أنَّ شخصًا اشترى عقارًا عن طريق البنك، فإن البنك يحتفظ بالملكية القانونية (Legal) للأصل؛ فلو أنَّ شخصًا اشترى، حتى يتم سداد (ownership) للعقار، بينما ملكية الانتفاع (Beneficial ownership) للمشتري، حتى يتم سداد جميع الأقساط، فيصبح العميل حينتذِ قد حاز كلا النوعين.

وتملُّك الانتفاع (Beneficial ownership) في القانون يختلف عن تملُّكِ منفعتِه من خلال عقد الإيجار؛ فالأولُ على سبيل التأبيد بخلاف الثاني، والأول يترتب عليه مِلكُ العينِ إلَّا أنها مسجَّلةٌ باسم غيره، فلا يملك بيعها أو التصرف فيها تصرفًا ناقلًا للملكيَّةِ إلَّا بموافقةِ من يحتفظ بشهادة التَّسجيلِ (Legal ownership)، بينما في الثانية يملك المستأجِرُ المنفعة فقط دون العينِ (۱۰).



## المبحث الثَّاين

## التوصيف الشرعي لحق الانتفاع العقاري

من خلال العرض السابق لمفهوم ملكية الانتفاع في القانون، يُكيَّف حقُّ الانتفاع شرعًا بحسَب صُورِه الثلاث، وذلك على النحو الآتي:

## المطلب الأول: تخريجه على مِلكيَّةِ المنفعةِ بصفةٍ مؤقَّتة.

فإذا تنازَلَ المالكُ لآخَرَ عن منفعةِ العقارِ دون رقبته مدَّةً مؤقتةً، فيعدُّ المنتفعُ في هذه الحالِ مالكًا للمنفعة، وقد يكون تملُّكُه بعوضٍ كالإجارة، أو بتبرع كالعارية، أو بالإباحة كأن يسبق للانتفاع بمرفق عام.

## المطلب الثاني: ملكية الانتفاع دون الرقبة على سبيل التأبيد.

أي أن المنتفع يملك حقَّ الانتفاع بالعين بصفةٍ مؤبَّدةٍ دون الرقبة، فيجوز له التصرفُ في العقار بجميع أنواع التصرفات دون الرقبة.

وهذا التوصيف يتخرَّج على رأي جمهور الفقهاء -خلافًا للحنفية- القائلين بجواز بيع بعض الحقوقِ المرتبطةِ بالعقار على سبيل التأبيد؛ مثل حق المرور، وحق التَّعَلِّي، وحق المسيل.

جاء في «المدونة»: (قلت (۱۰): أرأيت إن بِعثُ شِرْبَ يومٍ، أيجوز ذلك أم لا؟ قال (۲۰): قال مالك: ذلك جائزٌ، قلت: فإن بِعثُ حَظِّي بعت أصلَه من الشَّرب، وإنما لي فيه يومٌ من اثني عشر يومًا، أيجوز ذلك في قول مالك؟ قال: نعم، قلت: فإن لم أَبعُ أصلَه ولكن جعلت أبيعُ منه السَّقْيَ، إذا جاء يومي بعثُ ما صار لي من الماء ممن يَسقِي به، أيجوز ذلك في قول مالك؟ قال: نعم) (۱۲).

وعرَّف الشِّربيني -من فقهاء الشافعية - البيعَ بأنه: (مقابلةُ مالِ بمالِ على وجهِ مخصوص، ثم قال: وحدَّه بعضُهم بأنه: عقدُ معاوضةِ ماليَّةِ، يفيد مِلكَ عينٍ أو منفعةِ على التأبيد، فدخل بيعُ حقِّ الممرِّ ونحوه)(٤).

<sup>(</sup>١) القائل: سحنون راوي المدونة عن ابن القاسم.

<sup>(</sup>٢) القائل: عبد الرحمن بن القاسم راوي المدونة عن مالك.

<sup>(</sup>٣) المدونة ٣/ ٢٨٩.

<sup>(</sup>٤) مغني المحتاج ٢/٣.

وفي «الروض المربع» -من كتب الحنابلة-: (وهو -أي البيع- مبادلةُ مالٍ ولو في الذِّمَّة، أو منفعة مباحةٍ؛ كمَمَرِّ في دارِ بمثل أحدِهما على التأبيد)(١).

وعلى هذا يكون بيعُ حقِّ الانتفاعِ العقاري من قبيل بيعِ منافعِ العقارِ على سبيل التأبيد؛ إذ كما يجوز بيعُ بعضِ منافع العقارِ، يجوز بيعُ منافعِه كلِّها.

## المطلب الثالث: مِلكيَّةُ الانتفاع ملكيةً كاملةً للعين والمنفعة.

فقد تقدَّم أنَّ بعض القوانين تنظر إلى مالك الانتفاع (Beneficial owner) على أنه هو المالك الحقيقي، وأنَّ تسجيل العقارِ باسم غيرِه على سبيل الحفظِ، وقد يكون تصرُّفُ المنتفعِ بالعين مقيَّدًا أو مشروطًا بموافقة مَن يحتفظ بالسجلِّ العقاري.

وكونُ مالكِ الانتفاعِ غيرَ قادرِ على بيع العقار، أو رهنه، أو هِبَتِه، أو غير ذلك من التصرفات الناقلة للملكية، لا ينفي امتلاكه له، بدليل أنَّ مَن يملك عقارًا مرهونًا لا يملك التصرف فيه تصرفًا ناقلًا للملكية إلَّا بموافقة المرتهن، مع أنه -أي الراهن - هو المالك الحقيقي للعين المرهونة وليس المرتهن، فلم تمنع تلك التقييدات من إثبات ملكيَّة الراهنِ للعين المرهونة، ما دام أنَّ له غُنْمَه وعليه غُرمَه؛ وفي هذا يقول عَلَيْوالصَّلاةُ وَالسَلامُ : «لا يَغْلَقُ الرَّهْنُ مِنْ صَاحِبِهِ الَّذِي رَهَنَهُ، لَهُ غُنْمُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ» (٢٠).

ومالكُ الانتفاعِ قانونًا كالراهن؛ فغُنمُ العقارِ لـه وغُرمُه عليه، وعدمُ قدرتِه على التصرف فيه لا يمنع من الملكية.

# المطلب الرابع: معيار التمييز بين مِلكيَّة الانتفاعِ التي يترتب عليها تملُّكُ العينِ والتي لا يترتب عليها ذلك.

قد يحصل تداخلٌ بين صُورِ تملُّكِ حقِّ الانتفاع، لا سيَّما ما يفيد منها تملك المنتفع لرقبة العقار وما لا يفيد ذلك؛ فمتى يقال: إنَّ الشخصَ يملك العقارَ مِلكًا حقيقيًّا رقبتَه ومنفعته؟ أو أنه يملك الانتفاع به فقط دون الرقبة؟

هنا ينبغي أن نفرق بين القيود والشروط التي تتنافى مع أصلِ الملكِ والقيود التي لا تُنافِيهِ، وبيان ذلك على النحو الآتي:

## الفرع الأول: قيودُ لا تمنع من تحقُّقِ أصلِ الملك.

من الناحية القانونية، تقسم ملكيَّةُ العقارِ إلى ملكيَّةِ تامَّةٍ وملكية ناقصة أو مجزأة، فالملكيَّةُ

<sup>(</sup>١) الروض المربع، ص٢٣٣.

<sup>(</sup>٢) الدارقطني (٢٩٢١)، والحاكم (٢٣١٧)، وابن حبان في صحيحه (٩٣٤).

التامَّةُ هي التي يستجمع فيها المالك السلطات الثلاث، وهي: حق الاستعمال، وحق الاستغلال، وحق الاستغلال، وحق التصرف؛ فإذا تنازل المالكُ عن بعض هذه الحقوقِ لصالح الغير، فتجزأ ملكيته، كأن يتنازل عن حقه في استعمال الشيء أو استغلاله لصاحب حق الانتفاع، فيبقى له عندئذ ملكية الرقبة (١٠).

وكذلك من الناحية الشرعية قد تكون الملكية تامة، بأن يكون للمالك حق الانتفاع والاستغلال والتصرف، وقد تكون الملكيَّةُ ناقصةً ومع ذلك يعدُّ الشخصُ محتفِظًا بأصل الملكيَّةِ، ولا ينافى ذلك تملكه للعقار؛ ومن ذلك:

١ – أن يتنازل عن منفعة العقار للغير، بعوضٍ أو بدون عوض، على سبيل التأقيتِ أو التأبيد،
 كما تقدَّم.

٢- أن يمنع من التصرف في العقار؛ لتعلُّق حقِّ الغير به، مثل أن يكون العقارُ مرهونًا.

٣- أن يمنع من التصرف في العقار بالشرط؛ كأن يشتريَ عقارًا بشرط ألَّا يبيعَه ولا يَهَبَه، أو متى باعه فالبائعُ أحقُّ به بالثمن، ونحو ذلك من الشروط التقييدية التي تُنافي بعضَ مقتضياتِ العقد، ولا تُنافي العقد من أصله؛ وقد اختلف فيها أهلُ العلم على قولين:

القول الأول: أنَّ الشرط فاسدٌ؛ وهذا مذهب الحنفية (٢)، والمالكية (٣)، والشافعية (٤)، والرواية المشهورة عند الحنابلة (٥).

#### واستدلوا بعدة أدلة، منها:

١ - ما رَوَتْ عائشةُ رَضَالِلَهُ عَنْهَا في قصَّة بَريرة؛ أنَّ النبي صَالَلَهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «مَنِ اشْتَرَطَ شَرْطً» لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُو بَاطِلٌ، وَإِنِ كَانَ مِاقَةَ شَرْطٍ» (١)؛ فالنبي صَالَلَتُهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نصَّ على بطلانِ اشتراطِ الولاءِ لغير المعتق، فيُقاس عليه سائرُ الشروطِ؛ لأنها في معناه (٧).

ويناقش: بأنَّ النبي صَالَّلَهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَبطَلَ هذا الشرطَ، لا لأنه ينافي مقتضى العقدِ، بل لأنه يخالِفُ حُكمَ الشرع، بدليل قوله: «لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ»؛ أي في حكمه.

<sup>(</sup>۱) ماهية الملكية العقارية http://sciencesjuridiques.ahlamontada.net/t273-topic.

<sup>(</sup>٢) بدائع الصنائع ٥/ ١٧٠، فتح القدير ٦/ ٧٧، تبيين الحقائق ٤/ ٥٧، رد المحتار ٧/ ٢٨٢.

<sup>(</sup>٣) شرح الخرشي ٥/ ٨٠، مواهب الجليل ٤/ ٣٧٣، الفواكه الدواني ٢/ ٨٩، بلغة السالك ٢/ ٣٥.

<sup>(</sup>٤) الحاوي الكبير ٦/ ٣٨١، المجموع شرح المهذب ٩/ ٣٦٣، نهاية المحتاج ٣/ ٤٥٠، مغني المحتاج ٢/ ٣٨١.

<sup>(</sup>٥) الشرح الكبير على المقنع ١١/ ٢٣٢، الكافي ٣/ ٦٦، كشاف القناع ٤/ ١٤٢٣، التنقيح المشبع، ص١٧٤.

<sup>(</sup>٦) البخاري (٢١٦٨)، ومسلم (١٥٠٤).

<sup>(</sup>V) الشرح الكبير على المقنع 1 1/ ٢٣٢.

ما روى عبدالله بن عمرو رَضَالِتَهُ عَنْهَا؛ أنَّ النبي صَاَّاللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ (نَهَى عَنْ بَيْعِ وَشَرْطٍ)(١).

ووجه الدلالة: أنَّ الحديث نص على بطلان كل بيع وشرط، فيدخل في ذلك الشرط المنافي لمقتضى البيع (٢).

نوقش: بأنه حديثٌ ضعيفٌ لا تقوم به حُجَّةٌ، وبأنه مخالِفٌ للإجماع؛ فقد قال شيخ الإسلام ابنُ تيميَّة مبيِّنًا ضعف الحديث: (وقد أجمع الفقهاء المعروفون من غير خلاف أعلمُه، أنَّ اشتراطَ صفة في المبيع ونحوه كاشتراط العبد كاتبًا، أو صانعًا، أو اشتراط طُولِ الثوبِ، أو قَدْرِ الأرض، ونحو ذلك، شرطٌ صحيح)(٣).

٣- أنَّ عقد البيع يقتضي تصرُّفَ المشتري في مشتراه على أيِّ وجهِ شاء، فالتحجيرُ عليه بألَّا يبيع ولا يَهَبَ، شرطُ مُنافِ لمقتضى عقدِ البيع، فيكون فاسدًا(٤).

وناقش شيخ الإسلام ابن تيمية هذا الاستدلال بقوله: (من قال: هذا الشرط ينافي مقتضى العقد، قيل له: أينافي مقتضى العقد المطلق، أو مقتضى العقد مطلقًا؟ فإن أراد الأول، فكلَّ شرطِ كذلك، وإن أراد الثاني: لم يسلم له، وإنما المحذور أن ينافي مقصود العقد؛ كاشتراط الطلاق في النكاح، أو اشتراط الفسخ في العقد، فأمَّا إذا شرط ما يقصد بالعقد، لم يُنافِ مقصودَه)(٥).

والقول الثاني: أنَّ الشرط صحيح؛ وهو اختيار شيخِ الإسلام ابن تيميَّة (٢)، وابن القيم (٧)، وذكر ابن تيميَّة أنَّ هذا قولُ الإمامِ أحمد، وأنَّ أكثرَ نصوصِه تجري على هذا القول (٨).

#### واستدلوا بما يلي:

١ - قوله عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهمْ»(١).

ووجه الدلالة: أنَّ الحديث عامٌّ، فيدخل فيه هذا الشرطُ.

٢ - قول عَلَيْهِ الضَّلاةُ وَالسَّلامُ: «مَنِ ابْتَاعَ نَخْلًا بَعْدَ أَنْ تُؤَبَّرَ فَثَمَرَتُهَا لِلَّذِي بَاعَهَا، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهَا الْمُبْتَاعُ» (١٠).

<sup>(</sup>١) الطبراني في الأوسط (٤٣٦١)، والحاكم في معرفة علوم الحديث، ص١٢٨.

<sup>(</sup>٢) فتح القدير ٦/ ٧٧. (٣) مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩/ ١٣٢.

<sup>(</sup>٤) البهجة في شرح التحفة ٢/ ١٠. (٥) مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩/ ١٣٨.

<sup>(</sup>٦) مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩/ ١٣٦.

<sup>(</sup>٧) إعلام الموقعين ٣/ ٣٠٢.

<sup>(</sup>A) مجموع فتاوی ابن تیمیة ۲۹/ ۱۳۲.

<sup>(</sup>٩) الترمذي (١٢٧٢)، وأبو داود (٣١٢٠).

<sup>(</sup>۱۰) البخاري (۲۳۷۹)، ومسلم (۱۵٤۳).

حق الانتفاع العقاري (١) \_\_\_\_\_\_

ووجه الدلالة منه: أنَّ هذا الشرطَ خلافُ مقتضى العقدِ المطلَقِ، وقد جوَّزه الشارع(١).

٣- ما رُوي عن ابنِ مسعود رَضَالِلهُ عَنه؛ أنَّه ابتاع جارية من امرأته زينبَ الثَّقفية، واشترطت عليه: إنْ بِعْتَها فهي لي بالثمن الذي تبيعُها به، فسأل عبدُ الله بن مسعودٍ عن ذلك عمرَ بنَ الخطاب، فقال عمر: لا تَقرَبْها ولأحدِ فيها شرطٌ (٢٠).

## ودلالتُه من وجهين:

الأول: أنه قال: (لا تَقْرَبْها)، ولو كان الشرط فاسدًا لم يمنع من قربانها.

والثاني: أنه علَّل ذلك بالشرط، فدلَّ على أنَّ المانع من القربان هو الشرط، وأنَّ وطأها يتضمَّنُ إبطالَ ذلك الشرط؛ لأنها قد تحمَّل، فيمتنع عودُها إليه (٣).

والرَّاجحُ هو القول الثاني؛ لقوَّة أدلَّتِه، وسلامتِها من المناقشة.

وعلى هذا، فمجرَّدُ كونِ الشخصِ ممنوعًا من بيع العقارِ، أو من التصرُّفِ فيه إلَّا بقيوِد، لا يَعني ذلك أنَّه لا يملكه؛ أي أنَّ مِلكيَّةَ حقِّ الانتفاعِ وفقًا لما تقتضيه بعض القوانين -كما سبق- قد تجعل من المنتفِع مالكًا للعين مع كونه مقيَّدًا في التصرف بها، وهو أمرٌ مقبولٌ شرعًا.

# الفرع الثاني: الأوصاف المعتبرة لأصل الملك.

تقدَّم في الفرع السابق بعضُ القيودِ التي لا تمنع من تحقُّقِ أصلِ الملك، وهنا أُبيِّن الأوصافَ التي تُعَدُّ معيارًا لتحقُّق أصل الملكِ من عدمِه، وهما وصفان:

#### الأول: الضمان.

والمقصود بذلك ضمانُ تلفِ العقارِ أو نقصانِ قيمتِه، وتحمل المسؤوليَّةِ عن ذلك؛ فهذا الوصفُ مُلازِمٌ حتمًا للمِلكيَّة لا ينفكُّ عنها، وهو الحدُّ الأدنى من الملكية، وبدونه تكون الملكيَّةُ صوريَّةً لا حقيقيَّةً.

# والثاني: الأحقيَّةُ بالثمن عند بيع العقار.

فالمستحِقُّ للثمن عند بيع العقارِ هو المالك له حقيقةً، بصَرْفِ النَّظرِ عمَّن يسجَّلُ العقارَ باسمه، فلو كان العقار مسجَّلًا باسم غيرِ مالكِ حقِّ الانتفاع، إلَّا أنَّ العُرف أو الشرط أو القانون يقتضي أنه عند البيع يكون ثمنُه لمالك حقِّ الانتفاع، فمِلكُ العينِ حقيقةً لمالك حقِّ الانتفاع وليس

<sup>(</sup>١) إعلام الموقعين ٣/ ٣٠١.

<sup>(</sup>٢) أخرجه مالك في الموطأ ٦/ ١٢٨، والبيهقي ٥/ ٣٣٦.

<sup>(</sup>٣) تهذيب السنن ٥/ ١٤٥، مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩/ ١٣٦.

لمن يحتفظ بالسجلِّ العقاري؛ أي أنَّ مالكَ حقِّ الانتفاعِ يملك العينَ والرقبةَ.

والأصل في هذين الوصفَين قوله عَلَيْهِ الصَّلَاهُ وَالسَّلَامُ في الحديث السابق: «لَا يَغْلَقُ الرَّهْنُ مِنْ صَاحِبِهِ الَّذِي رَهَنَهُ، لَهُ غُنْمُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ» (١٠). فدلَّ الحديثُ على أنَّ استحقاق الغُنم وتحمُّل الغرمِ دليلُ المِلكيَّةِ، وأنَّ الملكيَّة تقتضي استحقاقَ الغُنمِ وتحمُّلَ الغُرمِ؛ وكذا قوله عَلَيْهِ الصَّلَامُ: «الْخَرَاجُ بِالضَّمَانِ» (١٠). فمالكُ العين يتحمَّلُ ضمانَها، وفي مقابل ذلك يستحقً خَرَاجَها.

010010010

<sup>(</sup>١) الدارقطني (٢٩٢١)، والحاكم (٢٣١٧)، وابن حبان في صحيحه (٩٣٤).

<sup>(</sup>٢) أبو داود (٣٥٠٨)، والترمذي (١٢٨٥)، والنسائي (٤٤٩٠)، وابن ماجه (٢٢٤٣).

# المبحث الثيَّ الثُّ

# المعاوضة على حق الانتفاع العقاري

المعاوضة على حق الانتفاع لها صورتان، على النحو الآتي:

### المطلب الأول: المعاوضة على سبيل التأقيت.

وذلك بأن يتنازل مالكُ العقارِ عن منفعته مدَّةً معلومة؛ فالعقدُ هنا يأخذ حُكمَ الإجارة؛ سواءٌ طالت المدَّةُ أم قَصُرَت، قال في «الروض المربع»: (وإنْ أجَّر الدارَ ونحوَها -كالأرض- مُدَّةً معلومةً ولو طويلة، يغلب على الظن بقاءُ العينِ فيها، صحَّ، ولو ظنَّ عدمَ العاقد فيها)(١).

وعلى هذا، فما يُعرَف في بعض القوانين بــ(Lease) وتَعني التنازلَ عن حقِّ الانتفاع بالعقار مدَّةً طويلةً قد تمتدُّ لعشـرات السـنين (٢٠)، تُعَدُّ من الناحية الشرعية عقدَ إجارةٍ وليست بيعًا؛ لأنَّ العقدَ فيها مؤقَّتُ وليس مؤبَّدًا، وتَسْري عليها أحكامُ الإجارةِ وليس البيع.

وفي هذه المعاوضة يجوز للمستأجر أن ينتفع من العين المؤجَّرةِ بنفسه، أو يؤجِّرُها أو يُعِيرُها لمن يقوم مقامَه في الانتفاع أو دونه؛ لأنَّ المنفعة مملوكةٌ له، فيجوز أن يستوفِيَها بنفسه ونائبه؛ وذلك سرْ, طَنْ:

الأول: أن يكون المنتفِعُ الثاني دونه في الضرر؛ لأنه لا يملك أن يستوفيَه بنفسه، فبنائبه أولى (٣).

والثاني: ألَّا يكون المؤجِّر قد شرط عليه ألَّا يؤجِّرَها أو يُعِيرَها لغيره.

وقد اختلف أهلُ العلمِ في هذا الشرطِ؛ والصحيحُ جوازُه ولزومه، وقد سبق بيانُ الخلافِ في مثل هذا النوع من الشروط التي قد تُنافي بعضَ مقتضياتِ العقدِ.

# المطلب الثاني: المعاوضة على سبيل التأبيد.

وهـذه المعاوضة تأخـذ حُكمَ البيعِ، فإذا كان تملُّكُ حتِّ الانتفاع يفيـد تملُّكَ العينِ والمنفعةِ

<sup>(</sup>١) الروض المربع، ص٢٠٦.

http://www.investopedia.com/terms/l/lease.asp#axzz1dVNb4rJd : ينظر (۲) http://dictionary.reference.com/browse/lease

<sup>(</sup>٣) الروض المربع، ص٢٠٦.

كما سبق في الصورة الثالثة من صُورِه في القانون، فلا إشكالَ في البيع، وأمَّا في الحال التي يُباع فيها حتُّ الانتفاع دون الرقبةِ، فقد اختلف أهلُ العلم في ذلك على قولين:

القول الأول: عدمُ صحَّةِ بيعِ حقِّ الانتفاعِ وغيره من الحقوق المجرَّدةِ عن الأعيان؛ وهذا هو المشهور في المذهب الحنفي.

قال السرخسي: (بيعُ الشِّربِ فاسدٌ؛ فإنه من حقوق المبيع بمنزلة الأوصاف، فلا ينفرد بالبيع، ثم هو مجهول في نفسه، غيرُ مقدورِ التسليم؛ لأنَّ البائع لا يَدري أَيَجري الماءُ أم لا، وليس في وُسعِه إجراؤه. قال: وكان شيخنا الإمام يحكي عن أستاذه أنه كان يُفتي بجواز بيعِ الشَّربِ بدون الأرضِ، ويقول: فيه عرفٌ ظاهر في ديارنا بنسَف؛ فإنهم يَبيعون الماءَ، فللْعُرفِ الظاهرِ كان يُفتي بجوازه، ولكنَّ العُرفَ إنما يُعتبر فيما لا نَصَّ بخلافه، والنَّهيُ عن بيع الغررِ نصُّ بخلاف هذا العُرف، فلا يُعتبر)(١).

وقال ملا خسرو: (ولا يجوز بيعُ مسيل الماء وهبتُه، ولا بيعُ الطريق بدون الأرض، وكذلك بيعُ الشِّرب، وقال مشايخ بَلْخ: جائز)(٢٠).

وعلى مثل هذا نصَّ ابنُ نُجيم بقوله: (وفي «الخانية»: ولا يجوز بيعُ مسيلِ الماءِ وهِبَتُه، ولا بيعُ الطريقِ بدون الأرض، وكذلك بيعُ الشِّربِ، وقال مشايخ بَلْخ: بيع الشرب جائز)(٣).

فجمهور الحنفية لا يرون صحة بيع حقّ الانتفاع بالعقار مجرَّدًا عن الرقبة، واعتبروا عملَ أهلِ نَسَف وبلخ من قبيل العُرفِ الخاص، ولا يكون حجةً؛ قال أبو زهرة: (وأهل الرأي الأول - القائلون بعدم صحة حقّ الشّربِ عيردُّون كلَّ هذا، فيُنكِرون أن يكون تعاملُ أهلِ مدينة مسوِّغًا لمخالفة القياس، إنما العُرفُ المسوِّغُ لمخالفة القياسِ هو عرفُ جميع الناس أو المسلمين، حتى يكون قريبًا من الإجماع؛ كالمال في الاستصناع، والسَّلَم، والإجارة في نظر الحنفية)(1).

القول الثاني: صحة بيع حقّ الانتفاع بالعقار مجرَّدًا عن رقبته؛ وهذا ما عليه جمهورُ الفقهاءِ من المالكيَّةِ والشافعيَّةِ والحنابلة.

ففي «شرح الزرقاني على الموطأ» في أول كتاب البيوع: (كتاب البيوع... وجمع لاختلاف أنواعه؛ كبيع العين، وبيع الدين، وبيع المنفعة) (٥٠)، وسبق نقل كلام الإمام مالك في «المدونة».

وفي «حاشية الرشيدي الشافعي على نهاية المحتاج»: (وقد سَلِمَ من جميع هذه الإيراداتِ قولُ بعضِهم: عقد معاوضة ماليَّةٍ، تفيد ملكَ عينِ أو منفعةٍ على التأبيد)(١).

<sup>(</sup>۱) المبسوط ۱۲/ ۱۳۵ – ۱۳۲. (۲) درر الحكام ۲/۱۷۳.

 <sup>(</sup>٣) البحر الرائق ٥/ ٢٩٦.
 (٤) الملكية ونظرية العقد، ص١٠٨.

<sup>(</sup>٥) شرح الزرقاني على الموطأ ٣/ ٢٩٧. (٦) نهاية المحتاج ٣/ ٣٧٢.

وفي «الإنصاف»: (وقال في «الوجيز»: هو عبارة عن تمليك عينٍ ماليَّةٍ، أو منفعةٍ مباحةٍ على التأبيد، بعوض مالي)(١٠).

وسببُ اختلافِهم في ذلك هو اختلافُهم في ضابط المال، وهل تُعَدُّ المنافع أموالًا أم لا؟ ولهم في ذلك اتجاهان:

#### الاتجاه الأول: للحنفيَّةِ:

قال ابن عابدين في تعريف المال: (المراد بالمال: ما يميل إليه الطبع، ويمكن ادِّخارُه لوقت الحاجة، والماليَّةُ تثبت بها، وبإباحة الانتفاع به شرعًا)(٣).

#### فالمال عند الحنفية ما جَمَعَ صفتين:

الأولى: العينيَّة؛ أي أن يكون الشيء عينًا، أي له وجودٌ في الخارج، وهـذا يؤخذ من قوله: (ويمكن ادِّخارُه لوقت الحاجة). فخرج بذلك المنافع فهي ليست أموالًا بذاتها، ولكن تكون أموالًا متقوِّمةً في عقد الإجارة، خلافًا للقياس بشرط ألَّا تنفصل عن العين المؤجَّرة.

والثانية: التمول؛ وذلك بأن تجري عادةُ الناسِ كلِّهم أو بعضِهم على تموُّلِ تلك العينِ وحيازتها(٤).

# والاتجاه الثاني: للجمهور من المالكية (٥)، والشافعية (٢)، والحنابلة (٧):

فعرَّفه الشاطبي بأنه: (ما يقع عليه الملكُ، ويستبد به المالك عن غيره إذا أخذ من وجهه) (^^. وقال الشافعي في تعريف المال: (ما له قيمةٌ يُباع بها، وتلزم مُتلِفَه وإن قَلَّت) (١٠). وقال ابنُ قدامة:

الإنصاف ١١/٧.

<sup>(</sup>٢) يقسم الحنفية المال إلى قسمين؛ الأول: مال متقوِّم، وهو ما يمكن ادِّخارُه، ويباح الانتفاعُ به شرعًا في حال السعة السعة والاختيار، والثاني: مالٌ غيرُ متقوِّم، وهو ما يمكن ادِّخارُه، ولا يُباح الانتفاعُ به شرعًا في حال السعة والاختيار. قال ابن عابدين في حاشيته ٤/ ١٠٥: (وحاصلُه: أنَّ المال أعمُّ من المتقوم؛ لأنَّ المال مما يمكن ادِّخارُه ولو غيرَ مباح؛ كالخمر. والمتقوم: ما يمكن ادِّخارُه مع الإباحة، فالخمر مالٌ لا متقوم).

 <sup>(</sup>۳) رد المحتار ٤/ ٥٠١.

<sup>(</sup>٤) ينظر: المبسوط ١١/ ٧٩، الهداية ٤/ ٣٤٥، بدائع الصنائع ٧/ ١٦٠، تبيين الحقائق ٥/ ٢٣٤.

<sup>(</sup>٥) شرح الخرشي ٦/ ١٣٧، حاشية الدسوقي ٣/ ٤٤٢، بلغة السالك ٢/ ٢٠٩.

<sup>(</sup>٦) الحاوي الكبير ٧/ ١٦١، روضة الطالبين ٥/ ١٣، المنثور ٣/ ١٩٧، مغني المحتاج ٢/ ٢، ٢٨٦.

 <sup>(</sup>۷) كشاف القناع ٤/ ١١٢، منتهى الإرادات ١/ ٥٠٨.

<sup>(</sup>۸) الموافقات ۲/ ۳۲.

<sup>(</sup>٩) نقله السيوطي في الأشباه والنظائر، ص٣٢٧.

(هو ما فيه منفعةٌ مباحةٌ لغير ضرورةٍ)(١). أي أنَّ المالَ عند الجمهور يشمل كلَّ ما له قيمةٌ بين الناس، وهذه القيمةُ متأتِّيةٌ من أنَّ هذا الشيءَ يُنتفع به انتفاعًا مباحًا؛ فيدخل في ذلك الأعيانُ والمنافع.

## والاتجاه الثاني هو الأرجح؛ لما يلي:

١ - أنَّ الشارع قد سوَّغ أن تكون المنفعةُ مهرًا في النكاح (٢١)، والمهرُ يجب أن يكون مالًا؟ لقوله تعالى: ﴿ وَأُحِلَّ لَكُمْ مَّا وَرَلَةَ ذَلِكُمْ أَن تَبْتَغُواْ بِأَمْوَلِكُم تُعْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ ﴾ (٣٠).

٢- أنَّ قَصْرَ المالِ على الأشياء العينية، ليس عليه دليلٌ في الشرع.

٣- التعريف اللُّغوي للمال يؤيِّدُ اتجاهَ الجمهور.

٤ - أنَّ العُرفَ جارٍ باعتبار ماليَّةِ الأشياءِ غيرِ العينيَّةِ؛ كبعض المنافعِ والحقوق، ومن المقرَّرِ أنَّ ما لم يَردْ تحديدُه في الشرع، فمَرَدُّه للعُرفِ(٤).

وعلى هذا، يجوز لمالك العينِ أن يبيع حقَّ الانتفاعِ لغيره، ويحتفظَ برقبةِ العين، ويجوز لمن اشترى حقَّ الانتفاعِ أن يبيعه لغيره؛ لأنَّه ملكه، والله أعلم.

010010010

<sup>(</sup>١) المقنع، ص١٥٢.

<sup>(</sup>٢) وذلك في قوله عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «زَوَّجْتُكُهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ». البخاري (٢٩٥٥)، ومسلم (١٤٢٥).

<sup>(</sup>٣) سورة النساء، الآية: ٢٤.

<sup>(</sup>٤) ينظر: الملكية، لأبي زهرة، ص٥٦، المدخل إلى نظرية الالتزام، ص٢١٦.

# المبحث السيابع

# تطبيقات لحق الانتفاع العقاري في عقود التمويل

سأذكر في هذا المبحث -بعون الله- بعضَ التطبيقاتِ للمعاوضة على حقِّ الانتفاع العقاري في عقود التمويل المصرفي، مع بيانِ حُكم كلِّ منها:

المطلب الأول: بيع حقّ الانتفاع العقاري، مع وعدٍ من البائع بالشراء بالقيمة الاسمية.

## الفرع الأول: تصوير المسألة.

صورة هذه المسألة أن تحتاج شركة للتمويل فتعمد إلى أصول عقارية مملوكة لها ومؤجرة للغير، فتبيع حق الانتفاع لبنكِ بثمنِ نقدي، باعتبار أنَّ هذا الحقَّ يختلف حقيقة وحُكمًا وأجَلَا عن المنفعة المملوكة للمستأجر، وتلتزم الشركة التزامًا من طَرَفٍ واحدِ بشراء هذا الحقِّ بعد مدَّةٍ محدَّدةٍ بقيمته الاسمية.

وقد تُستخدم هذه الطريقةُ في التَّصكيكِ؛ بأن يبيع مُصدِرُ الصكوكِ لحَمَلَةِ الصكوكِ حقَّ الانتفاع بأصولٍ مؤجَّرةٍ، ويلتزم بشرائه منهم بقيمته الاسميَّةِ.

## الفرع الثاني: الحكم الشرعي.

الأظهر هو حُرمةُ هذا النوع من التمويل؛ لأمرين:

الأول: أنَّ بيع حقِّ الانتفاعِ وحدَه دون الأصلِ، مع كون الأصلِ مؤجَّرًا للغير، يدخل في بيع ما لا يُملَك، فالبيعُ صُورِيُّ وليس حقيقيًّا في واقع الأمرِ.

والثاني: أنَّ هذا من بيع الوفاء، وهو البيع بشرطِ أنَّ البائع متى ردَّ الثمن، يرد المشتري المبيع إليه (١).

وقد اختلف فيه أهل العلم:

فذهب بعضُ متأخِّري الحنفية والشافعية إلى أنَّ بيعَ الوفاءِ جائزٌ، مفيدٌ لبعض أحكامِه من حِلِّ الانتفاعِ به، إلَّا أنَّ المشتريَ لا يملك بيعَه.

<sup>(</sup>١) تبيين الحقائق ٥/ ١٨٤، البحر الرائق ٦/٨.

وحُجَّتُهم: أنَّ الناس تعارفوا عليه وتعاملوا به لحاجتهم إليه؛ فرارًا من الربا، فيكون صحيحًا وإن كان مخالفًا للقواعد؛ لأنَّ القواعد تُترك بالتعامل(١٠).

وذهب المالكيَّةُ والحنابلة ومتقدِّمُو الحنفية والشافعية إلى أنه بيعٌ فاسد؛ لأنَّ اشتراطَ البائع أَخْذَ المبيع إذا ردَّ الثمن إلى المشتري شرطٌ يخالف مقتضى العقدِ، ولأنَّ البيع بهذا الشرطِ لا يُراد منه انتقال الملك حقيقةً، وإنما يُقصَد منه الرِّبا المحرَّم، وهو إعطاءُ المالِ إلى أَجَلٍ، ومنفعةُ المبيع هي الربح، فهو في حقيقته قرضٌ بعوض (٢).

والراجح هول القول الثاني: لأنَّ حقيقته قرضٌ وليس بيعًا، والعينُ رهنُ بيد المشتري، فلا يملك بيعَها ولا الانتفاع بها، ولو شَرَطَ الانتفاع صار قرضًا جَرَّ نفعًا، فيحرم لذلك؛ إذ العبرةُ في العقود بمعانيها وحقائقِها لا بألفاظها(٣).

# المطلب الثاني: تملك حملة الصكوك حق الانتفاع بالأصول دون الملكية الرسمية (الوثائق).

### الفرع الأول: تصوير المسألة.

في كثير من الصكوك الإسلامية ينصُّ في نشرة إصدار الصكوك بأنَّ مِلكيَّة حملة الصكوك للأصول للأصول محل التصكيك، هي ملكية حقِّ انتفاع (Beneficial ownership) ولا تسجل الأصول باسمهم، وإنما تبقى باسم المصدر، أو تكون مسجَّلةً باسم جهة حفظ أو أمين لتلك الوثائق، فهل يعني ذلك أنَّ حَمَلَة الصكوكِ لا يملكون تلك الأصول حقيقة، وأنَّ مِلكيَّة ملها إنما هي ملكيَّة صُوريَّة، وأنَّ ما يثبت لهم على المصدر إنما هو دَينٌ في ذِمَّتِه؟

### الفرع الثاني: الحكم الشرعي.

تقدَّم معنا أنَّ مِلكيَّةَ حقِّ الانتفاع وفقًا للقانون الإنجليزي وكذا الأمريكي، تَعني مِلكيَّةَ كلِّ الحقوقِ المتعلقة بالعين، وتحمل المسؤولية كاملة عنها، وأن تسجيلها باسم الأمين أو الحافظ لغرض التوثيق أو تسهيل الإجراءات، وأن المالك الحقيقي هو مالك الانتفاع (ownership)، وعلى هذا فوصف هذه الملكية بأنها مِلكيَّةُ انتفاعٍ، لا تَعني بالضرورة انتفاءَ ملكيَّة الرقبة عن حملة الصكوك.

ويجب النظرُ في هذه الحال إلى الأوصاف والشروط التي تفيد الملكية من عدمها، وقد سبق أنهما وصفان:

<sup>(</sup>۱) البحر الرائق ٦/٨، رد المحتار ٥/ ٢٨٠.

<sup>(</sup>٢) رد المحتار ٥/ ٢٨٠، مواهب الجليل ٤/ ٣٧٣، نهاية المحتاج ٣/ ٤٣٣، كشاف القناع ٣/ ١٤٩.

<sup>(</sup>٣) ينظر: تبيين الحقائق ٥/ ١٨٤، رد المحتار ٥/ ٢٨٠، كشاف القناع ٣/ ١٤٩.

الأول: الضمان؛ أي ضمان تلف العقار أو نقصان قيمتِه، وتحمُّل تبعاتِ ذلك، فهذا الوصف ملازِمٌ حتمًا للمِلكيَّة لا ينفكُ عنها، وهو الحدُّ الأدنى من الملكيَّة، وبدونه تكون الملكيَّةُ صُوريَّةً لا حققيَّة.

والثاني: الأحقية بالثمن عند بيع العقار؛ فالمستحِقُّ للثمنِ عند بيع العقار هو المالك حقيقة له، بصَرْفِ النَّظَر عمَّن يسجَّلُ العقارُ باسمه، فلو كان العقار مسجَّلًا باسم غيرِ مالكِ حقِّ الانتفاع، الانتفاع، ولل أنَّ العُرف أو الشرط أو القانون يقتضي أنه عند البيع يكون ثمنُه لمالكِ حقِّ الانتفاع، فملكُ العينِ حقيقةً لمالك حقِّ الانتفاع، وليس لمن يحتفظ بالسجلِّ العقاري.

وعلى هذا، فإذا كان حَمَلَةُ الصكوكِ يتحمَّلون المسؤوليَّة في حال هلاك الأصولِ محلِّ التصكيك، ويستحِقُّون الثمنَ في حال بيعِها، فمِلكِيَّتُهم لتلك الأصولِ تعدُّ مِلكيَّةً حقيقيَّةً ولو لم تسجَّل الأصولُ باسمِهم، أو بقيت باسم المُصدِرِ.

وما عدا هذين الوصفين من التَّقييدات لا يمنع مِن تحقُّقِ الملكِ، فلو كانت نشرةُ الصكوكِ تقيِّد حملةَ الصكوكِ أو وكيلَهم في بيع تلك الأصولِ أو تأجيرِها، أو غير ذلك من التصرُّ فاتِ، فهذه التقييداتُ لا تَنفي أصلَ الملكِ ما دام الوصفانِ الأوَّلانِ متحقِّقَين؛ لما سبق ترجيحُه من جواز الشروطِ التي قد تُنافي بعضَ مقتضى العقدِ، ولا تنافيهِ من أصله أو تنافي المقصودَ منه.

ولذا أرى لزامًا أن يُنصَّ في وثائق الصكوكِ على تحمُّلِ حملةِ الصكوك لضمان تلفِ الأصول، واستحقاقِهم للثمن عند بيعها، سواءٌ بِيعت على المصدر أو غيره؛ وذلك لتأكيد تملُّكِهم للأصول.

ولدفع التوهُّمِ، من الضروري أن يُبيَّن في الوثائق معنى مِلكيَّةِ حقِّ الانتفاع (Beneficial)، وأنَّ المراد منها تملُّكُ العينِ والمنفعةِ، وأنَّ احتفاظ المصدرِ أو الأمين بالسجلِّ الرسمي (Legal ownership) لا يَعني تملُّكُه لها.

# المطلب الثالث: تداوُل صكوك حقِّ الانتفاع العقاري في الأسواق المالية.

#### الفرع الأول: تصوير المسألة.

قد يكون ما تمثُّلُه الصكوكُ حقَّ انتفاع عقاريٍّ؛ بأن يبيع المُصدِر حقَّ الانتفاعِ لحَمَلَةِ الصكوكِ دون الرقبة، وقد يبيع الأمرَيْن معًا، العينَ والمنفعةَ؛ لأَجْلِ التَّصكيكِ.

#### الفرع الثاني: الحكم الشرعي.

الأصل هو جوازُ تداوُلِ الصكوك، سواءٌ أكانت تمثّل أعيانًا بمنافعها، أو كانت تمثّل المنافع فقط دون الأعيان، بناءً على قول الجمهورِ الذي سبق ترجيحُه، وهو جوازُ المعاوضةِ على الحقوق والمنافع المجرَّدةِ عن الأعيان. وفي نَصِّ المعيار الشرعي: (يجوز تداولُ الصكوكِ واستردادُها إذا كانت تمثَّلُ حصَّةً شائعة في مِلكيَّةٍ موجوداتٍ من أعيانٍ، أو منافعَ، أو خدماتٍ، بعد قَفْلِ باب الاكتتابِ وتخصيصِ الصكوك وبدء النشاط، أمَّا قبلَ بدءِ النشاط؛ فتراعى الضوابطُ الشرعيَّةُ لعَقْدِ الصرف، كما تراعى أحكامُ الديونِ إذا تمَّت التصفيةُ وكانت الموجودات ديونًا، أو تَمَّ بيعُ ما تمثَّلُه الصكوكُ بثمنِ مؤجَّل)(١).

على أنه إذا كانت الأصولُ مؤجَّرة فيُمنع بيعُ حقِّ الانتفاعِ المجرَّدِ عن الأصل، ويُمنع تداولُ الصكوك؛ لأنَّ المبيع حقيقة هو الأُجرةُ المستحَقَّةُ في ذِمَّةِ المستأجِرِ، وأمَّا المنفعةُ فهي مملوكة للمستأجِر وخرجت عن مِلك المؤجر.

ونص المعيار الشرعي: (يجوز تداولُ صكوكِ ملكيَّةِ منافعِ الأعيان المعيَّنةِ قبل إعادةِ إجارةِ تلك الأعيان، فإذا أُعيدت الإجارةُ كان الصكُّ ممثلًا للأجرة، وهي حينئذِ دين في ذِمَّةِ المستأجِرِ الثاني، فيخضع التداول حينئذِ لأحكامِ وضوابطِ التصرُّفِ في الديون)(٢).

المطلب الرابع: بيع حق الانتفاع ثم استئجاره ممن اشتراه إيجارًا منتهيًا بالتمليك. الفرع الأول: تصوير المسألة.

قد تتمُّ عمليَّةُ التمويلِ بـأن يبيع المتمـوِّلُ حقَّ الانتفـاعِ العقاري، ثم يُبـرِم عقدَ إيجـارٍ مُنتَهِ بالتمليك مع المشتري.

ويحدث مثلُ ذلك في الصكوك؛ بأن يبيع المصدر حتَّ الانتفاعِ لحَمَلَةِ الصكوكِ، ثم يستأجرَه منهم إجارةً منتهيةً بالتَّمليك.

## الفرع الثاني: الحكم الشرعي.

لا تخلو هذه المسألة من حالتين:

الحال الأولى: إذا كان تملُّكُ حقِّ الانتفاعِ يترتب عليه تملُّكُ العينِ والمنفعةِ -كما سبق-فهذه مسألةُ إجارةِ العينِ لمن باعها، وهي تُشبِهُ مسألةَ عكس العينة؛ وعكسُ العِينةِ: أن يشتريَ سلعةً نقدًا، ثم يبيعها بالأَجَل على مَن اشتُرِيَت منه بثمنِ أعلى. وقد ذهب جمهور أهل العلم إلى تحريمها<sup>(٣)</sup>.

والفرق بين مسألة عكس العينة وهذه المسألة، أنَّ العقد الثاني في عكس العينة بيعٌ آجِل،

<sup>(</sup>١) المعايير الشرعية: معيار صكوك الاستثمار، فقرة ٥/ ٢/ ١، ص٤٧٩.

<sup>(</sup>٢) المعايير الشرعية: معيار صكوك الاستثمار، فقرة ٥/ ٢/٢، ص٤٨٠.

<sup>(</sup>٣) حاشية الدسوقي ٣/ ٨٨، بلغة السالك ٢/ ٤٧، المغنى ٦/ ٢٦٣، تهذيب السنن ٥/ ١٠٧.

ولذا لا تبقى العينُ في ضمان المموِّلِ (المشتري الأول) إلَّا لفترةٍ قصيرة، وهي فترة ما بين العقدين، بينما العقد لل المعتبين العقد لل العين في ضمان المؤجِّرِ (الممول) طيلة فترةِ الإجارة.

ولـذا اختلـف العلماء المعاصرون في حُكمِ إجارةِ العينِ لمن باعهـا إجارةً منتهيةً بالتمليك، وهل تلحق بمسألة عكس العِينةِ؟

والأظهر: أنه إذا كان التمليكُ بالقيمة السوقية عند التمليك، أو بما يتَّفق عليه العاقدانِ عند التمليك، فتصحُّ، أمَّا إذا كان بقيمةٍ محدَّدةٍ سلفًا، فيُنظر:

أ- فإن كانت تتغير صفةُ العينِ أو قيمتُها بين عقد الإجارة وموعد التمليك، فتصحُّ؛ فقد نصَّ أهلُ العلمِ في بيع العِينةِ على أنه إذا تغيَّرت صفةُ العينِ أو قيمتُها، فليس من العِينة (۱). ويجب مراعاةُ ضوابطِ التأجير المنتهي بالتمليك، بحيث يكون التأجيرُ حقيقيًّا لا صوريًّا، وأن يكون ضمانُ العينِ المؤجَّر وليس على المستأجر، وأن يكون التمليكُ على سبيل المؤجِّر وليس على المعلقة، ولا يجوز أن يكون بيعًا معلَّقًا.

ب- أمَّا إذا كانت العينُ بحالها لا تتغير، فلا تصحُّ؛ لأنها حيلةٌ على التمويل الربوي(٢).

الحال الثانية: أن يكون تملُّكُ حقِّ الانتفاعِ مجرَّدًا عن العين، فهذه من إجارة الحقوقِ والمنافع، فقد يقال بالجواز؛ بناءً على جواز إجارةِ المنفعةِ؛ فقد نَصَّ أهلُ العلمِ على جواز إجارةِ المستأجِرِ لغيره، فإذا جاز ذلك لمن مَلكَ المنفعة بعقد إجارةٍ، فيجوز لمن مَلكَها بعقدِ شراءِ من بال أولى.

وقد يقال بعدم الجواز إذا كان التمليكُ اللَّاحقُ بثمنٍ محدَّدٍ، وهذا هو الغالب؛ لأنَّ الحقَّ هنا لا تتغيَّر صفتُه ولا قيمتُه، فيكون من عكس العِينةِ، والله أعلم.

والحمد لله ربِّ العالمين، وصلى الله وسلم على نبيِّنا محمدٍ، وعلى آله وصحبه أجمعين.



<sup>(</sup>۱) الإنصاف ۱۱/ ۱۹٤، شرح المنتهى ۱۸۸/۲.

<sup>(</sup>٢) المعايير الشرعية: معيار الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك.



# حق الانتفاع العقاري (٢)

بحث مقدم إلى المؤتمر الفقهي الخامس للمؤسسات المالية الإسلامية عام ١٤٣٥هـ ٢٠١٣م





الحمد لله، والصلاة والسلام على رسول الله صَرَّاللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ.

أمًّا بعدُ:

فاستكمالًا لما كتبتُه سلفًا عن حق الانتفاع العقاري، أقدِّم هذه الدراسةَ التي تركز على مقارنة بين القوانين المعاصرةِ في حقِّ الانتفاع العقاري، وبعض الجوانب التطبيقيَّةِ لهذا الحقِّ.

وقد قسمت هذه الدراسة إلى تمهيد ومبحثين:

التمهيد: التعريف بحقِّ الانتفاع العقاري.

المبحث الأول: مسائلُ في حقِّ الانتفاع العقاري بين الفقه والقانون.

المبحث الثاني: تطبيقات حقِّ الانتفاعِ العقاري في التمويل الإسلامي.

أسأل الله العون والتوفيق والسداد.

0,00,00,0



# تمهيشر

# التعريف بحقِّ الانتفاع العقاري

#### المطلب الأول: التعريف بالمفردات.

الحق في اللغة: مصدر حقَّ الشيءُ يَحِقُّ ويَحُق حَقًّا وحُقُوقًا، وقد استُعمل في اللغة لعِدَّةِ معانِ؛ كالواجب، والأمر الثابت الموجود، والملك والمال، والاختصاص بالشيء من غير مشاركةٍ؛ يقال: فلانٌ أحقُّ بماله؛ أي: لاحقَّ لغيره فيه (١).

وفي الاصطلاح الشرعي: عرَّفه الشيخ مصطفى الزرقا رَحَمَهُ اللَّهُ بقوله: (الحق: اختصاصٌ يُقرِّرُ به الشرعُ سُلطةً أو تكليفًا) (٢). وهو من أدقِّ تعريفات الحقِّ، وأقربها بيانًا لجوهره.

والانتفاع في اللغة: مصدر انتفع، من النفع، وهو الخير وما يتوصل به الإنسان إلى مطلوبه، وهو ضد الشر، والانتفاع: الوصول إلى المنفعة (٣).

واصطلاحًا: (هو: حتُّ المنتفِعِ في استعمال العينِ واستغلالها ما دامت قائمةً على حالها، وإن لم تكن رقبتُها مملوكةً)(٤).

والعقار في اللغة: يُطلَق على ما له صفةُ الثبوتِ والدَّوام؛ كالأرض، والمسكن. قال ابن فارس: (العين والقاف والراء: أصلانِ متباعدٌ ما بينهما، وكلُّ واحدِ منهما مُطَّرِدٌ في معناه، جامع لمعاني فروعه، فالأول: الجرح أو ما يشبه الجرح... والثاني: دالُّ على ثباتٍ ودوام)(٥).

# المطلب الثاني: التعريف بحق الانتفاع العقاري مركبًا.

#### الفرع الأول: تعريفه مركبًا في الاصطلاح الفقهي.

من خلال ما تقدَّم، يمكن أن نُعرِّف حقَّ الانتفاع العقاري في الاصطلاح الفقهي بأنه: حقُّ الشخص في الحصول على منفعةِ العقار.

<sup>(</sup>١) تهذيب اللغة ٣/ ٢٤١، تاج العروس ٢٥/ ١٦٦، المعجم الوسيط ١/ ١٨٧.

<sup>(</sup>٢) المدخل الفقهي ٣/ ١٠.

<sup>(</sup>٣) لسان العرب ٨/ ٣٥٨، المصباح المنير، ص٣١٨.

<sup>(</sup>٤) مرشد الحيران: المادة (١٣).

<sup>(</sup>٥) معجم مقاييس اللغة، ص٥٥٥، وينظر: لسان العرب ٩/ ٣١٦، المصباح المنير، ص٣٤٣.

ومن الجليِّ أنَّ الفقهاء يفرِّقون بين مِلكيَّةِ عينِ العقارِ واستحقاق الانتفاع بـه، فمَن له حقُّ الانتفاع بالعقار، ليس بالضرورة أن يكون مالكًا له إذا لم يملك رقبتَه.

# وتملُّكُ حتِّ الانتفاع في الفقه، يكون بإحدى طريقتين:

الأولى: أن يكون على سبيل التأقيت، وقد يكون ذلك بعقد معاوضة كالإجارة، أو بعقد تبرُّع كالعارية، أو بالإباحة مثل أن يسبق إلى مرفق عام -كمكان جلوس عام- فينتفع به مدَّةً.

والثانية: أن يكون على سبيل التأبيد؛ بأن يبيع مالكُ العقارِ حقَّ الانتفاع كلَّه أو بعضه؛ كحق المرور، أو المسيل ونحوه، مع احتفاظه بالرقبة، فتكون الرقبة مِلكًا للبائع وحق الانتفاع ملكًا للمشتري على سبيل التأبيد، وهو جائز عند جمهور الفقهاء، خلافًا للحنفية؛ جاء في «المدونة»: (قلت (۱): أرأيت إن بِعتُ شِرْبَ يوم، أيجوز ذلك أم لا؟ قال (۲): قال مالك: ذلك جائزٌ، قلت: فإن بعتُ حظّي بِعتُ أصلَه من الشِّرب، وإنما لي فيه يومٌ من اثني عشر يومًا، أيجوز ذلك في قول مالك؟ قال: نعم، قلت: فإن لم أبع أصلَه ولكن جعلتُ أبيعُ منه السَّقْيَ، إذا جاء يومي بعتُ ما صار لي من الماء ممن يَسقِي به، أيجوز ذلك في قول مالك؟ قال: نعم) (۱).

وعرَّف الشربيني -من فقهاء الشافعية - البيعَ بأنه: (مقابلةُ مالٍ بمال على وجهٍ مخصوص، ثم قال: وحدَّهُ بعضُهم بأنه: عقدُ معاوضةِ ماليَّةِ، يفيد مِلكَ عينٍ أو منفعة على التأبيد، فدخل بيعُ حقِّ الممرِّ ونحوه)(٤).

وفي «الروض المربع» -من كتب الحنابلة-: (وهو -أي البيع- مبادلة مالٍ ولو في الذمة، أو منفعة مباحة -كمَمَرٌ في دار - بمثل أحدِهما على التأبيد)(٥٠).

#### الفرع الثاني: تعريفه مركبًا في القانون الوضعي.

يُعرَف حقُّ الانتفاع في القوانين المدنية المعاصرة بأنه: حقُّ عيني للمنتفع باستعمال عين تخصُّ الغير، واستغلالها ما دامت قائمةً على حالها وإن لم تكن رقبتُها مملوكةً للمنتفع، وينتهي الحقُّ بموت المنتفع،).

<sup>(</sup>١) القائل: سحنون راوي المدونة عن ابن القاسم.

<sup>(</sup>٢) القائل: عبد الرحمن بن القاسم راوي المدونة عن مالك.

<sup>(</sup>T) المدونة T/ ۲۸۹.

<sup>(</sup>٤) مغن*ي* المحتاج ٢/٣.

<sup>(</sup>٥) الروض المربع، ص٢٣٣.

<sup>(</sup>٦) ينظر: القانون المدني الأردني م ١٢٠٥، القانون المدني المصري م ٩٨٦، القانون المدني الإماراتي م ١٣٣٣، القانون المدني الجزائري م ٨٥٧.

ومن هذا التعريف يتبيَّن أنَّ حقَّ الانتفاع العقاري يجمع عددًا من الخصائص:

أولًا: أنَّه حقَّ عيني؛ فهو حق يثبت للمنتفع على عين العقار، بحيث يكون له سلطةٌ مباشرة على العين دون حاجةٍ للرجوع إلى مالك الرقبة، وهو بهذا يختلف عن الحقوق الشخصية التي تثبت في ذِمَّةِ مالكِ الرقبة.

ثانيًا: يثبت للمنتفع حقُّ الاستعمال والاستغلال؛ فللمنتفع استعمالُ العقارِ كالسُّكنى، أو استغلالُه كالإيجار وتكون له غَلَّتُه، وليس له حقُّ التصرفِ؛ لأن ذلك لمالك الرقبة، وحق الانتفاع بهذا يختلف عن الحقوق العقارية الأخرى -كحق الارتفاق والسكنى- فهي أَضْيَقُ منه في مجالات الانتفاع.

ثالثًا: أنه حتُّ مؤقَّت؛ فهو محدودٌ بحياة المنتفِع، ويجوز تحديدُه بمدَّةٍ معيَّنةٍ ينتهي بانتهائها، فإن مات قبل انتهائها انفسخ العقدُ بموته.

رابعًا: الأصل أنَّ محلَّ حقِّ الانتفاع في الأعيان غيرِ القابلةِ للاستهلاك من العقارات والمنقولات، وأمَّا ما يُستَهلك بالاستعمال كالطعام، فلا يُردُّ عليها حقُّ الانتفاع بمقتضى أكثرِ القوانين؛ لأنَّ المنتفع مُطالَبٌ بردِّ العينِ إلى مالك الرقبةِ عند انتهاء أَجَلِ الانتفاع، وهذه الأعيان لا يمكن الانتفاع بها إلَّا باستهلاكها، وتُجيز بعضُ القوانين ذلك إذا وقع العقدُ عليها تبعًا لا على سبيل الاستقلال، وتكون دَيْنًا في ذِمَّةِ المنتفعِ باستهلاكها، ويطالب بردِّ مثلِها أو قيمتِها عند انتهاء الحقِّ (۱).

خامسًا: أنه قابلٌ للمعاوضة أو للتبرع به، فيجوز لصاحب حقّ الانتفاع التصرُّفُ فيه، أو التنازل عنه للغير دون الرقبةِ.

0,000,000,0

<sup>(</sup>١) القانون المدني الأردني م ١٢١٤.



# المبحث إلأقل

# مسائل في حق الانتفاع العقاري بين الفقه والقانون

# المسألة الأولى: توصيف حق الانتفاع.

بالنظر في حق الانتفاع وفق ما قرَّرَته القوانين المعاصرة، فثَمَّةَ اتجاهانِ في توصيفه الفقهي:

#### الاتجاه الأول: تخريجه على عقد الإجارة.

يُشبه حقُّ الانتفاعِ حقَّ المستأجِرِ في عقد الإيجارِ من جهة أنَّ كلَّا منهما مؤقَّتُ، ويفيد حقَّ الاستعمال والاستغلال دون مِلكِ الرقبةِ، إلَّا أنَّ حقَّ الانتفاع يعدُّ في القانون من الحقوق العينية التي يثبت بها للمنتفع سلطةٌ مباشرة على العين المنتفع بها دون الرجوع لمالك الرقبة، فكلُّ ما يُطلَب من مالك الرقبةِ هو أن يترك المنتفع يباشرُ حقَّه دون أن يلتزم في مواجهته بأيِّ التزام، وهو بهذا يختلف عن حقِّ المستأجِرِ في عقد الإيجار الذي يعدُّ حقًّا شخصيًّا؛ فالمستأجِرُ لا يستطيع أن يباشر حقَّه في العين المؤجَّرةِ إلَّا عن طريق المؤجِّر؛ لأنَّ هذا الحقَّ يتعلَّقُ بذِمَّتِه، والمؤجِّر مُلزَمُ بمقتضى عقدِ الإيجارِ بأن يمكِّنَ المستأجِر في حالةٍ صالحةٍ للانتفاع بالعين المؤجَّرةِ، وتبعًا لذلك يلتزم المؤجِّرُ بتسليم العينِ المؤجَّرةِ إلى المستأجر في حالةٍ صالحةٍ للانتفاع، وعليه مسؤولية صيانتِها طيلةَ فترةِ الإيجار.

ويترتب على هذا الاختلافِ في التوصيف عددٌ من الفروق بين العقدَيْن، من أبرزها:

١ - حــ ق المنتفع عينيٌ متعلِّقٌ بالعقار المنتفع به مباشرة، ولا يعــ دينًا في ذِمَّةِ المؤجِّر، بينما حق المستأجر منفعةٌ في ذِمَّةِ المؤجِّر.

٢- للمنتفع سلطةٌ مباشرة على العين المنتفَع بها، ولا يحتاج للرجوع لمالك الرقبة، بخلاف المستأجِر، فله مطالبةُ المؤجِّر بما يمكنه من استيفاء المنفعة.

٣- حـق الانتفاع -لكونـه عينيًّا- فهو قابلٌ للحيازة، ويجوز اكتسابُه بالتقادم، بخلاف حقًّ المستأجِر.

٤ - حق الانتفاع يكون لآجالٍ طويلةٍ - كخمسين سنةً وأكثر - بينما عقدُ الإيجارِ يغلب عليه أن يكون لفتراتٍ قصيرةٍ.

٥- للمنتفع أحقَّيَّة التتبع بالمطالبة بالعين فيما لو انتقلت إلى شخصٍ آخَرَ، وليس للمستأجر ذلك.

٦- للمنتفع حتُّ التقدُّم والأولوية على المستأجر عند المزاحمة.

ولما سبق؛ فالأظهر عدم صحة تخريج حقّ الانتفاع على عقد الإجارة؛ للفروق المؤثرة بينهما.

#### الاتجاه الثاني: تخريجه على عقد البيع.

يُشبه حقُّ الانتفاعِ عقدَ البيعِ في أنَّ كلَّا منهما يفيد حقًّا عينيًّا، يكون للعاقد سُلطةٌ مباشرةٌ على العين محلِّ العقدِ دون الرجوعِ إلى العاقد الآخرِ، أو التزام العاقدِ الآخرِ بشيءٍ تجاه المنتفِع؛ إلَّا أنَّ البيع يختلف عن حقِّ الانتفاع من عدَّةِ أوجُهٍ:

١ - البيع يفيد انتقالَ ملكِ الرقبةِ على سبيل التأبيد، بينما حق الانتفاع مؤقّت.

٢- البيع يفيد تملُّكَ الرقبةِ ويُثبت للمشتري الحقوقَ الثلاثةَ المتعلِّقةَ بالعين المعقودِ عليها،

#### وهي:

أ- حقُّ الاستعمالِ؛ كالسُّكني.

ب- وحق الاستغلال؛ كالإيجار.

ج- وحق التصرف؛ كالبيع، والهبة، والوقف، والرهن، ونحو ذلك.

بينما المنتفِعُ ليس له إلَّا حتُّ الاستعمالِ والاستغلال، وليس له التصرفُ في الرقبة.

٣- لا ينفسخ البيع بموت المشتري، بينما حقُّ الانتفاع ينتهي بموت المنتفع.

ولذا، فإنَّ إلحاق حقِّ الانتفاع بعقد البيع، محلُّ نظرٍ؛ والأظهرُ أنَّ حقَّ الانتفاع عقدٌ مُستَحدَثُ، لا يصتُّ تخريجُه على الإجارة أو البيع؛ ففيه أوجهُ شَبَهٍ من كلا العقدَين، وفروقُ تمنع من إلحاقه بأحدهما من كل وجهٍ.

وعملًا بالقاعدة الشرعية «أن الأصل في العقود هو الحل»، فلا مانعَ من استحداث عقد وإن لم يكن على نمط العقود المسمَّاة، ويبقى النظرُ في أحكامه ومدى توافُقِه مع القواعد العامَّةِ في المعاملات.

## المسألة الثانية: انتهاء حق الانتفاع العقاري بالموت.

تنصُّ معظمُ القوانين المدنيَّة على أنَّ حقَّ الانتفاعِ ينتهي بأحد الأسبابِ الآتية:

١ - انقضاء الأجَل المحدَّدِ له.

٢ - هلاكُ العينِ المنتَفَع بها.

٣- اتفاق العاقدين على إنهائه.

حق الانتفاع العقاري (٢) \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

٤- صدور حُكم قضائيٌّ بإنهائه؛ لسُوءِ الاستعمال.

٥- اتحاد صفتَيِ المالك والمنتفع.

٦- موتُ المنتفع وإن لم يَنْتُهِ الأَجَلُ المحدَّد له(١).

ولا إشكالَ شرعًا في الأسباب الخمسةِ الأُولى، وإنما الإشكالُ في السبب الأخيرِ، وهو وفاةُ المنتفِع الذي يعلُّ أحدَ أبرزِ خصائصِ حقِّ الانتفاع العقاري، وبدونه -أي انتهاء الحق بموت المنتفع - لا يعتبر هذا الحقُّ حقَّ انتفاع.

وهذه المادة مأخوذة من القانون الفرنسي الذي نظّم حقَّ الانتفاع العقاري ليكون حقًّا غيرَ قابلٍ للتداوُلِ، فينتهي بانتهاء حياةِ المنتفِع الأول؛ ولذا مَنعَتْ بعضُ القوانين -كالقانون المدني السوري م ٩٣٦ - إنشاء حقِّ الانتفاع العقاري لشخصٍ اعتباريِّ؛ لأنَّ بقاء الشخص الاعتباري قد يستمر طويلًا لعدَّة أجيالٍ.

وشرطُ انتهاءِ حتَّ الانتفاع بموت المنتفع، وإن لم ينته أجلُه، فيه غَرَرٌ فاحِشٌ؛ لأنَّ مدَّة الانتفاع مجهولةٌ، وهو ينطوي على ظُلم كبير فيما إذا مات المنتفع قبل انتهاء المدة؛ ولذا فإنَّ حتَّ الانتفاع بهذا الشرطِ لا يجوز شرعًا؛ لنَهْيِ النبيِّ صَلَّاللَّهُ عَلَيْهُ وَسَلَّمَ عن الغرر(٢).

ويُغتَفَر الغررُ فيما إذا كان اكتسابُ هذا الحقّ بعقد تبرُّع كالهبة أو الوصية؛ لأنَّ عقود التبرعات مبنيَّة على المسامحة، ويُغتَفَر فيها ما لا يغتفر في عقود المعاوضات.

وقد عالج القانون المدني الأردني م ١٢١٦ حالة انتهاء الحق المنتفع والأرض مشغولة بزرع المنتفع، ونصُّها: (إذا انقضى الأجَلُ المحدَّدُ للانتفاع، أو مات المنتفع في أثنائه وكانت الأرض المنتفع بها مشغولة بزرعه، تُركت الأرضُ للمنتفع أو ورثتِه بأَجرِ المثلِ حتى يدرك الزرع ويحصد) (٣).

وهذه المعالجة مناسِبةٌ لتعويض المنتفِع عن التكاليف التي تكبَّدَها، إلَّا أنها لا ترفع الضررَ الناشئ عن الوفاة قبلَ انتهاءِ الأجَلِ المتَّفَقِ عليه.

والحلَّ الذي أراه مناسبًا أن يوزع عوض حق الانتفاع على سنوات العقد بطريقة عادلة، وليس بالضرورة أن تكون متساويةً؛ فقد يكون عوض السنواتِ الأُولى أعلى من التالية، فإذا مات المنتفِعُ قبل انقضاء الأَجَلِ، فيرد له من العوض ما يعادل السنوات التي لم ينتفع بها إن كان ما دفعه

<sup>(</sup>۱) القانون المدني السوري م ٩٣٦، القانون المدني الجزائري م ٨٤٩، وينظر: الوسيط في القانون المدني للسنهوري ٩/ ١٢٠٠.

<sup>(</sup>٢) أخرجه مسلم من حديث أبي هريرة رَوْزَالِلَهُ عَنْهُ.

<sup>(</sup>٣) القانون المدني الأردني م ١٢١٦.

أكثر، أو يُدفع لمالك الرقبة من تركة المنتفع ما يعادل السنوات التي تَمَّ الانتفاعُ بها فعلًا إن كان العوض الذي دفعه المنتفعُ أقلَّ من العوض العادل لتلك السنوات؛ فلو افترضنا أنَّ مدَّة الحقِّ ثلاثون سنة، والعوض ثلاثة ملايين، واتَّفَقا أنَّ العوض المقابل للسنوات العشر الأولى مليونان، والعشر الثانية سبعمائة وخمسون ألفًا، والعشر الثالثة مائتان وخمسون ألفًا، فلو مات المنتفعُ بعد خمس سنواتٍ من العقد فيرد إلى تركته مليونين؛ وبذا يتحقَّق المقصود مِن جَعْلِ حقِّ الانتفاع غيرَ متداوَلِ دون إضرارِ بالمنتفع، والله أعلم.

## المسألة الثالثة: صيانة العقار المنتفع به.

يقسم الفقهاء مسؤولية صيانة الأعيان المؤجَّرة إلى قسمين:

#### القسم الأول: الصيانة التشغيلية العادية.

وهي الصيانة التي تحتاج إليها العينُ لاستمرار منفعتِها بحسب العُرفِ، ويشمل هذا النوع:

الصيانة الناشئة بسبب الاستعمال المعتاد؛ فالأصل أنَّ المسؤولية عن هذه الصيانة على المستأجر؛ لأنها بسبب استعماله، كما نصَّ على ذلك أهلُ العلم؛ قال ابن قدامة: (وعلى المُكرِي ما يتمكَّن به من الانتفاع، كتسليم مفاتيح الدار والحمَّام؛ لأنَّ عليه التمكينَ من الانتفاع... وما كان لاستيفاء المنافع؛ كالحبل والدلو والبكرة، فعلى المكتري)(١).

٢- الصيانة الوقائية الدورية، وهي أعمالٌ محدَّدة تتم في آجالٍ معلومة، يتم فيها تغييرُ بعضِ الأجزاء، وضبط وتجديد البعض الآخر، فهذه الصيانة الوقائية وإن كان الأصل فيها أنها على المؤجِّر، إلَّا أنه يجوز تحميلُها على المستأجر بالشرط؛ لأنها عملٌ منضبط، والغَرَرُ فيه يسيرُ (٢).

والقاعدة في هذا النوع من الصيانة -أي الصيانة التشغيلية - أنها تشمل كلَّ ما يمكن ضبطُه بالوصف أو المقدار أو العُرف في العقد؛ سواءٌ أكانت الصيانة مجرَّدَ عملٍ أم كانت عملًا ومواد، فهذه الصيانة يجوز تحميلُها بالشرط على المؤجِّر أو المستأجر، فإن لم يكن هناك شرط فيرجع إلى العُرف، فإن لم يكن ثمَّ عرفٌ فالأصلُ أنَّ الصيانة الناشئة عن الاستعمال على المستأجر، والصيانة الوقائية على المؤجر.

#### والقسم الثاني: الصيانة الأساسية.

وهي الصيانة التي يتوقف عليها بقاءً أصلِ العينِ بحسَب العُرفِ؛ مثل صيانة الأعطال الطارئة، وهي ما ينبغي عمله لمواجهة ما يطرأ من أعطالٍ فنيَّةٍ أساسية على الأعيان المؤجرة أثناء سريان عقد

<sup>(</sup>١) المغني ٥/ ٢٦٥ الفروع ٤/ ٤٤٩.

<sup>(</sup>٢) المبسوط ١٥/ ١٥٧، المدونة ٣/ ١٥٥، مجلة مجمع الفقه ١١/ ٢/ ١٦٧.

الإجارة، وكذا صيانة العيوب المصنعيَّة والهندسيَّة، وهي العيوب التي تظهر في العين المؤجَّرة لخلل في التصنيع، أو في البناء ونحو ذلك.

ولا خلاف بين أهل العلم على أنَّ الأصل في هذا النوع -أي الصيانة الأساسية - أنه واجب على المؤجر؛ لأنه مما يلزم لأصل الانتفاع لا لكماله، ولا يضمنه المستأجر إلَّا في حال تعدِّيهِ أو تفريطه، فإنْ شَرَطَ في العقد أن يغرم المستأجِرُ هذه الأعمال، فهو شرطٌ باطلٌ عند جمهور أهل العلم (۱)، وعن الإمام أحمد رواية أنَّ هذا الشرط صحيح (۱)؛ لقول النبي صَلَّاللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهمْ)(۱).

والقول الأول هو الأرجح؛ لأنَّ في هذا الشرط غررًا فاحشًا، إذ يـؤدي إلى جَعْلِ الأُجرَةِ ما سُمي في العقد مع نفقات الصيانة المجهولة، فيؤدي إلى جهالة الأجرة، والعلم بها شرط لصحة الإجارة.

وتتَّجه معظمُ القوانين المعاصرةِ إلى مثل ذلك، فتجعل الصيانةَ التشغيليَّةَ على المنتفع والصيانة الأساسية على مالك الرقبةِ ما لم تكن الصيانة متعلِّقةً باستعمال المنتفع للعقار، أو استغلاله له، فتكون حينئذِ على نفقته (٤٠).

وينصُّ القانون المدني الأردني على جواز أن يشترط العاقدانِ تحمُّلَ المنتفِعِ نفقاتِ الصيانةِ الأساسيَّةِ (٥)، وهذا يتَّفِق مع الروايةِ السابقةِ عن الإمام أحمد بجواز اشتراط ذلك على المستأجر في الإجارة؛ وفي هذه المسألة بخصوصها قد يكون لهذا القولِ قوَّةٌ من جهة أنَّ حقَّ الانتفاع ليس عقدَ إجارةٍ من كلِّ وجهِ؛ إذ إنَّ مالك الرقبة يسلم العقار للمنتفع ليتصرَّف فيه تصرُّف المالكِ؛ من بناءٍ، وزرعٍ، وغير ذلك، فتحميلُه -أي المنتفع - مسؤولية الصيانةِ الأساسية بالشرط، له وجهُّ؛ لكونه مُطلَقَ اليدِ بالتصرُّفِ في العقار، وقد يتعذَّرُ - والحال كذلك - أن يتتبَّع المالكُ العيوبَ الناشئةَ عن استعمال المنتفع من غيرها.

وهذا الشرطُ وإن كان العقدُ لا يقتضيه ابتداءً، إلَّا أنَّه لا يناقضه، وما كان كذلك من الشروط، فالأظهرُ من قولَيْ أهلِ العلم هو الجواز، وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيميَّة (١٠)، وابن القيم (٧٠)،

<sup>(</sup>١) المبسوط ١٥٧/ ١٥٧، حاشية الدسوقي ٤/ ٤٨، تحفة المحتاج ٦/ ١٢٧، شرح المنتهي ٢/ ٢٦.

<sup>(</sup>٢) الشرح الكبير على المقنع ١٤/ ٤٩٣. (٣) الترمذي (١٢٧٢)، وأبو داود (٣١٢٠).

<sup>(</sup>٤) ينظر: القانون المدني السوري م ٩٤٦، القانون المدني المصري م ٩٨٥.

<sup>(</sup>٥) القانون المدني الأردني م ١٢١٠.

<sup>(</sup>٦) مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩/ ١٣٦.

<sup>(</sup>٧) إعلام الموقعين ٣/ ٣٠٢.

وذكر ابن تيمية أنَّ هذا قولُ الإمام أحمد، وأنَّ أكثر نصوصِه تجري على هذا القول(١)؛ لعموم قوله عَلَيْهِ الصَّلَةُ وَالسَّلَةُ: «الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ»(١).

# المسألة الرابعة: هلاك العين المنتفّع بها.

لا خلافَ بين أهل العلم على أنَّ الأصل في ضمان العينِ المؤجَّرةِ على المؤجِّر، وأنَّ يدَ المستأجِرِ يدُ أمانةٍ، فلا يضمن إلَّا في حال التعدِّي أو التفريط، فإنْ شَرَطَ عليه الضمان مطلقًا فهو شرطٌ باطلٌ عند عامَّة الفقهاء؛ لما فيه من الغرر، والمستأجِرُ على خَطَرٍ؛ فقد تسلَّمَ العينَ فيغنم النَّقصَ في الأُجرةِ بسبب ضمانِه، وقد تَهلِكُ هلاكًا كليًّا بجائحةٍ أو غيرِها فيغرم (٣)، وعن الإمام أحمد رواية أخرى بجواز هذا الشرط كالمسألة السابقة (١٠).

# والقول الأول هو الأرجح؛ لما سبق.

ولا يختلف الأمر في حقِّ الانتفاع العقاري؛ إذ تنصُّ عامَّةُ القوانين على أنَّ هلاكَ العين المنتفع بها يكون على مالكها، ولا يضمن المنتفع ذلك إذا لم يكن منه تَعَدِّ ولا تفريطٌ؛ سواءٌ أكان الهلاك كليًّا أم جزئيًّا، كما أنَّ هلاك البناء الذي يُجريه المنتفع على العقار يكون من ضمانه، ولا يطالَبُ المالِكُ بتعويضه؛ وعلى هذا فلا يُلزَم المالكُ ولا المنتفع بإعادة بناء ما تهدَّم من العقار، سواءٌ أكان التَّلفُ في أصل العقارِ الذي تَمَّ التعاقدُ عليه أم في الزيادات التي أحدَثها المنتفع .

وإلى هذا القدرِ من الأحكام يتّفِق القانون مع الفقه، ولا إشكالَ في ذلك شرعًا، إلّا أنّ محلّ الإشكالِ في أنّ القانون يُرتِّب على هلاك العينِ المنتفع بها انتهاءُ الحقّ وليس للمنتفع تعويفٌ عن الفترةِ التي لم ينتفع بها، ولو كان الهلاكُ بغير فعلِه كالقوة القاهرة ونحو ذلك، وفي هذا غرر ظاهرٌ كما سبق بيانُه في انتهاءِ حقّ الانتفاع بموت المنتفع، والذي أراه أن تتمّ المعالجةُ وفق ما سبق بيانُه هناك؛ بأن يُوزَّع عوضُ حقّ الانتفاع على سنوات العقد بطريقة عادلة، وليس بالضرورة أن تكون متساوية، فإذا هلك العقارُ بغير فعلِ المنتفِع قبل انقضاء الأجَلِ، فيُردُّ له من العوض ما يعادل السنواتِ التي لم ينتفع بها إن كان ما دفعه أكثرَ، أو يرد لمالك الرقبة مما يعادل السنوات التي تم الانتفاع بها فعلًا إن كان العوض الذي دَفَعه المنتفِعُ أقلَّ من العوض العادل للنا السنوات.

<sup>(</sup>۱) مجموع فتاوى ابن تيمية ۲۹/ ۱۳۲.

<sup>(</sup>۲) الترمذي (۱۲۷۲)، وأبو داود (۳۱۲۰).

<sup>(</sup>٣) المبسوط ١٥٧/١٥، حاشية الدسوقي ٤/ ٤٨، مغني المحتاج ٣/ ٤٤٤، المغني ٥/ ٣١٢.

<sup>(</sup>٤) الشرح الكبير مع الإنصاف ١٤/ ٤٩٣.

# المسألة الخامسة: بيع حقِّ الانتفاع العقاري.

يعـدُّ حقُّ الانتفاعِ العقاري من الأموال المتقوِّمةِ شـرعًا؛ فيجوز للمنتفِعِ التصرفُ فيه بأنواع التصرفات في حدود الحق الذي يملكه، ومن ذلك: بيعُه للغير دون أن يؤثر ذلك على مِلكيَّةِ صاحبِ العقار لعقاره؛ وسـواءٌ كُيِّفَ الحقُّ على أنه بيعٌ، أو إجارة، أو أنَّه عقدٌ مُستَحدَث؛ فإنَّ العقد الجديدَ يأخذ حُكمَ العقدِ الأوَّلِ، وتَسرِي عليه أحكامُه وآثارُه.

# وبيعُ حقِّ الانتفاع له صورتان:

الأولى: أن يحلَّ المنتفِعُ الجديدُ محلَّ الأوَّلِ، وتنتقل الحقوقُ والالتزامات بين المالك والمنتفع الأول إلى الثاني، وهذا ما يُعبَّر عنه في القانون بـ (الإحلال)، فالمنتفع الثاني يحلُّ محلَّ المنتفع الأول في جميع ما يقتضيه حتُّ الانتفاع من حقوق والتزامات، ويخرج المنتفع الأول من عهدة العقد، وهذا البيعُ جائزٌ شريطة موافقة المالكِ؛ سواءٌ تمَّ البيعُ بمثل ما تبقَّى من عوض حقِّ الانتفاع في العقد الأول أو بأكثرَ منه أو أقلَّ، ونظيرُ هذه الصورة بدلُ الخلوِّ في عقد الإجارة، وهو أن يتنازل المستأجِرُ عن بقيَّة المدَّة في عقد الإجارة لمستأجِر آخَرَ، وقد نَصَّ قرارُ مجمع الفقه الإسلامي الدولي على جواز ذلك، وفيه: (إذا تم الاتفاقُ بين المستأجر الأول وبين المستأجر الجديد، في أثناء مدَّة الإجارة، على التنازل عن بقيَّة مدَّة العقد، لقاءَ مبلغ زائد عن الأُجرة الدوريَّة، فإنَّ بدل الخلوِّ هذا جائزٌ شرعًا، مع مراعاة مقتضى عقد الإجارة المبرَم بين المالك والمستأجر الأول، ومراعاة ما تقضي به القوانين النافذة الموافقة للأحكام الشرعية، على أنه في الإجارات الطويلة المدة –خلافًا لنصً عقد الإجارة طبقًا لما تسوغه بعض القوانين – لا يجوز للمستأجر إيجارُ العينِ لمستأجرِ آخَرَ، ولا أخذُ بدلِ الخلوِّ فيها إلَّا بموافقة المالك)(۱).

والثانية: أن يبقى الارتباطُ العَقدي بين المنتفع الأول والمالك بحقوقه والتزاماته، وتكون علاقة المنتفع الجديد بالمنتفع الأول، وهذه الصورة جائزةٌ أيضًا، وهي نظيرُ إجارةِ المستأجِرِ للعين المؤجَّرةِ، ولا يُشترط لها موافقةُ المالكِ، وإنما الشرطُ اللا يكون ثمة شرطٌ بين المالك والمنتفع الأول بعدم بيعِ الحقِّ للغير.

## المسألة السادسة: رهن حق الانتفاع العقاري.

يُعرف الرهنُ بأنه: توثقةُ دينِ بعينِ يمكن أخذُه أو بعضِه منها أو من ثمنها، إن تعذَّرَ الوفاءُ من غيرها(٢).

<sup>(</sup>١) قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي بشأن بدل الخلو رقم ٣١ (٤/٦).

<sup>(</sup>٢) الإقناع ٢/ ٣٠٩.

ولا خلافَ بين الفقهاء على جواز رهنِ كلِّ متمولٍ يمكن أخذُ الدينِ منه، أو من ثمنه عند تعذُّرِ وفاء الدين من ذِمَّةِ الراهن(١١). ثم اختلفوا في بعض التفاصيل:

فاشترط الحنفيَّةُ في المرهون أن يكون محلَّا قابلًا للبيع، وأن يكون مُفرزًا مميَّزًا؛ فلا يصتُّ عندهم رهنُ المشاعِ ولا ما كان متَّصِلًا بما ليس بمرهونِ كالبناء دون الأرض، أو الثمر على الشجر دون الشجر (٢).

وقال المالكيَّةُ: يجوز رهنُ كلِّ عينٍ يصحُّ بيعُها، وما فيه غَرَرُ ؛ كعبدٍ آبِق، وبَعيرِ شاردٍ، وثمرِ لم يَبْدُ صلاحُه ؛ لأن للمرتهن دفعَ مالِه بغير وثيقةٍ، فساغ أخذُه بما فيه غررٌ ؛ لأنه شيءٌ في الجملة، فهو خيرٌ مِن لا شيء ، كما جوَّزوا رهن الدينِ للمَدِين إذا كان أجَلُ الدينِ الرهن مثل أجَلِ الدينِ الذي فيه الرهنُ ، أو أبعد منه ، ولغير المدين إذا قبضه المرتهنُ ، ويجوز عندهم رهنُ المنفعةِ ، خلافًا للجمهور (٣).

وقال الشافعية (٤) والحنابلة (٥): إنَّ كلَّ عين جاز بيعُها فيجوز رهنُها؛ لأنَّ المقصود من الرهن أن يُباع ويُستوفى الحقُّ منه، إذا تعذَّر استيفاؤه من ذِمَّةِ الراهنِ، وهذا يتحقَّقُ في كلِّ عين جاز بيعُها، ولأن ما كان محلًّا للبيع كان محلًّا لحكمة الرهن، فيجوز عندهم رهن المشاع، وما لا يصحُّ بيعُه لا يصحُّ رهنُه، فلا يصح رهنُ دينٍ ولو ممن هو عليه، ولا رهن ما لا يصحُّ بيعُه؛ كالوقف، وأُمِّ الولد، والكلب والخنزير، ونحو ذلك.

وبناءً على ما سبق: يصحُّ أن يَرهن المنتفِعُ حقَّ الانتفاعِ إذا كان أَجَلُ الدينِ قبل انتهاءِ أَجَلِ حقِّ الانتفاع؛ لأنه حقُّ يصحُّ بيعُه فيصحُّ رهنُه؛ ولأنَّا إن اعتبرناه عينًا - كما هو التوصيف القانوني - فيصحُّ رهنُه على قول الجمهورِ، خلافًا للحنفية الذين اشترطوا في العين المرهونةِ أن تكون مفرزة، وهـ ذا يتعـذَّرُ في حقِّ الانتفاع؛ لأنه مُتَّصِلُ بالعقار -وهو ملك غيره - اتصالَ خلقة، وإن اعتبرنا حقَّ الانتفاع منفعة، فيصح كذلك بناءً على قول المالكية الذين جوَّزوا رهنَ المنفعة؛ لأنها مالٌ متقوِّمُ شرعًا، والله أعلم.

#### 010010010

<sup>(</sup>۱) بدائع الصنائع ٦/ ١٣٥، بداية المجتهد ٢/ ٣٢٩، فتح العزيز ١٠/ ٦، المغني ٦/ ٤٥٥، المحلى ٨/ ٨٩، الحاوي الكبير ٧/ ١٠٠.

<sup>(</sup>۲) بدائع الصنائع ٦/ ١٣٥، رد المحتار ١٠/ ٩٧.

<sup>(</sup>٣) حاشية الدسوقي ٣/ ٢٣١، بلغة السالك ٢/ ١٠٩.

<sup>(</sup>٤) فتح العزيز ١٠/٦، مغنى المحتاج ٣/٤٦.

<sup>(</sup>٥) الشرح الكبير على المقنع ١١/ ٣٦٥، كشاف القناع ٥/ ١٥٥٢.

# المبحث الثّاني

# تطبيقات حق الانتفاع العقاري المعاصرة في التمويل الإسلامي

المسألة الأولى: التطوير العقاري من خلال بيع المنافع الموصوفة.

وصورة هذه المسألة: أن يبيع مالكُ الأرضِ حتَّ الانتفاع على مطور ليقوم ببناء وحداتٍ سكنيَّةٍ -مثلًا- بمواصفاتٍ محدَّدةٍ، ومِن ثَم إجارتها على العملاء وهي قيد الإنشاء.

فهذه إجارةُ موصوفٍ في الذِّمَّة، وهي جائزةٌ عند عامَّةِ أهلِ العلمِ بما فيهم الحنفية -خلافًا لمن نَسَبَ إليهم القولَ بعدم الجوازِ – قال الكاساني: (وإن كانت الإجارةُ على دوابَّ بغير أعيانها، فسلم إليه دوابَّ فقبَضَها فماتت، لا تَبطُل الإجارةُ، وعلى المؤاجِرِ أن يأتيه بغير ذلك؛ لأنه هَلَكَ ما لم يقع عليه العقدُ؛ لأنَّ الدابَّةَ إذا لم تكن مُعيَّنةً فالعقدُ يقع على منافعَ في الذِّمَّة)(۱).

وقال ابن مفلح: (الإجارة أقسام: إجارة عين معيَّنة فهي كالمبيع، وتنفسخ بتعطُّلِ نفعِها ابتداءً، أو دوامًا فيما بقي، وإجارة عين موصوفة في الذِّمَّة فيشترط صفات السَّلَم، ومتى غُصِبت أو تَلِفَت أو تعيَّبت، لَزِمَه بدلُها، فإن تعذَّر، فلِلْمُكْتَرِي الفسخُ، وتفسخ بمضيِّ المدَّة إن كانت إلى مُدَّة، وعقد على منفعةٍ في الذِّمَّة، في شيءٍ معيَّنِ أو موصوفٍ، كخياطة، ويُشترط ضبطُه بما لا يختلف)(٢).

ويجوز في هذه الإجارة -على الرَّاجح من أقوال أهل العلم- تعجيلُ الأُجرةِ وتأجيلُها، وفي حال التعجيل قبل اكتمالِ التطوير، يجب أن تكون الأجرة تحت الحساب، بحيث تُردُّ إليه في حال عدم تمكُّنِه من استيفاء المنفعةِ لعدم اكتمال المشروع.

وفي حال تأجيل الأُجرةِ والبناءُ لم يكتمل، فلا يعدُّ ذلك من بيع الدينِ بالدين المحرَّمِ شرعًا؛ لما يلي:

الأول: أنه لم يثبت في تحريم ابتداءِ الدين بالدين نَصُّ ولا إجماعٌ يشمل جميعَ صُورِه؛ ولذا جُوِّزَ منه ما تدعو إليه الحاجةُ؛ كالاستصناع، والتوريد، والمقاولة، ونحوها.

<sup>(</sup>١) بدائع الصنائع ٢٢٣/٤.

<sup>(</sup>٢) الفروع ٤/ ٤٤٠.

والثاني: أنَّ المنافع تختلف عن الأعيان، فهي مؤجَّلةٌ بطبيعتها؛ لكونها تحدثُ شيئًا فشيئًا، فلا يصحُّ قياسُها عليها، وما يمتنع في بيع الأعيانِ لا يلزم مثلُه في المنافع؛ لاختلافهما. قال الزيلعي: (الإجارة تتضمَّن تمليكَ المنافع، والمنافعُ لا يُتصوَّر وجودُها في الحال، فتكون مضافةً ضرورةً؛ ولهذا قلنا: تنعقد ساعةً فساعة، على حسب وجودِ المنفعة وحدوثها)(١).

والثالث: القياس على ما ذهب إليه جمهورُ أهلِ العلم؛ من جواز إجارةِ المعيَّنِ المضافةِ إلى زمنِ مستقبل من غير شرط تسليم الأجرة في الحال(٢)؛ أي مع تأجيل البدَلَين، مع اتفاقِهم على مَنع بيع العينِ المعيَّنةِ مؤجَّلةَ التسليم؛ سواءٌ عُجِّلَ الثمنُ أم لا؛ وذلك لأنَّ المنفعةَ يتعنَّرُ قبضُها دفعةً واحدةً؛ ولذا يُتسامح في بيع الأعيان.

# المسألة الثانية: حكم إصدار صكوك متداوّلة على حقوق الانتفاع.

سبق معنا تقريرُ جوازِ بيعِ المنتفِعِ حقَّ الانتفاع على آخَرَ، فهل يجوز للمنتفع الثاني أن يبيعه على ثالث، والثالث على رابع، وهكذا؟ إذ إنَّ جواز البيع الأول لا يلزم منه جوازُ التداول.

الأظهر: جوازُ تداولِ هذه الحقوق؛ سواءٌ كُيِّفت على أنها أعيانٌ كما هو التوصيف القانوني، أو كيِّفت على أنها أعيانٌ كما هو التوصيف القانوني، أو كيِّفت على أنها منافع، وسواءٌ أكانت العقاراتُ مُكتمِلةً، أو قيدَ الإنشاء؛ ولا يعدُّ ذلك من تداول الديون؛ لأنَّ المباني وإن كانت موصوفةً في الذِّمَّة إلَّا أنها تابعةٌ للأرض، وهي -أي الأرض- معيَّنةٌ.

وعملًا بقاعدة التبعية، يجوز التداول، ولا يعدُّ ذلك من تداول الديون، والأصل في ذلك ما روى ابن عمر رَضَيَالِتُهُ عَنْهَا، أنَّ النبي صَلَّاللَهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «مَنْ بَاعَ عَبْدًا لَهُ مَالٌ فَمَالُهُ لِلَّذِي بَاعَهُ إِلَّا أَنْ مَا روى ابن عمر رَضَيَالِتُهُ عَنْهَا، أنَّ النبي صَلَّاللَهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «مَنْ بَاعَ عَبْدًا لَهُ مَالُ فَمَالُهُ لِلَّذِي بَاعَهُ إِلَّا أَنْ مَا روى ابن عمر رَضَيَالِتُهُ عَنْهَا، أنَّ النبي صَلَّالَ في قاعدة التبعية في المعاملات.

ووجه الدلالة منه: أنَّ الحديث دلَّ على أنَّ المبيع إذا اشتمل على نقدٍ واشتري بنقد، ولم يكن النقد المخلوطُ مقصودًا فلا يُلتفت إليه، بمعنى أنه لا يجري على الصفقة حُكمُ الصرف، حتى ولو كانت قيمة النقد المخلوطِ أكثرَ من قيمة الخِلط الذي معه؛ قال ابن قدامة رَحَمُ أللَّهُ: (الحديث دلَّ على جواز بيع العبدِ بماله إذا كان قصدُ المشتري للعبد لا للمال... فيجوز البيع سواءٌ كان المالُ معلومًا أو مجهولًا، من جنسِ الثمنِ أو من غيره، عينًا كان أو دينًا، وسواءٌ كان مثلَ الثمنِ أو أقلَّ أو أكثرَ (١٠).

<sup>(</sup>١) تبيين الحقائق ١٥/٦٥.

<sup>(</sup>۲) المبسوط ۱۲/۲۰، الإنصاف ۱۲/۳۵۹.

<sup>(</sup>٣) البخاري (٢٣٧٩)، ومسلم (١٥٤٣).

<sup>(</sup>٤) المغني ٦/ ٢٥٨.

ومن المعلوم أنَّ العبدَ لا يملك، وأنَّ المال الذي بيده مآلُه للمشتري، ومع ذلك جاز البيعُ مطلقًا بدون تقابض ولا تماثل، حتى مع اتفاق النَّقدَين (المال الذي معه، والثمن الذي يشترى به العبد)، وحتى لو كان المال الذي مع العبد أكثرَ من قيمة العبدِ نفسِه.

وعلى هذا، يجوز لمالك العقار، أو للمنتفع أن يُصدِرَ صكوكًا قابلةً للتداول، تكون موجوداتُها حقَّ الانتفاعِ العقاري، ويُستثنى من ذلك ما إذا كانت العقاراتُ مؤجَّرةً للغير؛ فلا يجوز تداولُها حينئذ؛ لأنَّ الصكوك في هذه الحالِ تمثُّلُ الدفعات الإيجارية المستحَقَّة مقابل تلك المنافع، والأُجرةُ لها حكمُ الدينِ، فتجب مراعاةُ أحكامِ التصرُّفِ في الديون عند التداول، وأمَّا المنفعةُ فقد مَلكَها المستأجِرُ، وهذا ما أخذ به المجلسُ الشرعى لهيئة المحاسبةِ والمراجعة (١).

وتعمد بعضُ الجهاتِ إلى تكوين شخصيَّةِ اعتبارية (شركة SPV مثلًا)، وتسجيل تلك الحقوق باسمها؛ لغرض تداولها.

وفي نظري، أنَّ الأصل إذا كان لا يجوز تداولُه شرعًا، فالحكمُ كذلك لا يتغيَّر ولو كان من خلال شخصيَّة اعتباريَّة؛ لأنَّ رَبْطَ الحكمِ بالشخصيَّة الاعتبارية ليس عليه دليل، فهي مصطلحٌ قانوني وليس وصفًا شرعيًّا منضبطًا، بل لم تُعرَف الشخصيَّةُ الاعتباريَّةُ وتستقرَّ أحكامُها إلَّا في العصور المتأخِّرةِ.

# المسألة الثالثة: بيع حق الانتفاع ثم إعادة تأجيره إجارة منتهية بالتمليك على البائع.

والغرض من ذلك هو الحصول على السيولة، وقد تُستخدم هذه الهيكلةُ في إصدار الصكوكِ، حيث تُستخدم حصيلةُ الاكتتابِ في الصكوك في شراء حقّ الانتفاعِ بعوضٍ حالً، ثم إجارته على البائع إجارةً منتهيةً بالتَّمليك.

ولا تخلو هذه المسألةُ من حالين:

الحال الأولى: أن يكون البائعُ الأول هو المنتفع، ثم يستأجره من المنتفع الثاني (حملة الصكوك) إجارةً منتهيةً بالتمليك.

والأظهر: هو تحريم هذه المعاملة؛ إذ لا فرقَ بين العقدين؛ الأول والثاني، وتسميةُ الأول بيعًا والثاني إجارةً لا يُغيِّر من حقيقة المعاملةِ شيئًا؛ إذ العبرةُ في العقود بمعانيها لا بمسمَّياتها وألفاظها، وسواءٌ اعتبرنا في ذلك حقَّ الانتفاع بيعًا، فيكون حينئذٍ من بَيْعِ العِينةِ، أو اعتبرناه إجارةً فيكون من العينة الإيجارية.

<sup>(</sup>١) المعايير الشرعية: معيار صكوك الاستثمار، ص٤٨٠.

وقد تضمن المعيار الشرعي للإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك ما يفيد التحريم، ونصُّه: (يجوز للمستأجِر إجارة العينِ لمالكها نفسِه في مدّةِ الإجارة الأولى، بأقلَّ من الأجرة الأولى، أو بمثلها أو أكثر، إذا كانت الأُجرَتانِ معجَّلتَين، ولا يجوز ذلك إذا كان يترتب عليها عقدُ عينةٍ بتغيير في الأجرة أو في الأجَلِ؛ مثل أن تقع الإجارة الأولى بمائة دينار حالّةٍ، ثم يؤجِّرها المستأجِرُ إلى نفس المؤجِّر بمائة وعشرة مؤجَّلةٍ أو أن تقع الإجارة الأولى بمائةٍ وعشرة مؤجَّلةٍ، ثم تقع الإجارة الثانية بمائةٍ نقدًا)(١).

والحال الثانية: أن يكون البائع الأول هو مالك الرقبة.

فإذا اعتبرنا العقد الأول إجارة، فحكمُ هذه الحالِ كسابقتها، وأمَّا إن اعتبرناه بيعًا أو عقدًا مستحدَثًا وليس إجارة، وهذا ما سبق ترجيحُه، فيتخرج على مسألة إجارة العين لمن باعها.

وللعلماء المعاصرين فيها اتجاهان:

الاتجاه الأول: تخريجها على مسألة عكس العِينة.

ويُقصد بالعينة في اصطلاح الفقهاء: بيعُ سلعةِ إلى أَجَلِ، ثم شِراؤها من المشتري بأقلَّ من ثمنها نقدًا(٢).

وعكسها: أن يشتري سلعة نقدًا، ثم يبيعها بالأجَل على من اشتريت منه بثمن أعلى. قال ابن القيم رَحَمَهُ اللهُ: (هو كمسألة العِينة سواءً، وهو عكسُها صورةً، وفي الصورتين قد ترتب في ذِمَّتِه دراهمُ مؤجَّلةٌ بأقلَ منها نقدًا، لكن في إحدى الصورتين: البائع هو الذي اشتغلت ذِمَّتُه، وفي الصورة الأخرى: المشتري هو الذي اشتغلت ذِمَّتُه، فلا فرقَ بينهما) (٣).

ولا خلافَ بين أهلِ العلم على أنه إذا كان العقد الثاني مشروطًا في العقد الأول فيحرم؛ سواءٌ في العينة أو عكسها. قال ابنُ رشدٍ: (وأمَّا إذا قال: أشتري منك هذا الثوبَ نقدًا بكذا، على أن تبيعه منِّي إلى أَجَل، فهو عندهم لا يجوز بإجماع)(٤).

وأمًّا إذا كان ذلك عن مواطأة أو عُرفٍ من غير شرطٍ؛ فذهب الشافعية (٥) والظاهرية (٦) إلى

المعايير الشرعية: معيار الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك، فقرة ٣/٤، ص٢٤٣.

<sup>(</sup>٢) فتح القدير ٦/ ٣٢٣، مواهب الجليل ٤/ ٤٠٤، حواشي الشرواني ٤/ ٣٢٢، شرح المنتهى ٢/ ١٥٨.

<sup>(</sup>٣) تهذيب السنن ٥/ ١٠٧، وينظر: المغني ٦/ ٢٦٣، حاشية الدسوقي ٣/ ٨٨، بلغة السالك ٢/ ٤٧، كشاف القناع ٣/ ١٨٨.

<sup>(</sup>٤) بداية المجتهد ٢/ ١٨٣، وينظر: تكملة المجموع ١١/ ١٥٧، المحلى ٩/ ٤٧.

<sup>(0)</sup> أسنى المطالب Y/81، نهاية المحتاج Y/81، حاشية الجمل Y/81.

<sup>(</sup>٦) المحلى ٩/ ٤٧.

الجواز، وذهب الحنفية (١) والمالكية (١) والحنابلة (١) إلى التحريم؛ لحديث ابن عمر صَّالِللهُ عَنْهُا، أنَّ النبي صَّالِللهُ عَلَيْهُمْ قَالَ: ﴿إِذَا تَبَايَعْتُمُ بِالْعِينَةِ، وَأَخَذْتُمْ أَذْنَابَ الْبَقَرِ، وَرَضِيتُمْ بِالزَّرْعِ، وَتَرَكْتُمُ الْجِهَادَ، النبي صَالِللهُ عَلَيْكُمْ ذُلًّا لَا يَنْزِعُهُ حَتَّى تَرْجِعُوا إِلَى دِينِكُم (١). فدلَّ الحديثُ على أنَّ التبايع بالعِينة سببٌ للإذلال، ولا يكون ذلك إلَّا لأمرِ محرَّم (٥).

ولأنَّ العِينةَ حيلةٌ ظاهرةٌ على الربا؛ فإنَّ المتعاقدَيْن لم يَعقِدَا على السلعة بقصد تملُّكِها، ولا غرضَ لهما فيها بحال، وإنما الغرض: مئة بمئة وعشرين(٢).

والراجح: تحريم بيع العِينة إذا كان ثمة عادةٌ أو مواطأةٌ على إعادة بيع السلعة للبائع الأوَّلِ، أمَّا إذا وقع ذلك اتفاقًا من غير مواطأةٍ فالأظهرُ الجوازُ؛ كأن يشتري سلعة بالأَجَل ثم يبيعها في المزاد نقدًا، ويكون البائعُ الأول من بين المساوِمِين، وقد ذهب الإمامُ أحمدُ إلى مثل هذا في مسألةٍ مشابهةٍ، فقال: (لو باع مِن رجلِ دنانيرَ بدراهمَ، لم يَجُزْ أن يشتريَ بالدراهم منه ذهبًا، إلى أن يمضيَ ويبتاعَ بالورق من غيره ذهبًا، فلا يستقيم، فيجوز أن يرجع إلى الذي ابتاع منه الدَّنانيرَ فيشتري منه ذهبًا،

وبناء على ما سبق فقد ذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى تخريج صكوك الانتفاع إذا كان محلها أعيانًا مؤجرة إجارة منتهية بالتمليك على من اشتريت منه على أنها صكوك عينة؛ إذ يرى أصحاب هذا الاتجاه أنه لا فرق بين أن تعود مِلكيَّةُ حقِّ الانتفاع إلى المالك الأول (المصدر) بالبيع أو بالإجارة المنتهية بالتمليك، فنتيجة كلا العقدَيْنِ واحدةٌ، والوعد بالتمليك كالمواطأة بل هو أقوى، بل إنَّ جمهور الفقهاء القائلين بتحريم العِينةِ يرون تحريم العقد الثاني ولو بلا مواطأة.

جاء في «تبيين الحقائق» (١٨) - في معرض حديثه عن العينة -: (ولو اشتراه مَن لا تجوز شهادتُه له - كولده ووالده وعبده ومكاتبه - فهو بمنزلة شراءِ البائع بنفسه ... وكذا لو وكل رجلًا ببيع عبدِه بألف درهم فباعه، ثم أراد الوكيل أن يشتري العبدَ بأقلَّ مما باع لنفسه أو لغيره بأمره قبل نقد الثمن،

<sup>(</sup>۱) فتح القدير ٦/ ٣٢٣، العناية ٦/ ٣٢٣، البحر الرائق ٦/ ٢٥٦.

 <sup>(</sup>۲) المقدمات الممهدات ۲/ ۳۹، مواهب الجليل ٤/ ٢٠٦، بلغة السالك ٢/ ٤١.

 <sup>(</sup>۳) المغني ٦/ ٢٦١، الإنصاف ١١/ ١٩٢، شرح المنتهى ٢/ ١٥٨.

<sup>(</sup>٤) أبو داود (٣٤٦٢).

<sup>(</sup>٥) نيل الأوطار ٦/٢٩٩.

<sup>(</sup>٦) تهذيب السنن ٥/ ١٠١.

<sup>(</sup>٧) إعلام الموقعين ٣/ ١٨٠، الفروع ٤/ ١٦٧. والمذهب: أنه في حال التواطؤ يفسد العقدان جميعًا وبدونه يفسد العقد الثاني فقط. الفروع ٤/ ١٧٠، كشاف القناع ٣/ ١٨٥.

<sup>(</sup>٨) تبيين الحقائق ٤/٤٥. وينظر: بدائع الصنائع ٥/ ١٩٩٠.

لم يجز... وكذا لو اشترى مِن وارث مُشترِيه بأقلَّ مما اشترى به المورثُ، لم يجز لقيام الوارثِ مقامَ المورثِ).

وفي «حاشية الدسوقي»(١) في شروط بيوع الآجالِ التي تتطرَّقُ إليها التهمة -ومنها العينة-: (وأن يكون المشترى أولًا أو مَن تنزَّلَ منزلتَه، والبائع ثانيًا هو المشترى أولًا أو مَن تنزَّلَ منزلتَه، والبائع أولًا هو المشتري ثانيًا أو من تنزل منزلته، والمنزَّلُ منزلةَ كلِّ واحدٍ وكيلُه، سواءٌ عَلِمَ الوكيلُ ببيع الآخرِ أو شرائه أو جَهِلَه).

وفي «كشاف القناع» (٢): (ومَن باع سلعةً بنَسِيئةٍ -أي بثمنٍ مؤجَّلٍ، أو بثمنٍ حالٍّ لم يقبضه - صحَّ الشراء، حيث لا مانعَ، وحرم عليه -أي: على بائعها - شراؤها، ولم يصحَّ منه شراؤها نصًا، بنفسه أو بوكيله، بنقدٍ من جنس الأول أقلَّ مما باعها به بنقدٍ -أي حالً - أو نسيئةً، ولو بعد حلِّ أَجَلِه... وإن قصد بالعقد الأول العقد الثاني، بَطلَا؛ أي: العقدانِ).

الاتجاه الثاني: جواز صكوك حقوق الانتفاع المؤجَّرة إجارةً منتهيةً بالتَّمليك على من اشتُريت منه.

ويرى أصحاب هذا الاتجاه أنه لا يصحُّ تخريجُ هذه الصكوك على مسألة العِينةِ أو عكسها، فهي تختلف عنهما من عدَّةِ أوجُهِ:

الأول: أن العقد الثاني في عكس العِينة بيع آجل، بينما في هذه الصكوك إجارةٌ مع الوعد بالتمليك، والإجارة تختلف في خصائصها وأحكامها عن البيع.

والثاني: في العِينة وعكسها، لا تبقى العينُ في ضمان المشتري إلّا لفترة قصيرة، وهي فترة ما بين العقدين، وهي لا تتجاوز لحظاتٍ؛ ولذا لا يُلتفت إلى قيمتها ولا إلى صفاتها؛ لأنَّ مقصودَه النقود، بينما في هذه الصكوك تكون مسؤولية الصيانة الأساسيَّة والتشغيلية للأعيان المنتَفَع بها الأصول المنتفع بها في ضمان حملة الصكوك لفترة طويلة قد تمتدُّ لسنواتٍ قبل إرجاعها للمصدر، فالمخاطرُ على حملة الصكوك في هذه المعاملة أعظمُ بكثيرٍ من مخاطر المشتري في مسألة العِينة وعكسها، وهذه المخاطرُ حقيقيَّةٌ، وبها استحقوا الربح؛ لقوله عَلَيْهِ الشَكَرَةُ وَالسَّلَامُ: «الْخَرَاجُ بالضَّمَانِ»(٣).

والثالث: أنَّ عودة حقِّ الانتفاعِ إلى المصدر في الصكوك محتمَلةٌ، وليست مؤكَّدةً؛ ففي حال إفلاسِ المصدر أو تعثُّرِه في سداد دفعاتِ الإجارة أو إخلاله بالالتزامات في عقد الإجارة،

<sup>(</sup>١) حاشية الدسوقي ٣/ ٧٧. وينظر: شرح مختصر خليل للخرشي ٥/ ٩٥.

<sup>(</sup>۲) كشاف القناع ٣/ ١٨٥. وينظر: المغني ٦/ ٢٦٣.

<sup>(</sup>٣) أبو داود (٣٥٠٨)، والترمذي (١٢٨٥)، والنسائي (٤٤٩٠)، وابن ماجه (٢٢٤٣).

حق الانتفاع العقاري (٢) \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

أو هـ لاك الأصول، يفقد الحق في استعادة تلك الأصول، بخلاف عكسِ العِينةِ؛ فإنَّ السلعة ترجع للبائع الأولِ قبل وفاءِ الدين الذي عليه، فلو تعثَّر أو أفلس فلا يؤثر ذلك على تملُّكِه لها.

### الترجيح:

يتَّضح من العرض السابق أنَّ إصدار صكوكٍ لحقوقِ انتفاع تمثِّل أعيانًا مؤجَّرةً إجارةً منتهيةً بالتَّمليك على مَن اشتريت منه تُشبه من بعض الأوجُهِ عكسَ العِينة، وتختلف عنه من أوجهٍ أخرى؛ ولذا فإنَّ إلحاقها به من كلِّ وجهٍ، أو استبعاد ذلك من كل وجهٍ، غيرُ مسلَّم.

والذي يترجح: أنه إذا كان التمليك اللَّاحقُ بالقيمة السوقية عند التمليك، أو بما يتَّفق عليه العاقدانِ عند التمليك، فتصحُّ، وليست من العِينة أو عكسها، وأمَّا إذا كان بقيمةٍ محدَّدةٍ سلفًا، فيُنظر:

١ - فإن كانت الأعيان محلُّ الانتفاعِ بحالها لا تتغير، فلا تصحُّ؛ لأنها حيلةٌ على التمويل الرِّبوي.

٢- وأمّا إن كان التمليك بعد مدّة يغلب على الظنّ أن تتغير فيها صفةُ الأعيانِ المنتَفَعِ بها أو قيمتها بين عقد الإجارة وموعد التمليك، فتصحُّ؛ فقد نصَّ أهلُ العلمِ في بيع العينةِ على أنه إذا تغيّرت صفةُ العينِ أو قيمتُها، فليس من العينة؛ قال في «المبسوط»: (وكذلك لو دخل في المبيع عيبٌ ثم اشتراه البائعُ بأقل من الثمنِ الأولِ؛ لأنَّ الملكَ لم يَعُدْ إليه على الهيئة التي خرج عن ملكِه، فلا يتحقَّقُ فيه ربحُ ما لم يُضمَن، ولكن يُجعل النقصان بمقابلة الجزء الذي احتُبِس عند المشتري، سواءٌ كان النقصان بقدر ذلك أو دونه)(١).

وفي «الشرح الكبير» للدردير: ((كتغيرها)؛ أي السلعة المبيعة المقوَّمة تَغيُّرًا (كثيرًا) حال شرائها؛ بزيادةٍ كَسِمَنِ، أو نقصٍ كهُزَالٍ، فتجوز الصُّوَرُ كلُّها)(٢).

وفي «شرح المنتهى»: ((إلَّا إن تغيَّرت صفتُه)؛ أي المبيع، مثل: إن كان عبدًا فهزل، أو نسي صنعة، أو عَمِيَ ونحوه، فيجوز بيعُه بدون الثمن الأول، ويصحُّ)(٢).

# المسألة الرابعة: بيع حقّ الانتفاع لعقاراتٍ مؤجَّرة للغيرمع وعدٍ بإعادة بيعِها على البائع الأول.

وفي هذه المسألة يقصد مالكُ الرقبةِ الحصولَ على السيولة ببيع حقِّ الانتفاع بعوضٍ حالً، وغرضُ المنتفِع الحصولُ على عائدِ الأُجرةِ المتحصِّلةِ من مستأجري تلك الأصول، وقد تهيكل

<sup>(1)</sup> Ilanmed 17/17.

<sup>(</sup>Y)  $lm_{c} = lm_{c} = lm_{c} = lm_{c}$ 

<sup>(</sup>٣) شرح منتهى الإرادات ٢/ ٢٥. وينظر: كشاف القناع ٣/ ١٨٥.

صكوك وفقًا لهذه الصيغة، بحيث تُستخدم محصِّلةُ الاكتتابِ في الصكوك في شراء حقِّ الانتفاع من المصدر -وهو مالك الرقبة-ويكون محلُّ الانتفاع أصولًا مؤجَّرةً للغير مع وعدٍ من حَمَلةِ الصكوكِ بإعادة بيع حقَّ الانتفاع على المصدر في زمنٍ لاحقٍ، وعائدُ حملةِ الصكوك هو الأُجرة المحصَّلةُ من مستأجري تلك الأصول.

وهذه المسألة لها حالتان:

### الحال الأولى: أن يكون الوعد بالبيع بالقيمة السوقية، أو بما يتَّفق عليه في حينه.

فهذه الصورة جائزة، ولا تُعَدُّ من العِينة ولا عكسها؛ لأنَّ العينة وعكسها يكون الثمنُ في العقد الثاني فيهما مرتبطًا زيادة أو نقصانًا بالثمن في العقد الأول، ومن هنا اعتبرَ تَا حيلةً على الربا؛ لأنَّ الزيادة المؤجَّلة مضمونة، أمَّا إذا كان العقدُ الثاني بحسَب سعرِ السوق، فليس من العينة؛ لأنَّ السعر قد يزيد أو ينقص، شريطة أن يكون العقدُ الثاني بعد مُضِيِّ مدَّةٍ تتغيَّر معها صفةُ العين المبيعةِ.

والحال الثانية: أن يكون الوعد بالبيع بثمن محدّدٍ.

فهذه الحال تردعلى وجهين:

الوجه الأول: أن يكون الوعد بالبيع اللَّاحقِ بمثل الثمنِ الأول (القيمة الاسمية).

فهذه الصكوك تخرج على بيع الوفاء. وبيعُ الوفاءِ في اصطلاح الفقهاء: البيعُ بشرط أنَّ البائع متى ردَّ الثمنَ يرد المشتري المبيع إليه (١). وهذه التسمية هي المشتهرة عند فقهاء الحنفيَّة، ويُسمِّيه المالكيَّةُ: بيعَ الثُّنيا، والشافعية: بيع العُهدة، والحنابلة: بيع الأمانة (١).

### وقد اختلف فيه أهل العلم:

فذهب بعضُ متأخِّري الحنفيَّةِ والشافعية إلى أنَّ بيع الوفاءِ جائزٌ مفيدٌ لبعض أحكامِه من حِلِّ الانتفاع به، إلَّا أنَّ المشتري لا يملك بيعَه.

وحُجَّتُه م: أنَّ الناس تعارَفُوا عليه وتعاملوا به لحاجتهم إليه؛ فرارًا من الربا، فيكون صحيحًا وإن كان مخالفًا للقواعد؛ لأنَّ القواعد تُترك بالتعامل (٣).

وذهب المالكيَّةُ والحنابلة ومتقدِّمُو الحنفية والشافعية إلى أنه بيعٌ فاسد؛ لأنَّ اشتراط البائع أَخْذَ المبيع إذا ردَّ الثمن إلى المشتري، شرطٌ يخالف مقتضى العقدِ، ولأنَّ البيعَ بهذا الشرطِ لا يُراد

<sup>(</sup>١) تبيين الحقائق ٥/ ١٨٤، البحر الرائق ٦/ ٨.

<sup>(</sup>٢) رد المحتار ٥/ ٢٨٠، مواهب الجليل ٤/ ٣٧٣، نهاية المحتاج ٣/ ٤٣٣، كشاف القناع ٣/ ١٤٩.

<sup>(</sup>٣) البحر الرائق ٦/٨، رد المحتار ٥/ ٢٨٠.

منه انتقالُ الملكِ حقيقةً، وإنما يُقصد منه الرِّبا المحرَّمُ، وهو إعطاءُ المالِ إلى أَجَلٍ، ومنفعةُ المبيع هي الربح، فهو في حقيقته قرضٌ بعوضٍ(١).

الوجه الثاني: أن يكون الوعد بالبيع بالقيمة الاسميَّةِ مع عائدٍ محدَّدٍ.

كأن يكون الوعدُ بالبيع بالقيمة الاسميَّةِ مع عائد ٥٪ تُحسب على أساس سنوي.

فهذه الصورة تُخرَّج على مسألة عكس العِينةِ التي سبق بيانُها، وهي: أن يبيع سلعةً بنقدِ ثم يشتريها بأكثرَ منه نَسِيئةً.

وقد سبق ذِكرُ الخلافِ وترجيحُ ما ذهب إليه جمهورُ الفقهاءِ من تحريم بيعِ العِينةِ وعكسها؛ لأنّها حيلةٌ على الربا.

والحمد لله أولًا وآخرًا، وظاهرًا وباطنًا، وصلى الله وسلم على نبيّنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.



<sup>(</sup>١) رد المحتار ٥/ ٢٨٠، مواهب الجليل ٤/ ٣٧٣، نهاية المحتاج ٣/ ٤٣٣، كشاف القناع ٣/ ١٤٩.



### حماية رأس المال في الفقه الإسلامي

بحث محكَّم نُشر في عام ١٤٢٩هـ/ ٢٠٠٨م

وقدم البحث إلى الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية عام ١٤٣٠هـ / ٢٠٠٩م





الحمد لله، والصلاةُ والسلامُ على رسول الله صَالَّاتَتُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ.

أمَّا بعدُ:

فالإنسان يسعى في كَسْبِ رِزقِه، ويجتهد في تثمير مالِه، وهو في ذلك يرجو النَّماءَ والرِّبح، ويخاف من الخسارة والنقص؛ ولتحقيق ذلك يبذل وسعه للموازنة بين هذين الأمرين: النماء، والحماية.

ولا شكَّ أنَّ الأساس الذي ينبغي أن ينطلق منه المسلمُ من أجل الوصولِ إلى هذه الغاية، هو توكُّلُه على خالقه سُبْحَانهُ وَتَعَالَ؛ ففي الحديث: «لَوْ أَنْكُمْ تَتَوَكَّلُونَ عَلَى اللَّهِ حَقَّ تَوَكُّلِهِ؛ لَرَزَقَكُمْ كَمَا تُرُوحُ بِطَانًا»(١).

والتوكُّلُ على الله لا يَعني تركَ الأَخْذِ بالأسباب التي تحمي المالَ وتَقِيهِ من التعرُّض للهلاك أو النُّقصانِ، بل الأخذُ بها مطلوبٌ من المكلَّف؛ لكونه مؤتَمَنًا على هذا المالِ الذي استخلفه الله عليه، ومطالبًا بحفظه.

وفي العصر الحاضر تعدَّدت أساليبُ الاستثمارِ، وتبعًا لذلك تنوَّعت المخاطرُ التي تتعرَّضُ لها تلك الاستثماراتُ، ما بين مخاطرَ اقتصاديَّةٍ، وائتمانيَّة، وأخلاقيَّةٍ وغيرِها، وكان من أبرز مقوِّماتِ الإدارة الناجحةِ للاستثمار، وضعُ الوسائل المناسبةِ لحماية تلك الاستثماراتِ من المخاطر.

وهـنا البحثُ يُجلي النَّظرَ في أبرز الوسـائلِ المتَّبَعةِ في حماية الاسـتثمارات من المخاطر، وبيان الحكم الشرعي لكلِّ منها.

### أهمية الموضوع:

تتجلَّى أهمية الموضوع في كونه يعالج قضيَّةً تُعَدُّ من الضروريات التي جاءت الشريعةُ بمراعاتها، وجُبِلت النفوسُ على الحرص عليها، إلَّا أنَّ تحقيقها قد يكون على حساب التنازلِ عن الأرباح.

<sup>(</sup>١) أحمد ١/ ٣٠، والترمذي (٢٣٤٥)، وابن ماجه (٤١٦٤) والنسائي في الكبرى (١١٨٠٥).

﴿٣٦٨﴾ ----- أبحاث في قضايا مالية معاصرة

ومن هنا جاء البحثُ للتأصيل الشرعي للحماية، وبيانِ الوسائل التي يمكن بها حمايةُ رأسِ المال، مع تحقيق عائدِ مناسبِ من الاستثمار.

#### خطة الدراسة:

قسمت هذه الدراسة إلى: تمهيد في التعريف بالمصطلحات والألفاظ ذاتِ الصِّلة، وخمسة مباحث؛ وذلك على النحو الآتي:

المبحث الأول: التأصيل الشرعي لحماية رأس المال وضمانه، وعلاقة المخاطرة بالربح. المبحث الثاني: حماية رأس المال بوسائل يُقصَد منها تضمينُ المدير.

المبحث الثالث: الحماية التعاونية.

المبحث الرابع: الحماية العقدية.

المبحث الخامس: الحماية المركّبة (عقود التحوُّطِ).

وقد اشتملت الدراسة على (٣٥) صورةً من صُورِ حماية رأسِ المال، يجمع هذه الصورَ أنَّ كلَّ واحدةٍ منها تُعَدُّ نوعًا من الهندسة الماليَّةِ لإدارة الاستثمار بغرض وقاية رأسِ المال، وتقليل المخاطرِ التي يتعرَّض لها.

أسأل الله أن يجنَّبنا الزَّلَل، وأن يوفِّقنا إلى ما يُرضيه من القول والعمل.



### تمهيس

### في التعريف بمصطلحات الدراسة والألفاظ ذات الصِّلة

وفيه ثلاثة مطالب:

### المطلب الأول: حماية رأس المال.

الحماية في اللغة: المنعُ؛ يقال: حَمَى الشيءَ يَحمِيهِ حَميًا وحِماية، بالكسر؛ إذا منعه، ومنه: الحَمِيُّ، وهو: المريض الممنوعُ مما يَضرُّه. وأَحْمَى المكانَ؛ أي جعله حِمَّى لا يُقرَب (١١). والحِمى: المكان الممنوعُ من الرَّعْي (٢).

وأما رأس المال فهو في اللغة: أصلُه (٢٠)؛ ومنه قول الله تعالى -فيمن يأكل الربا-: ﴿ وَإِن تُبَيُّمُ وَنُوسٌ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظَلِمُونَ وَلَا تُظَلِمُونَ وَلَا تُظَلِمُونَ ﴾ (١٠).

ولا يختلف المعنى الاصطلاحي لحماية رأس المال عند الفقهاء عن معناه في اللغة؛ فحماية رأس المال تعني: وقايتَه من النَّقصِ؛ إلَّا أنَّ الغالب في تعبير الفقهاء استخدامُ لفظ (سلامة رأس المال)، أو (وقاية رأس المال) بدلًا من لفظ الحماية، ومنه قولهم في المضاربة: (لا ربحَ إلَّا بعد سلامة رأسِ المال). وقولهم: (الربح وقاية لرأس المال). ومعنى ذلك: أنَّ الربح لا يتحقَّقُ في المضاربة، ولا يُحكم بظهوره حتى يُستوفى رأسُ المال؛ لأنه الأصل الذي يُبنى عليه الربحُ (٥٠).

وأمَّا لفظُ الحماية فالغالبُ استعمالُه عندهم في حماية الأبدانِ؛ مثل: حماية الإمام أهلَ الهدنة والذِّمة، وحماية الرَّعيَّة من الاعتداء، ونحو ذلك(٢).

وحماية رأس المال قد تكون من جهة العامل أو من ربِّ المال، أو منهما معًا:

<sup>(</sup>١) القاموس المحيط، مادة (حمي)، ص١٦٤٧.

<sup>(</sup>٢) المطلع ١٨٦/١.

<sup>(</sup>٣) القاموس المحيط، مادة (رأس)، ص٥٠٧.

<sup>(</sup>٤) سورة البقرة، الآية: ٢٩٧.

<sup>(</sup>٥) انظر: المبسوط ٢٢/ ٢٠١، رد المحتار ٨/ ٤٤٧، شرح الخرشي ٦/ ٢١٦، القوانين الفقهية، ص ٢١١، روضة الطالبين ٥/ ١٣٦، نهاية المحتاج ٥/ ٢٣٦، المغني ٧/ ١٦٥، شرح المنتهى ٢/ ٣٣٣، المحلى ٨/ ٢٤٨.

<sup>(</sup>٦) انظر: المبسوط ٢/ ١٨١، التاج والإكليل ٢/ ١١٨، الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي ٨/ ١١٢، شرح النووي على صحيح مسلم ٢/ ١٦٦، الإنصاف ١٠ / ٣٨٧.

أمَّا مِن جهة العامل: فأنْ يتَّخذ الأساليب التي تحمي رأس المال من أن يتعرض لخسارة أو تلف.

وأما من جهة رب المال: فأن يشترط على العامل شروطًا يكون الغرض منها حماية رأس ماله من أن يتعرَّض لخسارةٍ أو تلف.

### المطلب الثاني: الضمان.

#### أولًا: تعريف الضمان.

الضمان في اللغة: الالتزام، يقال: ضَمِنَ الشيءَ ضمانًا وضَمْنًا، فهو ضامنٌ وضمينٌ؟ أي كفله، وضمن الرجل ضمانًا: كفله، أو التزم أن يؤدِّي عنه، وضمَّنته الشيء فتضمَّنه: غرمته فالتزمه (۱). ومنه ما جاء في الحديث: «الْخَرَاجُ بِالضَّمَانِ» (۲). أي أنَّ الانتفاع بالعين مقابل تحمُّلِ التبعاتِ عند الخسارة أو الهلاكِ.

### وأمًّا في الاصطلاح الفقهي؛ فيُطلَق الضمان على أحدِ معنيين:

الأول: الضمان بمعناه الأعمِّ، ويَعني: شَغْلَ الذِّمَّة بما يجب الوفاءُ به، فيكون بهذا الاصطلاحِ مرادفًا للمعنى اللغوي، أي الالتزام؛ سواءً أكان التزامًا بالمال أم بالنفس، وسواءً أكان بعقدٍ أم بدونَ عقد، وسواءً أكان بالتزام من المكلَّفِ أم بإلزامٍ من الشارع<sup>(٣)</sup>.

ومن الضمان بهذا المعنى: الكفالة بالمال أو بالنَّفْس، وضمان المتلَفاتِ، وأروش الجنايات، والعيوب، والكفَّارات وغيرها.

والثاني: الضمان بمعناه الأخص، ويعني: ضَمَّ ذِمَّةٍ إلى أخرى في التزام الحق، وهو هنا مرادفٌ للكفالة بالمال أو بالبدن(٤).

ويُقصد بضمان رأس المال هنا: التزام العامل بسلامةِ رأسِ المال لربِّ العامل.

### ثانيًا: العلاقة بين حماية رأس المال وضمانه.

من خلال تعريف كلِّ من حماية رأس المال وضمانه، فالذي يظهر أنَّ حماية رأس المال تختلف عن ضمانه من ثلاث جهاتٍ:

<sup>(</sup>۱) الصحاح ٦/ ١٥٥، القاموس المحيط، ص١٥٦٤، مادة (ض م ن).

<sup>(</sup>٢) أبو داود (٣٥٠٨)، والترمذي (١٢٨٥)، والنسائي (٤٤٩٠)، وابن ماجه (٢٢٤٣).

<sup>(</sup>٣) انظر: غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر ٢/ ٢١١، نهاية المحتاج ٤/ ٢٨٨، الضمان في الفقه الإسلامي، لعلي الخفيف ١/ ٥.

<sup>(</sup>٤) شرح فتح القدير، للكمال ابن الهمام ٦/ ٢٨٣، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣/ ٣٣٠، نهاية المحتاج ٤/ ٤٣٢، الروض المربع ص٧٧٧.

الأولى: أنَّ الحماية بذلُ عنايةٍ، وأمَّا الضمان فهو التزامُّ بغاية؛ فالحماية يُقصَد منها بذلُ الأسبابِ لوقاية رأسِ المال من النُّقصان، ثم قد تتحقَّق تلك الغايةُ، وهي سلامةُ رأسِ المال، وقد لا تتحقَّق.

وأمَّا الضمانُ فالمقصودُ منه الالتزامُ بالنتيجة، وهي تحمُّلُ أيِّ نقصٍ يكون في رأس المال، سواءٌ أكان النَّقصُ بسبب قصورِ في الأخذ بالأسباب، أم لم يكن لقصورِ فيها.

والثانية: أنَّ الأصلَ في ضمانِ العاملِ رأسَ المالِ المنعُ؛ لأنَّ المال مضمون على مالِكِه، وهو ربُّ المال، ولا يضمن العاملُ إلَّا في حال تعدِّيهِ أو تفريطه؛ وأمَّا حماية المال فالأصلُ فيها الوجوب؛ إذ يجب على العامل أن يحميَ رأسَ المال من التَّلَف والخسارة؛ لأنه مؤتمَنُّ عليه.

والثالثة: أنَّ الحماية بمفهومها الأعمِّ قد يدخل فيها معنى الضمان، فمن الوسائل التي يلجأ إليها البعضُ لحماية رأس المال -كما سيأتي- تضمينُ العاملِ بطريقةٍ مباشرة أو غير مباشرة.

وبغض النظر عن حُكم ذلك، إلَّا أنَّ العلاقة بين الحماية والضمان بهذا الاعتبارِ علاقةُ عمومٍ وخصوص مطلَق؛ أي أنَّ الحماية أعمُّ مطلقًا من الضمان.

#### المطلب الثالث: التحوط.

#### أولًا: تعريف التحوط.

التحوط مأخوذ من الحيطة -بالفتح والكسر- يقال: حاطَهُ حَوْطًا وحِيطة وحِياطةً: حَفِظَه وصانه وتعهَّدَه، كحوَّطه وتحوَّطه.

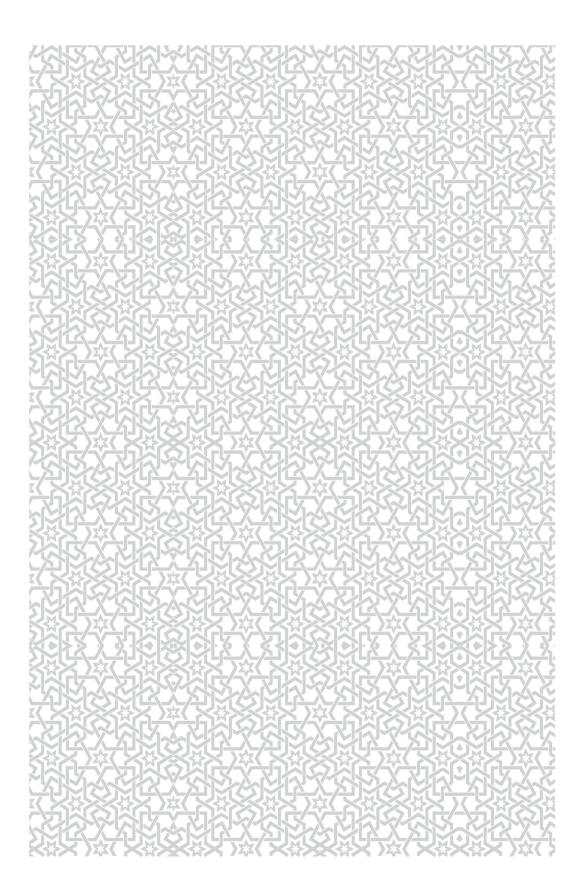
ولا أعلمُ أنَّ المتقدِّمين، سواءٌ من أهل اللغة أو الفقهاء، يستخدمون هذا اللفظ، وإنما يستخدمون لفظ المنطقة، أو الاحتياط، أو الحوطة؛ والأغلبُ استخدامُ هذه الألفاظِ في أبواب العبادات.

ومصطلح التحوُّطِ (hedging) في الأسواق الماليَّةِ المعاصرة، يَعني تجنُّبَ المخاطرِ قَدْرَ الإمكان(١٠)، ويتم ذلك من خلال جملةٍ من العقودِ المسمَّاةِ بعقود التحوُّطِ، وسيأتي بيانُها بمشيئة الله.

### ثانيًا: العلاقة بين حماية رأس المال والتحوط.

تبيَّن معنا أنَّ التحوط يُقصَد منه حماية وأسِ المال من خلال الدخول في عقود تجنُّبِ المخاطر، وعلى هذا فالتحوط أخصُّ من الحماية؛ إذ إنَّ حماية وأسِ المالِ قد تكون بإجراء عقدِ تحوُّطِ أو بغيره.

<sup>(</sup>١) التحوط في التمويل الإسلامي، د. سامي السويلم، ص٦٦.



### المبحث الأول

### التأصيل الشرعي لحماية رأس المال وضمانه وعلاقة المخاطرة بالربح

### توطئة:

إدارة الاستثمار إمَّا أن تكون على سبيل المضاربة، أو المشاركة، أو الوكالة في الاستثمار.

ففي الحال الأولى -أي المضاربة-: يشترك اثنانِ فأكثرُ بمالٍ من أحدهما وعملٍ من الآخرِ، أو بمالٍ من أحدهما وعمل منهما، أو بمال منهما وعمل من أحدهما؛ فلها ثلاثُ صُورِ (١٠).

وفي المضاربة يستحقُّ العامل -وهو المضارب- حصة مشاعة من الربح مقابلَ عملِه؛ والربح هو الفاضل عن رأس المال.

وفي الحال الثانية -أي المشاركة-: يشترك اثنانِ فأكثرُ بمالهما وعملهما، فينفذ تصرف كلُّ منهما في المالَيْنِ بحكم الملكِ في نصيبه وبحكم الوكالة في نصيب شريكِه، والربح بينهما بحسَب ما يتفقان عليه، والخسارة على قَدْرِ مالَيْهما(٢).

وفي الحال الثالثة -أي الوكالة بأجر-: يكون المدير نائبًا عن رب المال في إدارة استثمار أمواله، ويستحق أجرًا معلومًا مقابل عمله. وهذا الأجر إمَّا أن يكون مبلغًا مقطوعًا، أو بنسبةٍ من المبلغ المستثمر (٣).

وفيما يلي بيان الأصلِ الشرعي في حكم حماية رأس المال المستثمر وضمانه، وعلاقة المخاطرة بالربح:

المطلب الأول: التأصيل الشرعى لحماية رأس المال.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: الحكم الشرعي لحماية رأس المال.

تقدُّم معنا أنَّ حماية رأس المال تَعنى: وقايتَه من الخسارة أو النَّقص أو التَّلفِ؛ فالحمايةُ بهذا

<sup>(</sup>۱) المغنى ٧/ ١٢١. (٢) الروض المربع، ص ٢٧٩.

<sup>(</sup>٣) رد المحتار ٩/ ٨٧، البهجة شرح التحفة ٢/ ٢٩٩.

المعنى مطلوبةٌ شرعًا، سواءٌ من قِبل ربِّ المالِ أو العامل، وهذه الحمايةُ تدخل ضمنَ مقصدِ (حفظ المال)، وهو أحدُ المقاصدِ الضروريَّةِ التي جاءت الشريعةُ برعايتها وحِفظِها.

ولهذا، جاء الأمرُ من الشارع في العقود التي تكون عرضةً لنوع من المخاطر باتخاذ الأسباب التي يتجنَّب فيها تلك المخاطر؛ ففي البيع الآجِلِ - مثلًا - حيث يكون الاستثمار عرضةً للمخاطر الاثتمانيَّة، أَمَرَ الله تعالى بكتابته، وتوثيقه، والإشهاد عليه، وأَخْذِ الرهونِ؛ فقال سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى: ﴿ وَالْمِسْهَادِ عليه، وأَخْذِ الرهونِ؛ فقال سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى: ﴿ وَأَشْهِدُوا إِذَا لَا اللهُ اللهُ عَلَى اللهُ ا

ومما جاء في هذا الباب، ما روى ابنُ عباس رَضَالِتَهُ عَنْكَا، أنَّ العباس كان إذا دفع مالًا مضاربةً، اشترط على صاحبه ألَّا يَسلُكَ به بحرًا، ولا ينزل به واديًا، ولا يشتري به ذات كبدٍ رطبةٍ، فإن فَعَلَ ذلك ضَمِنَ، فبلغَ شرطُه النبيَّ صَلَّاللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فأجازه (٤٠).

فما شَرَطَه العباسُ رَضَالِللَّهُ عَنْهُ، نوعٌ من التحوُّطِ عن المخاطر الاقتصاديَّة.

وتتأكَّد حماية رأسِ المال في حقِّ العامل؛ لأنه أمينٌ، ومن مقتضى ذلك أن يكون تصرُّفُه في المال منوطًا بالمصلحة لرَبِّ المال؛ لكونه نائبًا عنه فيه، فيأخذ بأسباب الحيطة في تنمية المال وفق ما جرى به العُرفُ، وبما لا يتعارض مع القواعد الشرعية، سواءً أكان مضاربًا، أم شريكًا، أم وكيلًا بأجرٍ.

وبناءً على ذلك، نصَّ أهلُ العلمِ على أنه لا يجوز للمضارب أو الوكيل أن يغامر بالمال فيما لم يؤذن له فيه، ولا أن يستدين على المال من غير إذن، ولا أن يشتري أو يبيع بما لا يتغابن به الناسُ في مثله، ولا أن يشتري أو يبيع لنفسه إلَّا إذا تمحضت الغِبطةُ لصالح ربِّ المالِ، ولا أن يتصرَّف تصرُّفًا يؤدِّي إلى الإضرار بالمال، فإن فَعَلَ شيئًا من ذلك، فهو ضامن (٥٠).

### الفرع الثاني: المعايير الشرعية لحماية رأس المال.

يُشترط في الوسائل التي يتَّخذها المديرُ لحماية رأسِ المالِ، أن يتوافر فيها الضوابطُ الآتية: ١ – ألَّا يكون الغرضُ منها تضمينَ مديرِ الاستثمار إن لم يتعدَّ أو يقصِّر؛ لأن ذلك يفرغ عقدَ الاستثمار من مضمونه، ويحوِّلُه إلى عقدِ قرضٍ، وسيأتي -بإذن الله- بيانُ بعضِ الصُّورِ الممنوعةِ من الحماية؛ لما فيها من تضمين المدير.

<sup>(</sup>١)، (٢) سورة البقرة الآية: ٢٨٢. (٣) سورة البقرة الآية: ٢٨٣.

<sup>(</sup>٤) الطبراني في الأوسط، ص١٧٥، والدارقطني ٣/ ٨٧، والبيهقي ٦/ ١١١.

<sup>(</sup>٥) بدائع الصنائع ٦/ ٩٠، الخرشي على مختصر خليل ٦/ ٢٢٦، روضة الطالبين ٥/ ١٣٥، الشرح الكبير على المقنع ١٩٠٤.

٢- ألّا تكون الحماية بعقد محرَّم؛ وأصول المعاملات المحرَّمةِ ترجع -في الغالب- إلى أحد أمرين: إمَّا الربا، وإمَّا الغرر. والأولُ محرَّمٌ؛ لما فيه من الظلم، والثاني محرَّمٌ لما فيه من الجهل، وكلاهما من أكل المالِ بالباطل.

ومن أمثلة الحماية المشتملة على الربا: إقراض المال بفائدة، سواءٌ بقرضٍ مباشرٍ، أم بودائع مضمونةٍ، أم بسنداتِ قروضٍ.

ومن أمثلة الحماية المشتملة على الغرر: التأمين التجاري (التقليدي) على الاستثمار.

٣- أن تكون الحماية بالتساوي على جميع المشتركين في الصندوق أو المحفظة الاستثمارية، كلُّ بحسب رأسِ ماله؛ فلا يصحُّ أن يتحمَّل بعضُ المستثمرين من المخاطر أكثر من البعض الآخرِ، أو أن يُعفى بعضُهم من تحمُّلِ المخاطر؛ لأنهم شركاء فيما بينهم؛ ومن القواعد المتَّفَق عليها بين أهل العلم في باب الشركات: (أن الوضيعة على قدر المال)(١)، وعلى هذا فالأسهمُ الممتازة التي تُعطي حماية لرؤوس أموالِ حامِلِيها أكثر من حملة الأسهم العادية، لا تصح؛ لاختلال شرطِ التساوي في الضمان فيما بين الشركاء.

### المطلب الثاني: التأصيل الشرعي لضمان رأس المال.

وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: ضمان المدير في حال التعدِّي أو التفريط.

الأصل الشرعي في عقد الاستثمار، سواءً أكان عقدَ مضاربةٍ أم وكالة بأجر، أنَّ خسارة النَّقصِ في رأس المال يتحمَّلُها ربُّ المالِ وحدَه؛ وأمَّا العاملُ فخسارتُه تقع في عمله بدون أجرٍ، فربُّ المالِ يقدم المال، وفي حال الخسارة يخسر المالَ، والعامل يقدم العمل، وفي حال الخسارة يخسر قيمة هذا العمل.

ولا خلافَ بين الفقهاء أنَّ يَدَ العاملِ على رأس المال يدُ أمانةٍ، سواءً أكان مضاربًا أم وكيلًا بأجر، فلا يضمن خسارة المالِ أو نقصانه أو هلاكه إلَّا في حال تعدِّيه أو تفريطه؛ ذلك أنَّ العامل نائبٌ عن ربِّ المال في اليد والتصرف، وذلك يستوجب أن يكون هلاكُ المال أو خسارته في يده كهلاكه أو خسارته في يد صاحبه؛ لأنه قبضه بإذنه، ولأنَّ الأصل براءةُ ذِمَّةِ العاملِ من الضمان، ومن كان كذلك فلا يسوغ تضمينُه إلَّا بأمرِ من الشارع(٢).

ويجوز لربِّ المالِ أن يطلب من العامل رهنّا أو كفيلًا يضمن له ما يَضِيعُ من ماله، أو يتلف

<sup>(</sup>١) بدائع الصنائع ٦/ ٧٧، حاشية الدسوقي ٣/ ٣٥٤، تحفة المحتاج ٥/ ٢٩١، المغني ٥/ ٢٢.

<sup>(</sup>٢) البحر الرائق ٦/ ٣١٣، البهجة شرح التحفة ٢/ ٢١٧، ميارة على العاصمية ٢/ ١٣١، المغنى ٧/ ٧٦.

بسبب تعدِّي العاملِ أو تقصيره (١).

الفرع الثاني: قيام البينة أو القرينة على تقصير المدير أو تفريطه.

بما أنَّ يد مدير الاستثمار على المال يدُ أمانةٍ، فالأصلُ تصديقُه في عدم تحقُّقِ ربحٍ، أو في هلاك المال أو خسارته، إلَّا ببيِّنةٍ أو قرينةٍ تُثبِتُ ذلك.

قال في «شرح المنتهى»: (ويُصَدَّقُ عاملٌ بيمينه في قَدْرِ ربح وعدمِه، وفي هلاكٍ وخسرانٍ إن لم تكن بينة بلأنَّ ذلك مقتضى تأمينِه، ويصدق عامل بيمينه في نَفْيِ ما يُدَّعى عليه من خيانة أو تفريط؛ لأنَّ الأصل عدمُها)(٢).

والبينة التي يثبت بها تفريطُ المدير أو تعدِّيه متنوعةٌ؛ فقد تكون بإقراره، أو بالأوراق الثبوتيَّةِ، أو القيود المصرفية، أو أوامر البيع والشراء، أو بغيرها؛ مما يدلُّ على وقوع تعدِّ أو تفريط.

وأمَّا القرينةُ؛ فهي ما يفيد غلبةَ ظَنِّ -بشهادة العُرف- بوقوع التعدِّي أو التفريط، وإن لم يكن هناك بيِّنةٌ ظاهرة.

وأرى أنَّ من القرائن المعتبرة:

 ١ - تحقيق المدير خسائر في الاستثمار في الوقت الذي تكون فيه عامَّةُ الصناديقِ الاستثمارية في مثل ذلك النوع من الاستثمار قد حقَّقت مكاسب.

٢- تحقيق الصندوق خسائر بشكلِ مفاجئ دون أن يكون هناك أسبابٌ مقبولة.

٣- تحقيق المدير خسائر في استثمارات متدنية المخاطر؛ كالمرابحات، والإجارات دون أن يكون هناك أسبابٌ ظاهرة.

فهذه قرائنُ قد تدلُّ على عدم كفاءةِ المدير في إدارته للاستثمار، ونقصُ الكفاءةِ أو الخبرة في هذا المجالِ يعدُّ نوعَ تفريطٍ؛ إذ المفترَضُ فيه ألَّا يُقدِمَ على احترافِ هذا العملِ إلَّا بعد تحصُّنِه بالخبرة والكفاءةِ المناسبَتَيْن؛ فالجهدُ الذي يبذلُه المديرُ يجب أن يكون جهدَ المحترفِ لا جهد الممارِس؛ وإلَّا كان تفريطًا.

والأخذُ بالقرينة في هذه الحالاتِ وأمثالها، لا يَعني بالضرورة تضمين العامل، بل المقصودُ أنَّ القرينة تُفيد ظنًا غالبًا بوقوع التعدِّي أو التفريط، فإذا أراد نفي ذلك فعليه عِبءُ دفع التُهمةِ عنه، ببيان الأسباب المقبولةِ التي أدَّت إلى ذلك الأمرِ؛ أي أنَّ هذه القرينةَ تُدفَع بقرينةٍ أعلى منها، أو ببيّنةٍ.

<sup>(</sup>١) الكفاية ٦/٣١٣، مواهب الجليل ٥/ ٣٦٠، الفروع ٤/ ٢٤٠.

<sup>(</sup>Y) شرح منتهى الإرادات ٢/ ٢٢٦.

والأخذُ بالقرائن في النَّقل عن الأصل معمولٌ به في مسائلَ كثيرةٍ في الفقه، سواءٌ في المعاملات الماليَّةِ أو في غيرها من الأبواب؛ ومن شواهد ذلك:

١ - تضمين الراعي المشترك والسمسار للتهمة؛ فالمشهور في مذهب الإمام مالك وغيره من الأثمَّةِ عدمُ تضمين الأجيرِ المشترك من غير الصُّنَّاع؛ كالراعي المشترك، والسمسار، وخالَفَ في ذلك جمعٌ من فقهاء المالكيَّة، وقالوا بتضمينهم للتهمة (١١).

٢- تضمين المودع للتهمة؛ فالأصلُ في المودع عدمُ تضمينِه، ولكن ذهب الفقيه المالكي ابنُ حبيبِ الأندلسي (٢) إلى تضمين صاحبِ الحمَّام ما يُدَّعى هلاكُه أو ضياعُه من ثياب الناس المودَعةِ لديه؛ لجَرَيانِ العادةِ بخيانته (٣).

٣- مطالبة من يدَّعي خلافَ الظاهر بالبيِّنة ولو كان الأصل يشهد له (٤)، كما لو ادَّعت المرأةُ على زوجها الحاضرِ أنه لا يُنفق عليها، فالأصلُ يقضي بعدم الإنفاق، والظاهر المستفادُ من قرائن الحال يقضي بأنه يُنفق عليها؛ فذهب فقهاء المالكيَّة إلى تغليب الظاهرِ، فتطالب المرأةُ بالبيِّنةِ على عدم الإنفاق؛ لأنها تدَّعي خلافَ الظاهرِ.

3 – وعقد الإمام ابنُ القيِّم رَحَمُهُ اللَّهُ في كتابه «الطرق الحكمية» بابًا كاملًا في الأخذ بالقرائن والأمارات في وسائل الإثبات، واستدلَّ على ذلك بأدلَّةٍ كثيرةٍ من الكتاب والسُّنة وأقوالِ الأئمَّة، ثم قال: (فالحاكم إذا لم يكن فقيهَ النَّفْسِ في الأمارات، ودلائل الحال، ومعرفة شواهده، وفي القرائن الحالية والمقالية؛ كفقهه في جزئيَّاتِ وكليَّاتِ الأحكام: أضاع حقوقًا كثيرةً على أصحابها... إلخ)(٥).

### الفرع الثالث: تضمين المدير بالشرط ما لم يأتِ ببيِّنةٍ على عدم تعدِّيهِ أو تفريطه.

الأصل في عقود الاستثمار، أن يصدق المدير في دعواه عدم التَّعدِّي أو التفريط؛ لأنَّ يدَه يدُ أمانةٍ؛ ومرَّ معنا أنه يجوز تضمينُه في حال قيام قرائن تدلُّ على إهمالِه ما لم يثبت خلاف ذلك؛ ولكن هل يجوز أن يتَّفِق الطرفان -رب المال والعامل - على أن يكون الضمانُ على العامل ما لم يأتِ ببيِّنةٍ تُثبت عدمَ تعدِّيه أو تفريطه؟ ومن البيِّنات أن يأتي بأسبابٍ معقولةٍ للخسارة؛ كهبوطٍ في الأسهم، أو ركودٍ اقتصادي، أو حريق، أو سرقة، ونحو ذلك.

<sup>(</sup>۱) كشف القناع عن تضمين الصناع، ص١١٣.

<sup>(</sup>۲) عبد الملك بن حبيب القرطبي الأندلسي، إمام المالكية بالأندلس في عصره. له: الواضحة، وتفسير موطأ مالك، ومصابيح الهدى. توفي سنة ۲۳۸هـ. ينظر: ترتيب المدارك وتقريب المسالك ٤/ ١٢٢، سير أعلام النبلاء ٢٠٢/ ١٠٢.

<sup>(</sup>٣) كشاف القناع عن تضمين الصناع، ص٩٦.

 <sup>(</sup>٤) الفروق ٤/ ٧٥، ١١٢.

بالنظر في هذا الشرط قد يقال: إنَّه ذريعةٌ إلى تضمين العامل مطلقًا، وقد يقال -وهو الأظهر بجواز هذا الشرط؛ لأنَّه لا يترتب عليه محظورٌ شرعي، ولا يئول إلى تضمين العامل مطلقًا، وغايتُه: أنَّه إن أتى بالبيِّنة على عدم تعدِّيهِ أو تفريطه فلا ضمانَ عليه، وإن لم يأتِ بالبيِّنة فعليه الضمانُ؛ لقيام التُّهمةِ، ومثلُ هذه الأحداثِ لا تَخفى؛ ولكونه مفرطًا بعدم توثيقِ أسباب الخسارة أو التَّلَفِ.

والإتيانُ ببيِّنةٍ على عدم تفريطِ بينةٌ بالنَّفي، وهي مقبولةٌ عند كثير من أهل العلم، إذا كان النَّفيُ محصورًا، وأحاط به عِلمُ البيِّنةِ (١٠)؛ وهذان الشرطانِ من السَّهل التحقُّقُ منهما فنيًّا، من خلال قيودِ العمليَّاتِ الاستثمارية خلال فترةِ الاستثمار.

### وبناءً على ما سبق، فلتضمين العاملِ أربعُ حالاتٍ:

- ١- تضمينُه بالشرط مطلقًا؛ وهذا لا يجوز.
- ٢- عدم ضمانه إلَّا في حال قيام البيِّنةِ بتعدِّيه أو تفريطه، وهذا هو الأصل.
  - ٣- تضمينه بقيام القرينةِ على تفريطه، إلَّا أن يأتي ببينةٍ تَنفى ذلك عنه.
  - ٤ تضمينُه ابتداءً بالشرط، إلَّا أن يأتي بالبيِّنة على عدم تعدِّيهِ أو تفريطه.

فالحالتان الأخيرتان أرى أنَّهما أقربُ إلى الحال الثانيةِ منهما إلى الأولى؛ إذ لا يترتب عليهما تضمينُ العاملِ ضمانًا مطلقًا، وهو محلُّ المنع، والله أعلم.

### المطلب الثالث: العلاقة بين المخاطرة والربح في الشريعة.

من المعلوم أنَّ أيَّ استثمارِ لا يخلو من مخاطرةٍ مهما كان نوع ذلك الاستثمارِ، ومهما كانت الوسائلُ المتَّخَذة لحمايته، وتتفاوت درجاتُ المخاطرةِ في الاستثمار بحسب نوع العقدِ وأجَلِه وموضوعه، ومكانه وزمانه وأطرافه، وغير ذلك من المؤثِّرات فيه، ولكن ثمة سُنَنُ إلهيَّة تحكم هذه المؤثراتِ، وهي في الغالب لا تتغيَّر:

- فالمخاطرة في المداينات أعلى منها في المبادلات الحالّة.
- والمخاطرة في عقود المشاركة أعلى منها في عقود المداينة.
- والمخاطرة في التعامل مع الأفراد أعلى منها في التعامل مع الشركات والتجّار.

والعلاقة بين الربح والمخاطرةِ علاقةٌ طردِيَّة، فمَن يرغب في الربح الوفيرِ فعليه أن يتحمَّلَ قدرًا أكبرَ من المخاطر، ومَن لا يتحمَّل المخاطرة فلْيَرْضَ بالرِّبح اليسير.

وأهلُ الفقه في نظرتهم إلى عنصر المخاطرةِ في الاستثمار، طرفانِ ووَسَطُّ:

<sup>(</sup>١) ينظر: تبيين الحقائق ٣/ ٣٥٣، تحفة المحتاج ١٠/ ٣١٤.

فمنهم من يربط الربحَ المشروعَ بالمخاطرة، وأنَّ ما يميز الاستثمارَ الإسلامي عن التعامل الرِّبوي، اشتمالُه على عنصر المخاطرةِ، فإذا خلا الاستثمارُ من هذا العنصرِ فهو نماءٌ غيرُ مشروع.

ومنهم مَن يُنحَّى إلى الطَّرَفِ الآخَر، وأنَّ الاستثمار إذا كان محفوفًا بالمخاطرة فهو نوعُ قمارٍ رُر.

والمتأمِّلُ في النصوص الشرعية يُدرِك أنَّ ليس كلُّ المخاطرِ ممنوعة، وليس كلها مشروعة. وقبل أن نُبيِّن معنى الخطرِ: وقبل أن نُبيِّن معنى الخطرِ:

فالخطر في اللغة: الإشراف على الهلاك، وخوف التَّلَفِ(١).

وأمًّا عند الفقهاء، فيُطلق الخطرُ ويراد به أحدُ معنيين:

الأول: ما يرادف المعنى اللغوي؛ أي خوف التَّلَف والهلاك، ومنه قول الكاساني: (لا ينعقد بيع المعدوم، وما له خطر العدم كبيع نِتَاجِ النِّتَاجِ؛ بأن قال: بِعتُ ولدَ ولدِ هذه الناقةِ، وكذا بيع الحمل؛ لأنه إن باع الولدَ فهو بيعُ المعدوم، وإن باع الحمل فله خطرُ المعدوم)(٢).

والثاني: بمعنى الغَرَر؛ أي ما كان مجهولَ العاقبةِ، ومنه قول شيخ الإسلام ابن تيميَّة: (إنَّ الشركة تقتضي الاشتراكَ في النَّماء، فإذا انفرد أحدُهما بالمعيَّن، لم يبقَ للآخَرِ فيه نصيبٌ، ودَخَلَه الخطرُ ومعنى القمار)(٣).

والمتتبِّع لنصوص الفقهاءِ يظهر له أنَّ استعمالَهم للفظ (الخطر) يدور حولَ معنى احتماليَّةِ الوقوع، فمتى كان الأمرُ محتملًا فهو على خطر الوقوع أو عدمِه.

#### ضابط المخاطرة الجائزة، والمخاطرة الممنوعة:

لشيخ الإسلام ابن تيميَّة رَحَمَهُ اللَّهُ كلامٌ نَفِيس في ضابط ما يحلُّ من المخاطرة وما يحرم، يقول رَحَمَهُ اللَّهُ: (الخطر خطر ان يجارة، وهو أن يشتري السلعة يقصد أن يبيعها بربح ويتوكَّلُ على الله في ذلك، فهذا لا بد منه للتجار، وإن كان قد يخسر أحيانًا، فالتجارةُ لا تكون إلَّا كذلك، والخطر الثاني: المَيْسِر الذي يتضمَّنُ أَكْلُ مالِ الناسِ بالباطل، فهذا الذي حرَّمَه الله ورسولُه)(1).

فبيَّن رَحِمَهُ ٱللَّهُ أَنَّ المخاطرة على نوعين:

النوع الأول: المخاطرة الجائزة.

وهي تلك المخاطرة التي تكون ناشئةً عن تملُّكِ السلعة، وتحمُّلِ المالكِ التبعةَ والمسؤوليَّة الناشئة عن تَلَفِها أو نقصان قيمتِها، فهذه مخاطرةٌ مباحة، بل لا تنفكُّ عنها أيُّ مبادلةٍ تجاريَّة.

<sup>(</sup>١) المصباح المنير، ص١٧٣، القاموس المحيط، ص٤٩٤، مادة: (غ ر ر).

<sup>(</sup>٣) الفتاوى الكبرى ٤/ ٦٥.

<sup>(</sup>٢) بدائع الصنائع ٥/ ١٣٨.

 <sup>(</sup>٤) تفسير آيات أشكلت ٢/ ٧٠٠.

وهـذه المخاطرة هـي المقصودة في النصوص الشرعية التي تربط ما بيـن الربح والضمان؛ فتملُّكُ السـلعةِ ينشـاً عنه ضمانُها، وهذا الضمان ينشـاً عنه مخاطرةٌ، وبه يُسـتحَقُّ الربحُ، فإذا تجرَّدَ الأمرُ عن هذا الضمانِ فلا ربح.

ومن ذلك: (نَهْيُه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عن ربح ما لم يضمن)(١)، وقوله: «الْخَرَاجُ بِالضَّمَانِ»(١). ومن القواعد الشرعية المستنبَطةِ من هذه النصوصِ قاعدةً: (الخراج بالضمان).

فالضمان الواردُ في هذه النصوصِ هو ضمان المسؤولية التابع للمِلكيَّة وقبض السلعة؛ ولهذا جاء في الأحاديث الأخرى النهيُ عن بيع الإنسانِ ما لا يملك، وعن بيع ما لم يقبض، كما في حديث حكيم بن حزام رَضَيَالِتَهُ عَنْهُ، أنَّ النبي صَلَّاللَّهُ عَلَيْهُ وَسَلَّمَ قال له: «لَا تَبِعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ»(٣)، وفي رواية: «ابْنَ أَخِي، إِذَا ابْتَعْتَ بَيْعًا، فَلَا تَبِعْهُ حَتَّى تَقْبِضَهُ»(٤).

فهذه النصوص تُبيِّن نوعَ الضمانِ الذي يُستحق به الرِّبحُ، وأنه ليس ضمانًا مجرَّدًا بل هو ناشئٌ عن تملُّكِ.

والناظر في هذه النصوص يُدرك عظمة هذه الشريعة؛ فإنَّ هذه النصوصَ جاءت بلفظِ الضمان دون المخاطرة، مع أنَّ الضمان نوعُ مخاطرة؛ وذلك لأنَّ المخاطرة ليست مقصودةً للشارع، وكلَّما أمكن تجنُّبُها فهو أفضل، بخلاف تحمُّلِ تبعةِ العين وضمانها، فإنَّ ذلك ضروريُّ للمبادلات المنتجة.

وارتباط الربح بهذا النوع من الضمان أي ضمان الملك مطرد، فلا ربحَ لمن لم يضمن، ولا يستحقُّ النَّماءَ مَن لم يتحمَّل هذه المخاطرة، وأمَّا المسائلُ التي يورِدُها البعضُ استثناءً من هذه القاعدة، فهي محلُّ نظر، ومِن أشهرها مسألتانِ:

الأولى: الثمار إذا تَلِفَت بآفةٍ سماويَّة قبل تمكُّنِ المشتري من الجُذَاذِ فهي من ضمان البائع؛ للأمر بوضع الجوائح، ومع ذلك يجوز للمشتري التصرُّفُ فيها بالبيع ونحوِه؛ لأنه مَلكَها وقبضها قبضًا حُكميًّا بالتَّخلية، فإذا باعها فيكون قد ربح فيما لم يدخل في ضمانه.

والثانية: إجارةُ العينِ المستأجَرةِ، فإنَّ العين مضمونةٌ على المالك، ويجوز للمستأجر أن يؤجِّرَها على غيره بأكثرَ من أُجرتها الأُولى، فيكون قد ربح فيما لم يضمن.

<sup>(</sup>۱) أخرجه أحمد ٢/ ١٧٤، وأبو داود (٣٠٠٤)، والترمذي (١٢٣٤)، والنسائي (٤٦٢٩)، وابن ماجه (٢١٨٨).

<sup>(</sup>٢) أخرجه أبو داود (٣٥٠٨)، والترمذي (١٢٨٥)، والنسائي (٤٤٩٠)، وابن ماجه (٢٢٤٣).

<sup>(</sup>٣) أخرجه أبو داود (٣٠٠٣)، والترمذي (١٢٣٢)، والنسائي (٤٦١٣)، وابن ماجه (٣١٨٧).

<sup>(</sup>٤) أخرجه أحمد (١٥٣١٦)، وابن حبان في صحيحه ١١/ ٣٥٨، والدارقطني ٣/٨، والبيهقي ٥/٣١٣.

### والجواب عن هاتين المسألتين من وجهين:

الأول: أنَّ الربح في كليهما مقترنٌ بنوع من ضمان الملك؛ فمشتري الثمرة وإن كان لا يضمن تَلَفَها بالجائحة العامَّة، كسرقة اللصوص التي تلفَها بالجائحة العامَّة، كسرقة اللصوص التي يمكن الاحترازُ منها(۱)، وكذلك المستأجر، فإنه لا يضمن العين المؤجَّرة، ولكنَّه يضمن منفعتَها للمستأجر الثاني؛ لكونه مالكًا لها.

والثاني: أنَّ القبض التام في هاتين المسألتين متعذِّرُ؛ لكون المعقودِ عليه يحصل شيئًا فشيئًا، فلذا ألزم البائع بضمان تسليم المعقودِ عليه للمشتري، وهذا لا يتأتَّى إلَّا إذا بَقِيَ ضمانُه حتى اللَّحظة التي يتمكن فيها المشتري من الاستيفاء التام للمعقود عليه، فيكون هذا أصلًا في كلِّ ما مِن شأنه أن يُحدِثَ شيئًا فشيئًا، كصكوك الإجارة وغيرها، وفي هذا يقول ابنُ القيِّم رَحَهُ أللَّهُ: (وضعُ الجوائحِ كما هو موافِقٌ للسُّنة الصحيحةِ الصريحةِ، فهو مقتضى القياسِ الصحيح؛ فإن المشتري لم يتسلَّم الثمرة ولم يقبضها القبض التَّامَّ الذي يوجِبُ نقلَ الضمانِ إليه؛ فإنَّ قبض كلِّ شيء بحسبه، وقبض الثمار إنما يكون عند كمال إدراكِها شيئًا فشيئًا، فهو كقبض المنافع في الإجارة، وتسليم الشجرة إليه كتسليم العينِ المؤجَّرةِ من الأرض والعقار والحيوان، وعُلق البائع لم تنقطع عن المبيع، فإنَّ له سَقْيَ الأصلِ وتعاهدَه، كما لم تنقطع عُلق المؤجِّر عن العين المستأجرةِ، والمشتري لم يتسلَّم التسليمَ التام، فإذا جاء أمرٌ غالبٌ اجتاح الثمرة من غير تفريطِ من المشتري، لم يحلَّ للبائع إلزامُه بثمنِ ما أتلفَه الله سبحانه منها قبل تمكنُه من قَبْضِها القبض المعتادِ في وقته ثم أخَّرَه لتفريطِ منه أو لانتظار غلاء السعر، كان التلف من ضمانه، ولم توضع عنه الجائحة)(").

### النوع الثاني: المخاطرة المحرَّمة.

وهي المخاطرة التي يكون منشؤها الجهالةُ والغَرَرُ؛ إمَّا في المعقود عليه، أو في الأَجَل، أو الصِّيغةِ، أو غيرِها مما هو مقصودٌ في العقد؛ فهذا النوعُ من المخاطرِ الأصلُ فيه التحريمُ؛ لما فيه من المقامرةِ والغَرَرِ. فإن كانت المخاطرةُ في مسابقةٍ، أو مغالبةٍ؛ فهي من القمار، وإن كانت في مبادلةٍ تجاريَّةٍ فهي من الغَرَرِ؛ ويُستثنى من تحريم هذا النوعِ من المخاطر الحالاتُ التي يُغتَفَر فيها الغررُ في العقود، وهي ثلاث:

الأولى: المخاطر التي لا يمكن التحرُّزُ منها، وتدعو إليها الحاجةُ، وهي تلك المخاطرُ التي تكون ملازمةً لبعض المعاملاتِ التي يحتاج إليها عمومُ الناسِ.

<sup>(</sup>١) إعلام الموقعين ٢/ ٢٥٨.

<sup>(</sup>٢) إعلام الموقعين ٢/ ٢٥٧.

والثانية: المخاطر اليسيرة، وهي تلك التي يكون احتمالُ الخسارةِ فيها منخفضًا؛ كالجهل ببعض الأجزاء الدقيقةِ في السلعة.

والثالثة: المخاطر التي لا تكون مقصودة في العقد، وهي تلك التي تكون تابعةً لنشاطٍ حقيقيًّ معلومٍ؛ كالجهل بموجودات بعضِ الأصول الماليَّةِ التي تُقصَد لقوَّتها في السُّوقِ، لا لموجوداتها؛ كالأسهم، والوحدات الاستثماريَّة (١).

0,00,00,0

<sup>(</sup>١) ينظر في تفصيل هذه الحالات: الغرر وأثره في العقود، ص٥٨١ - ٦١٢.

# المبحث الثَّاين

### حماية رأس المال بوسائل يُقصد منها تضمين مدير الاستثمار

المطلب الأول: اشتراط ضمان رأس المال على المدير.

الفرع الأول: صورة المسألة.

من المعلوم أنَّ الأصل في عقد الاستثمار، سواءٌ أكان مضاربة أم وكالة بأجر، أنَّ خسارة المال أو نقصانه على ربِّ المال، وأنَّ العامل لا يضمن إلَّا في حال تعدِّيه أو تفريطه، ولكن هل يجوز تضمين العامل ذلك بالشرط؟ أي إذا تضمَّن عقد المضاربة أو الوكالة بأجر شرطًا؛ بأن يكون ضمانُ العامل لرأس المالِ ضمانًا مطلقًا غيرَ مقيَّد بحال التعدِّي أو التفريط، فهل هذا شرطٌ صحيحٌ أم باطل؟

### الفرع الثاني: حكمها الشرعي.

لا أعلمُ خلافًا بين الفقهاء المتقدِّمِين على أنَّ اشتراط الضمانِ على العامل في عقد المضاربة أو الوكالة بأجر شرطٌ باطلٌ (١٠).

وقد نصَّ على ذلك قرار مجمع الفقه الإسلامي بجدَّة في دورته الرابعة، وفيه: (لا يجوز أن تشتمل نشرةُ الإصدارِ، أو صكوك المقارضةِ على نَصِّ بضمان عاملِ المضاربةِ رأسَ المال، أو ضمان ربحٍ مقطوعٍ أو منسوبٍ إلى رأس المال، فإن وقع النَّصُّ على ذلك صراحةً أو ضمنًا، بطل شرطُ الضمانِ واستحَّقَ المضارب ربحَ مضاربةِ المثل)(٢).

### ومن الأدلة على ذلك:

١ – أنَّ اشتراط ضمانِ رأسِ المال على المضارب يفَرِّغ عقدَ القراض من مضمونه ويحوِّلُه إلى قرض؛ ذلك أنَّ الفرق بين القرضِ والقراض أنَّ المال في الأول مضمونٌ وفي الثاني غيرُ مضمونٍ، فإذا كان ربُّ المالِ شريكًا في الرِّبح فهو قرضٌ جرَّ نفعًا؛ فيكون رِبًا (٣).

<sup>(</sup>١) المبسوط ١٥/ ٨٤، البهجة شرح التحفة ٢/ ٢١٧، الحاوي الكبير ٩/ ١١٣، المغني ٧/ ١٧٩.

<sup>(</sup>٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٤/ ٣/ ٢١٦٣.

<sup>(</sup>٣) المنتقى شرح الموطأ ٧/ ٧٢.

٢ - ولأنَّ هـذا الشرط يخالف مقتضى العقدِ فيُحكَم ببطلانه؛ وذلك (لأنَّ أصلَ القراض موضوع على الأمانة، فإذا شرط فيه الضمان فذلك خلاف موجِبِ أصلِه، والعقد إذا ضامَهُ شرطٌ يخالف موجبَ أصلِه، وجب بطلانُه)(١).

قال ابن قدامة: (القسم الثالث -أي من الشروط الفاسدة-: اشتراط ما ليس من مصلحة العقدِ ولا مقتضاه، مثل أن يشترط على المضارب ضمانَ المالِ، أو سهمًا من الوضيعة)(٢).

وذهب بعض العلماء المعاصرين (٣) إلى صحة تضمين العامل بالشرط معلّلاً ذلك: (بأنه ليس في الأدلة الشرعية ما يمنع من جواز هذا الاشتراط، وأن القول بصحّتِه لا يقتضي مخالفة لقاعدة من قواعد الشرع المتّفَق عليها، ولا وقوعًا في محظورٍ من ربًا، أو قمارٍ، أو بيع غررٍ، ولا جلبًا لمفسدة راجحة)(٤).

وهذا القول - في نظري - وجيه وله قوة، لولا ما فيه من مخالفة ما عليه عامَّة الفقهاء بل يكاد يكون إجماعًا منهم، وما فيه من شبهة الربا، فإنَّا إذا قلنا بأن المال في المضاربة يمكن أن يكون مضمونًا على العامل، وقد أذن له باستعماله، لم يَعُد ثمة فرقٌ بين القرض والمضاربة بشرط الضمان إلَّا في الاسم، وهذا خلاف القاعدة الشرعية المقرَّرة من أنَّ العبرة في العقود بمقاصدها وحقائقها لا بألفاظها ومبانيها.

وقد أجاب -حفظه الله- عن هذين الأمرين بما يلي:

١ – أمَّا مخالفة ما ذكره الفقهاء؛ فقد نُقل عن بعض فقهاء المالكيَّة والشوكاني من المتأخِّرين القولَ بجواز تضمين المضاربِ بالشرط إذا رَضِيَ بذلك؛ لأنَّ التراضيَ هو المناط في تحليل أموال العباد، كما نقل عن شيخ الإسلام ابن تيمية قوله: (وإذا شرط صاحب البذر –أي في المزارعة – أن يأخذ مثل بذرِه ويقتسما الباقي، جاز، كالمضاربة)(٥).

٢- وأمَّا ما فيه من شبهة القرضِ الرِّبوي، فأجاب عنها بأنَّ بينهما فرقًا جوهريًّا من حيث
 كونُ الزيادةِ على رأس المال في القرض الربوي محققةً مضمونةً في ذِمَّة المقترض.. بينما القراض
 مع تضمين المضارب رأسَ المالِ بالشرط، لا يترتب عليه زيادةٌ محقَّقةٌ مضمونةٌ على رأس المال

المعونة ٢/ ١١٢٢.

<sup>(</sup>٢) المغني ٥/ ٤١.

<sup>(</sup>٣) د. نزيه حماد في بحثه (ضمان الودائع الاستثمارية في البنوك الإسلامية بالشرط) ضمن كتاب في فقه المعاملات المالية والمصرفية، ص٢٨٤.

<sup>(</sup>٤) ضمان الودائع الاستثمارية في البنوك الإسلامية بالشرط، ص٢٨٥.

<sup>(</sup>٥) الأخبار العلمية، ص٢١٩، ونقله عنه كذلك ابن مفلح في الفروع ٧/ ١٢٩.

في ذِمَّةِ المضارِبِ بحالٍ، بل قد يترتب عليه زيادةٌ محتملةٌ في الرِّبحِ لا في ذِمَّةِ المضارِبِ؛ إذ الأمرُ لا يخلو إمَّا أن يخسر المضارب في استثماره لرأس المال، أو ألَّا يحقِّق ربحًا ولا خسارة، وفي كلتا الحالتين لا يستحق ربُّ المالِ أيَّ زيادةٍ على رأس المال، وإمَّا أن يربح المضاربُ؛ ففي هذه الحالِ فقط يستحق ربُّ المالِ نصيبَه في الربح الحاصلِ لا في ذِمَّةِ المضاربِ(١).

### ويمكن أن يجاب عن هذين الأمرين بما يلي:

١ – أمّا ما ذكره الشوكاني وبعضُ فقهاء المالكية، فهو محتمل؛ إذ من المحتمل أن يكون التزامُ المضاربِ بالضمان على سبيل التبرُّعِ منه عند التَّصفية، أو في أصل العقدِ من غير أن يكون ذلك شرطًا، بحيث إذا أخلَّ بهذا الالتزامِ لا يتمكن ربُّ المال من مقاضاته؛ لأنهم علَّقوا القول به بعدم مخالفته للشرع، وإلزام المضارب بالضمان يترتب عليه محظورٌ شرعي كما سبق.

وأمَّا ما نقل عن شيخ الإسلام ابن تيميَّة؛ فليس فيه ما يدل على جواز أن يضمن العامل البذر لصاحب البذر، ولا أن يضمن رأسَ المالِ لرَبِّ المال، وإنما مرادُه أنه يجوز في المزارعة أن يتَّفق صاحب البذر مع العامل على ألَّا يقتسما الثمرة حتى يرجع لصاحب البذر أصلُ مالِه، وهو مثل البذر التي دفعها، فلو لم يرجع له مثل بذره بسبب تلف المحصولِ، فلا يضمنه العامل.

وما ذكره رَحَمَهُ أللَّهُ خلافُ المعهود في المزارعة؛ من أنَّ صاحب البذر والعامل يتقاسمان الغلَّة حين ظهورها ولو لم يسلم لصاحب البذر قيمةُ بذرِه، فبيَّن رَحَمَهُ اللَّهُ جواز ذلك قياسًا على المضاربة التي لا يُحكم بظهور الربح فيها إلَّا بعد سلامة رأسِ المال.

٢- وأمَّا الجواب عن شُبهةِ القرض الربوي، فمحلُّ نظرٍ؛ لأنَّ ربَّ المال سيستفيد جهدَ
 العاملِ وعمله على كل الحالات، فإذا كان المال مضمونًا على العامل فهو قرضٌ جرَّ نفعًا لربِّ
 المال، وهو عملُ العاملِ، سواءٌ حصل ربحٌ أم لم يحصل.

وقد ذكر أهل العلم من صُورِ المنفعةِ في القرض أن يشترط المقرض على المقترض على المقترض عمل المسلِفُ فهي عملًا أو منفعة، قال في «الكافي»: (وكلُّ زيادةٍ في سلفٍ أو منفعةٍ ينتفع بها المسلِفُ فهي ربًا) (٢٠). وفي «كشاف القناع» (٣٠): (وشرط ما يجرُّ نفعًا؛ نحو: أن يُسكِنه المقترِضُ دارَه مجانًا، أو رخيصًا.. أو أن يعمل له عملًا، أو ينتفع بالرهن، أو يساقيه على نخلٍ، أو يزارعه على ضَيْعَةٍ).

<sup>(</sup>١) ضمان الودائع الاستثمارية في البنوك الإسلامية بالشرط، ص٢٧٩.

<sup>(</sup>٢) الكافي في فقه أهل المدينة، لابن عبد البر ٢/ ٣٥٩.

<sup>(</sup>٣) كشاف القناع ٨/ ١٤٢.

### المطلب الثاني: المضاربة مع إقراض المال للمدير.

### الفرع الأول: صورة المسألة.

من وسائل حماية رأس المال في عقود الاستثمار، ما ذكره بعضُ فقهاءِ الحنفيَّة؛ من أن ربَّ المال إذا أراد أن يضمن العامل رأسَ مالِه، فإنه يُقرِضُه معظمَ المال؛ لتكون يدُ العاملِ على المال المقترَضِ يدَ ضمانٍ، ثم يضاربه فيما تبقَّى من المال، على أن يشارك العامل بالمال الذي اقترضه في ذلك الاستثمار، فيكون العامل مضاربًا وشريكًا بالمال الذي اقترضه، ويتَّفق الطرفان على تقاسُمِ الأرباح بما يرتضيانِه، ويكون الجزء الأكبر منه لربِّ المال مع أنَّ رأس ماله في تلك المضاربة هو الأقل؛ بناءً على ما ذهب إليه الأحناف والحنابلة، من أنَّ قسمة الربح في الشركة بحسَب الشرطِ، ولا يلزم أن تكون بقَدْرِ المال (۱).

قال في «المبسوط» - مبينًا هذه الطريقة -: (لو أنَّ رجلًا أراد أن يدفع مالًا مضاربةً إلى رجلٍ، وأراد أن يكون المضارب ضامنًا له؛ فالحيلةُ في ذلك أن يُقرِضَه ربُّ المالِ المالَ إلَّا درهمًا، ثم يشاركه بذلك الدرهم فيما أقرضه، على أن يعملا فيما رزقهما الله تعالى في ذلك من شيء فهو بينهما على كذا.

وهذا صحيحٌ؛ لأن المستقرِض بالقبض يصير ضامنًا للمستقرَض متملكًا له، ثم الشركة بينهما مع التفاوت في رأس المال صحيحةٌ، والربح بينهما على الشرط، ويستوي إن عَمِلَا جميعًا أو عمل به أحدُهما فربح، فإن الربح يكون بينهما على هذا الشرط، وإن شاء أقرض المال كلَّه للمضارب ثم يدفعه المستقرِض إلى المُقرِضِ مضاربةً بالنصف، ثم يدفعه المقرِضُ إلى المستقرِض بضاعةً، فيجوز ذلك)(٢).

وذكر في «تبيين الحقائق» حيلةً أخرى لتضمين العامل في المضاربة، فقال: (وإذا أراد ربُّ المالِ أن يجعل رأسَ المال مضمونًا على المضارب، أقرضَه رأسَ المالِ كلَّه، ويُشهِد عليه، ويُسلمه إليه، ثم يأخذه منه مضاربةً، ثم يدفعه إلى المستقرض يستعين به في العمل، فإذا عَمِلَ وربح، كان الربح بينهما على الشرط، وأخذ رأس المال على أنه بدل القرض، وإن لم يربح أخذ رأس المال بالقرض، وإن هلك على المستقرض، وهو العامل) (٣).

وهـ ذا الأسـلوب كما يجري في المضاربة، فيمكن أن يُطبَّق في الوكالة؛ بأن يُقرض الموكل الوكيـلَ معظمَ المبلغ الذي ينوي اسـتثماره ثـم يضاربه في الباقي، مع مشـاركة الوكيل بالمال الذي اقترضه، ويكون للوكيل الأجرُ المعتادُ في استثمار ذلك المال، وما زاد عنه يكون للموكل.

<sup>(</sup>١) بدائع الصنائع ٦/ ٦٢، تنقيح الفتاوى الحامدية ١/ ٩٦، المبدع ٥/ ٦، مطالب أولي النهي ٣/ ٤٩٨.

<sup>(</sup>٢) المبسوط ٣٠/ ٢٣٨. (٣) تبيين الحقائق ٥/٥٥.

### الفرع الثاني: حكمها الشرعي.

من الواضح أنَّ المعاملة السابقة تجمع بين القرض والمضاربة، وكلُّ منهما مشروطٌ في الآخر، فربُّ المالِ يُقرض العاملَ المالَ بشرط أن يُضارِبَه فيه أو في بعضِه، والغرضُ من القرض ليس الإرفاق وإنَّما تضمين العامل، فالذي يظهر هو تحريم هذه المعاملة؛ لما يلي:

أُولًا: أنَّ هذه المعاملة حيلة لتضمين العاملِ في المضاربة، وتضمين الوكيلِ في الاستثمار، وقد سبق معنا أنَّ تضمين العاملِ في عقد الأمانةِ، لا يصحُّ؛ لما يترتب عليه من شُبهة القرض الرَّبوي، والحيلة على أمرٍ محرَّمة ، كما هو معلومٌ في أصول الشريعة.

وثانيًا: أنَّ هـذه المعاملة جمعت بين القرض والمعاوضة، فيشملها النهيُ في قول ع عَلَيْهِ الضَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا يَحِلُّ سَلَفٌ وَبَيْعٌ»(١).

يقول شيخُ الإسلام ابنُ تيميَّة رَحَمَهُ اللَّهُ مبيِّنًا فقه هذا الحديثِ: (نَهَى صَالَلَهُ عَايَنَهُ وَسَلَمُ عن أَن يُجمَع بين سلفٍ وبيع الو مثله، وكلُّ تبرع يُجمَع بين سلفٍ وبيع الو مثله، وكلُّ تبرع يُجمعه إلى البيع والإجارة؛ مثل: الهبة، والعارية، والعَرِيَّة، والمحاباة في المساقاة والمزارعة وغير ذلك، هي مثل القرض؛ فجماعُ معنى الحديث: ألَّا يُجمع بين معاوضةٍ وتبرع؛ لأنَّ ذلك التبرع إنما كان لأَجلِ المعاوضة؛ لا تبرعًا مطلقًا، فيصير جزءًا من العوض)(٢). ولا يخفى أنَّ القرض من ربِّ المالِ في المعاملة التي معنا ليس قرضًا محضًا، وإنما شرط فيه أن يضاربه العامل، وأن يحابِيه في حصَّته من الرّبح؛ بأن تكون حصةُ المقرِضِ من الربح أعلى، مع أنَّ رأسَ مالِه في الشركة أقلُّ.

وثالثًا: أنَّ فقهاء الحنفيَّةِ إنما ذكروا هذه الحيلةَ في حال خوفِ ربِّ المالِ، أن يجحد العاملُ ذلك المالَ أو يدَّعيَ تلفَه، لا لأجل تضمينِه مطلقًا، فتكون حيلةً لأمرِ مباح، والحيلةُ على المباح مباحةٌ، ومما يدل على ذلك ما جاء في «المنظومة المحبية» لابن الشَّحْنَة الحنفي، حيث يقول:

مَالًا إِلَى مُنضَارِبٍ وَيَقَعَا جُحُودَهُ أَوْ يَدَّعِي فِيهِ التَّلَفُ جُحُودَهُ أَوْ يَدَّعِي فِيهِ التَّلَفُ لِلَالِنَانِ ثُمَّ بَعْدَمَا لِلْلِكَ الْإِنْسَانِ ثُمَّ بَعْدَمَا فِي الدِّرْهَمِ الْبَاقِي فَعِنْدَ ذَلِكَا

إِذَا أَرَادَ رَجُ لِلَّ أَنْ يَدْفَعَ لَا فَذَا أَرَادَ رَجُ لِلْ أَنْ يَدْفَعُ فَا ذَلِكَ مَضْمُونًا عَلَيْهِ إِنْ يَخَفْ فَلْيُقْرِضَ نَّ الْمَالَ إِلَّا دِرْهَمَا يَلَقَعُ إِقْرَاضًا لَـهُ تَشَارَكا يَلَقَعُ إِقْرَاضًا لَـهُ تَشَارَكا ... إلخ الأبيات.

<sup>(</sup>۱) أبو داود (۲۵۰٤)، والترمذي (۱۲۳٤)، والنسائي (۲۲۱۱).

<sup>(</sup>٢) مجموع الفتاوى ٢٩/ ٥٥.

### المطلب الثالث: التزام المدير بشراء الوحداتِ الاستثمارية أو أصول الصكوك بقيمتها الاسمية.

### الفرع الأول: تصوير المسألة.

يلجاً بعض مديري الاستثمارات لضمان رأسِ مالِ الاستثمار إلى إصدار التزام مِن قِبل المدير للمستثمرين، بشراء استثماراتهم بقيمتها الاسمية.

ويُقصَد بالقيمة الاسمية: المبلغ المدفوع في بداية الاستثمار.

وهـذا الالتزام قـديكون بصيغة التعهُّدِ، أو بالوعد الملزِم للمدير؛ والاستثمارات التي يلتزم المدير بشرائها قد تكون على شكل وحداتِ استثمارية، أو أصول ممثَّلة بصكوكِ أو غيرها.

واسترداد قيمة هذه الوحداتِ أو الأصولِ قد يكون متاحًا في أيِّ وقتٍ -كما في الصناديق المفتوحة - وقد يكون مشروطًا بانتهاء فترةِ الاستثمار؛ أي عند التَّصفية -كما في الصناديق المغلقة - أو عند إطفاء الصكوك في نهاية مدتها.

وبناءً على هذا الالتزام، فمتى حَلَّ موعدُ إطفاء الصكوك، أو تصفية الصندوق الاستثماري، أو في حال رغبة المستثمر استرداد قيمة الوحدات أو الأصول إذا كان ذلك متاحًا قبل التصفية، فيُنظر: فإن كانت قيمتُها السوقية أكثرَ من قيمتها الاسمية، فيكون الاسترداد بقيمتها السوقية؛ لأنها أحظُّ له، وأمَّا إن تكبَّدت تلك الاستثماراتُ خسائرَ وانخفضت القيمةُ الاسمية للوحدات أو الصكوك عن قيمتها السوقية، فإنه سيبيعها بقيمتها الاسميَّة على المدير، وبذا يكون المستثمِرُ قد ضمن رأسَ مالِه في ذلك الاستثمار.

### الفرع الثاني: حكمُها الشرعي.

التزام المدير بشراء الوحداتِ أو الصكوك بقيمتها الاسمية، هو في حقيقته ضمانٌ لرأس المالِ، لا فرقَ في حليقته ضمانٌ لرأس المالِ، لا فرقَ في حقيقة الأمرِ بينهما.

وقد نصَّ على مَنْع هذا التعهُّدِ المجلسُ الشرعي بهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسّسات الماليَّةِ الإسلامية في بيانه الصادر بشأن الصكوك، وفيه: (لا يجوز للمضارب، أو الشريك، أو وكيل الاستثمارِ أن يتعهَّد بشراء الأصولِ من حَمَلةِ الصكوكِ، أو ممن يمثُّلُهم بقيمتها الاسميَّة عند إطفاء الصكوكِ في نهايةِ مُدَّتِها، ويجوز أن يكون التعهُّدُ بالشراء على أساسِ صافي قيمةِ الأصول، أو القيمة السوقيَّة، أو القيمة العادلة، أو بثمنِ يتَّفق عليه عند الشراء... علمًا بأنَّ مدير الصكوك ضامنُّ لرأس المال بالقيمة الاسميَّة في حالات التعدِّي أو التقصير، ومخالفة الشروط؛ سواءٌ كان مضاربًا، أم شريكًا، أم وكيلًا بالاستثمار).

### المطلب الرابع: الوعود المتبادلة للتحوُّطِ من تذبذب القيمةِ السوقية.

### الفرع الأول: تصوير المسألة.

من الوسائل التي تتَّخِذُها بعضُ البنوكِ لتحقيق الحمايةِ لعُمَلائها المستثمِرِين، إصدارُ وعودٍ متبادلةٍ بينها وبين المستثمر، بحيث يصدر وعدُّ ملزمٌ من البنك بشراء الأصولِ المستثمرةِ المملوكة للعميل في تاريخِ محدَّدٍ بثمنٍ محدَّدٍ، ولكنَّه شراءٌ معلَّق على شرطٍ؛ بأن يكون ثمنُها الجاري في السوق أقلَّ من ذلك الثمنِ الذي التزم البنكُ بالشراء به، وفي المقابل يقدِّم العميلُ وعدًا مُلزِمًا بالبيع للبنك عند حلول الأجَلِ بنَفْسِ الثمنِ المتَّفَقِ عليه، ولكن بشرط أن يكون ثمنُها في السوق أعلى من ذلك الثمن المحدَّدِ.

فعلى سبيل المثال: لو أنَّ عميلًا رغب في أن يحقِّق الحماية لاستثماراته بهذه الطريقةِ، فما عليه إلَّا أن يوكل البنك في أن يشتري له أصولًا استثمارية -أسهمًا مثلًا بـ ٩٠ - ويَعِدُه البنك بأن يشتري منه هذه الأسهمَ في تاريخِ محدَّدِ بـ (٩٠٠) إذا كان سعرها في السوق في ذلك الوقت يَقِلُّ عـن (٩٠٠) ويعد العميلُ البنكَ بـأن يبيعها على البنك بهذا المبلغِ إذا كانت قيمتُها الجاريةُ في ذلك الوقتِ تَزيد على (٩٠٠).

والمحصِّلةُ النِّهائيَّةُ لهذه الطريقةِ أنَّ العميل سيبيع هذه الأصولَ على البنك في التاريخ المحدَّدِ بمبلغ (١٠٠)؛ لأنَّ السعر الجاريَ في السوق وقتَ التنفيذِ إن كان يزيد على (١٠٠)، فسيلزِم البنكُ العميلَ بالبيع، وإن كان أقلَّ فسيلزمه العميل بالشراء، وإن كان مساويًا لها فيستوي الأمر للطرفين؛ إذ لا فرقَ بين أن يبيعها العميلُ على البنك، أو في السوق، أو أن يشتريها البنك من العميل أو من السوق (١٠).

### الفرع الثاني: حكمها الشرعي.

الذي يظهر أنَّ الحُكمَ الشرعي لهذه الطريقةِ يختلف بحسَب نوعِ العلاقةِ بين البنك والعميل، ولا يخلو الأمر من إحدى حالتين:

الحال الأولى: أن يكون البنك وكيلًا عن العميل في الشراء، بحيث يقتصر دورُ البنكِ على كونه سمسارًا عن العميل، ثم إذا تملّك العميلُ تلك الأصولِ أَجْرَيَا تلك الوعودَ المتبادلة، فلا يظهر في ذلك محظورٌ شرعيٌّ؛ سواءٌ أكان انتقالُ مِلكيَّة تلك الأصولِ إلى البنك في وقتِ التنفيذ بهذه الوعود أم بالبيع الآجل؛ لأنَّ العميلَ يملك هذه الأصولَ، وله بيعُها نقدًا أو بالأجَل. ويُستثنى من ذلك ما إذا كانت تلك الأصولُ نقودًا أو ذهبًا أو فضةً، فإنَّ صَرْفَ العملاتِ، وشراء الذهب والفضة، يَحرُمُ فيه النَّسَأُ.

<sup>(</sup>١) التحوطات البديلة عن الضمان في المشاركة والصكوك الاستثمارية وغيرها. بحث د. محمد القري.

والحال الثانية: أن يكون البنكُ مديرًا لاستثمارات العميل، إمَّا بالمضاربة أو الوكالة أو المساركة، فقد يقال: إنَّ هذه الوعودَ المتبادلةَ جائزةٌ؛ لأنها وعودٌ مستقِلَّةٌ لا تتَّفِقُ في محلِّ واحدٍ في زمنٍ واحد؛ لأنَّ أحدَ الوعدَيْنِ معلَّقُ على شرط أن يكون سعرُها في السوق أقلَّ من مثةٍ، والثاني معلقٌ على شرط أن يكون سعرها في السوق أعلى من مئة، فمورد الوعدَيْنِ مختلِفٌ (١).

وبهذا فليست هذه الوعودُ المتبادلة من المواعدة الملزِمةِ للطَّرَفَين التي هي بمنزلة العقدِ، وصدر فيها قرارُ مجمعِ الفقهِ الإسلامي الدولي رقم (٤٠- ٤١) وفيه: (المواعدة -وهي التي تصدر من الطرفين- تجوز في بيع المرابحةِ بشرط الخيار للمتواعدين، كليهما أو أحدهما، فإذا لم يكن هناك خيارٌ فإنها لا تجوز؛ لأنَّ المواعدة الملزمة في بيع المرابحةِ تُشبِهُ البيعَ نفسَه)(٢).

وقد يقال -وهو الأظهر-: بعدم الجواز؛ لأنَّ الوعدين وإن اختلفا في شرط لزومهما، إلَّا أنَّ هذا الاختلاف غيرُ مؤثِّر؛ لأنَّ النتيجة الحتميَّة لهذه الوعودِ أن يتمَّ التنفيذ بالسعر المتَّفَقِ عليه؛ سواءٌ زادت القيمة السوقية لتلك الأصولِ على السعر المتَّفَقِ عليه، أم نقصت عنه، أم عادَلَتْه؛ والمدير في حقيقة الأمر ملتزِمٌ بشراء هذه الأصولِ بقيمتها الاسمية، وربح محدَّد.

وقرار المجلس الشرعي بهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسّسات الماليَّة الإسلاميَّة الذي سبق إيراده المتضمن تحريم التزام المدير بشراء الأصول بقيمتها الاسمية، أرى أنه يشمل هذه الصورة، والله أعلم.

0,00,00,0

<sup>(</sup>١) المرجع السابق.

<sup>(</sup>٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي/ الدورة الخامسة.

## المبحث الثيَّ الثُّ

### الحماية التعاونية لرأس المال

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: التأمين التكافلي على الاستثمار والتمويل.

الفرع الأول: تصوير المسألة.

من الحلول المطروحة لحماية رأسِ المالِ في الاستثمارات: التأمين على الاستثمار تأمينًا تكافليًّا، وذلك من خلال إنشاء صندوق تأمينٍ تكافلي<sup>(۱)</sup> تشترك فيه مجموعةٌ من جهات الاستثمار، ويُدار من قبل شركة تأمينٍ تكافليًّ مستقلَّة عنهم، بحيث تقتطع نسبة معيَّنة من رؤوس أموالِ المستثمرين، أو من الأرباح المتحقِّقة، وتُودَع ذلك الصندوق، ويتمُّ تغذيتُه بشكلٍ دوري، وإذا حصل أيُّ ضررٍ في المستقبل على أيٌّ من جهات الاستثمارِ المشتركة في الصندوق التكافلي، فيتم جبرُه من ذلك الصندوق.

والتأمين بهذه الطريقةِ يمكن أن يوجَّه للحماية من أنواعٍ متعدِّدةٍ من المخاطر المتعلِّقةِ بالاستثمار، ومنها:

١ - المخاطر على رأس المال؛ وذلك بحماية رأسِ المالِ من أيِّ مخاطرَ محتمَلةٍ؛ من خسارةٍ
 أو نقصانٍ في قيمته، أو هلاكه.

٢ - مخاطر العائد على الاستثمار؛ وذلك لمواجهة أيِّ انخفاضٍ مستقبلي في الأرباح،
 وتحقيق موازنة في التوزيعات.

٣- مخاطر العائد على التمويل؛ وذلك بحماية عقودِ التمويل، لا سيَّما طويلة الأجَلِ من التقلُّباتِ في معدَّلاتِ الفائدةِ على التمويل، التي كثيرًا ما ترتبط بالتقلُّباتِ في معدَّلاتِ الفائدةِ على القروض الرِّبوية.

<sup>(</sup>۱) التأمين التكافلي: اتفاق أشخاص يكونون معرَّضين لأخطار متشابهة على تلافي الأضرار الناشئة عن تلك الأخطار، وذلك بدفع اشتراكات في صندوق تأمين له ذمة مالية مستقلة، بحيث يتم منه التعويض عن الأضرار التي تلحق المشتركين من جرَّاء وقوع الأخطار المؤمَّنِ لها، ويتولى إدارة الصندوق هيئةٌ مختارة من حملة الوثائق أو شركة مستقلة، وتأخذ جهة الإدارة أجرًا مقابل إدارتها أعمال التأمين، كما تأخذ أجرًا، أو حصة من الأرباح في مقابل استثمارها لأموال الصندوق بصفتها وكيلًا بأجرٍ أو مضاربًا. المعايير الشرعية الصادرة من هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية: معيار التأمين الإسلامي، ص٦٨٥.

3 - مخاطر الائتمان؛ وذلك بحماية عقودِ التمويل التي يشتمل عليها الاستثمارُ؛ كالمرابحات، والإجارات، وغيرها من مخاطر التعثرِ في السداد، أيًّا كان سببُ ذلك التعثرِ؛ من إفلاس المدين، أو موته، أو مماطلته، أو غير ذلك، وهي مخاطرُ بلا شكِّ تؤدِّي إلى إلحاق الضَّرَرِ بالمستثمرين بفقدان الربحِ المستحقِّ على تلك العقودِ، وأحيانًا بتآكُلِ جزءٍ من رأس المالِ، فيتم جبرُ هذا الضررِ بالتَّعويض من صندوق التأمينِ التكافلي.

٥- مخاطر الصرف؛ وذلك بحماية الاستثمارِ من أيِّ تذبذبٍ في أسعار الصرفِ قد يؤدِّي إلى تآكُلِ رأسِ المال، أو نقصان الربح عن حدِّ معيَّن.

### الفرع الثاني: الحكم الشرعي.

لا يظهر ما يمنع شرعًا من التأمين التكافلي لحماية الاستثمار؛ سواءً أكان التأمين موجّهًا لحماية رأسِ المالِ المستثمرِ من أي مخاطرَ تؤدِّي إلى نقصانه، أو كان موجهًا لجبر نقصان الربح عند حدٍّ معيَّن خلال فترة الاشتراك، أو كان الغرض منه صيانة الديون وعقود التمويل من مخاطر التعثر، أو التقلُّبات في معدَّلات العائدِ أو أسعار الصرف، شريطة أن تتحقَّق فيه ضوابطُ التأمين التكافلي، ومنها:

١ – أن يكون اشتراك المستثمرين في الصندوق التكافلي على سبيل التعاون فيما بينهم،
 بحيث يختصُّ هؤلاء بما في الصندوق من اشتراكات وعوائد، وما يتم تكوينُه من مخصَّصاتٍ
 واحتياطيَّاتٍ متعلِّقةٍ بالتأمين والفائضِ التأميني، وفي المقابل يتحمَّلون جميع المصروفات المتعلِّقةٍ
 بإدارة عمليات التأمين.

٢- أن يكون الالتزامُ بالتعويض في حال وقوعِ الضررِ صادرًا من الصندوق التكافلي الذي يختصُّ به المستثمرون وفق الوثائقِ واللَّوائح المتَّفَقِ عليها، وليس من شركة إدارة التأمين (١١).

وعلى الرغم من أنَّ التأمين التكافليَّ في صُورِهِ السابقة مشتمِلٌ في ظاهره على المبادلة النقدية (الاشتراكات مقابل التعويضات)، والاحتماليَّةُ فيه قائمةٌ، فقد تزيد التعويضات المستحقَّة لجهة الاستثمار على الصندوق وقد تَقِلُ، إلَّا أنَّ ذلك ليس من الربا ولا من الغرَرِ المحرَّم شرعًا؛ لأنَّ المبادلة لا يُقصَد منها المعاوضةُ الماليَّةُ، فلا يجري عليها أحكامُ وضوابطُ المعاوضات، وإنما الغرضُ منها التعاونُ والتكافلُ وتفتيتُ المخاطرِ فيما بين المستثمرين، فهي من عقود الإرفاق؛ ومن المعلوم أنَّ عقد الإرفاق يُغتفر في عقد المعاوضة، ولا تجري عليه قواعدُ الشريعةِ في

<sup>(</sup>١) ينظر: معيار التأمين الإسلامي الصادر من هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعيار رقم (٢٦).

الربا والغَرَرِ كما في عقد المعاوضة؛ ذلك أنَّ عقد المعاوضةِ مبني على المشاحَّةِ بين أطراف العقدِ، بخلاف عقد الإرفاق؛ فإنَّ أساسه التعاونُ فيما بينهم.

وبه يُعلَم أنَّ حماية الاستثمار عن طريق التأمين التكافلي ليس ضمانًا للمال، وإنما هو ترتيبٌ فيما بين المستثمرين يُقصَد به توزيعُ المخاطِر فيما بينهم.

### المطلب الثاني: الحماية من طرف ثالث.

### الفرع الأول: تصوير المسألة.

من وسائل حماية رأس المال، التزامُ طَرَفٍ ثالثٍ بضمان رأسِ المالِ، أو به وبالربح لصالح المستثمرين أو حملة الصكوك.

والمراد بالطرف الثالث: ما عدا مدير الاستثمار والمستثمر؛ والغالبُ أنَّ يكون جهة حكوميَّة، وقد يكون جهة خاصَّة.

### والتزام الطرف الثالث على ضربين:

الأول: أن يكون ذلك على سبيل التبرع؛ وهذا هو الأغلب فيما إذا كان الضامنُ جهةً حكوميَّة؛ والغرض منه تشجيعُ الناسِ على المشاركة في المشاريع الاستثماريَّةِ المتعلِّقةِ بالمرافق العامَّةِ ونحوها، والتي قد يُحجمُ كثيرٌ منهم عنها لولا وجودُ هذا الضمانِ(١).

والثاني: أن يكون هذا الالتزامُ بأجرٍ؛ وهو ما تقوم به بعضُ المصارفِ التقليديَّةِ، حيث تؤمن على أموال المستثمرين لدى شركات تأمين تجاريَّةٍ (٢).

وعلى كلا الحاليْنِ إمَّا أن يكون الضمانُ بنيَّةِ الرجوع على العامل، أو أنه بغير نيَّةِ الرجوعِ عليه، وهذا هو الغالب.

### الفرع الثاني: الحكم الشرعي.

### وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: التزام طرف ثالث بالضمان من غير نيَّة الرجوع على العامل.

### وهذا الالتزام على نوعين:

<sup>(</sup>١) مثال ذلك: ضمان الحكومة في السعودية نسبة من قيمة الاكتتاب في أسهم شركة الكهرباء المملوكة بالأغلبية للحكومة.

<sup>(</sup>٢) هذا النوع من الالتزام ليس من الحماية التعاونية، وإنما ذكر هنا لاستيفاء جميع الصور الممكنة لالتزام الطرف الثالث.

النوع الأول: أن يكون الضامن متبرعًا.

فذهب بعضُ المعاصرين إلى تحريم التزامِ طَرَفِ ثالثِ من غير طرفَيِ العقدِ بضمان أموال المستثمرين من غير نيَّةِ الرجوع على العامل، حتى وإن كان متبرِّعًا بذلك(١).

وحُجَّتُهم في ذلك: اتفاق الفقهاء على أنَّ الضامن إنما يصتُّ ضمانُه؛ لما هو مضمونٌ على الأصيل؛ كالقرض، وثمن المبيع، وسائر الديون؛ أمَّا ما لم يكن مضمونًا على الأصيل، فلا يصتُّ ضمانُه؛ مثل: الوديعة، ورأس مال المضاربة (٢).

ويناقش هذا القول: بأنَّ محلَّ الضمانِ المتَّفَقِ على المنع منه، هو فيما إذا كان الضامن سيرجع على العامل، فهذا يؤدِّي إلى تضمينِ العاملِ، أمَّا إذا كان بغير نيَّةِ الرجوع فهو التزامُّ منه بالتبرع بمالٍ يعادل القيمةَ الاسميَّةَ للأصول في حال هلاكِها أو نُقصانها مهما كان سبب ذلك؛ فالالتزام هنا هو ضمانٌ بمعناه العامِّ لا بالمعنى الاصطلاحي الخاص الذي يرادف الكفالة، وبما أنَّ هذا الالتزام لا يترتب عليه محظورٌ شرعي؛ لأنَّ الالتزام المحظورَ في المضاربة ونحوِها من عقود الاستثمار، هو ضمان العاملِ للخسارة؛ حتى لا تجتمعَ عليه خسارةُ الربحِ الذي كان يسعى لتحقيقه، وخسارةُ المال بسبب لا يَدَ له فيه.

والطرف الثالث ليس ربًا للمال ولا عاملًا فيه، بل هو متبرّع، وإذا كان التبرع بالمال جائزًا، فإنَّ التبرع بالضمان أحرى بالجواز.

وإلى القول بالجواز ذهب كثيرٌ من المعاصِرِين، وبه صدر قرارُ مجمعِ الفقهِ الإسلامي بجدَّة (٢)، وعددٌ من الهيئات الشرعيَّة في البنوك الإسلاميَّة (٤).

والشرط الأساس عند أصحاب هذا القولِ، أن يكون للطَّرَفِ المتبرِّعِ ذِمَّةٌ مستقلَّةٌ عن ذِمَّةِ العامل، فإنْ لم يتحقَّق هذا الشرطُ فلا يصحُّ الضمانُ، ومن ذلك أن يضمن البنك الودائع الاستثماريَّة لأحد فروعِه، فلا يصحُّ، وأمَّا إن كان للمتبرِّعِ والعامل ذِمَّتَ انِ منفصلتانِ، ولكن أحدهما مملوك جزئيًّا للآخر، فهل يصحُّ الضمان؟

<sup>(</sup>۱) بحوث في قضايا فقهية معاصرة، ص ٢٣٠، مجلة جامعة الملك عبد العزيز: الاقتصاد الإسلامي مج (٦) مج (٣).

<sup>(</sup>۲) البحر الرائق ٦/ ٢٥٦، الكفاية ٦/ ٣١٣، مواهب الجليل ٥/ ٣٦٠، بلغة السالك ٢/ ٢٤٧، مغني المحتاج ٣/ ٢٥٠، حاشية الجمل ٣/ ٣٨٠، المغنى ٧/ ٢٧، غاية المنتهى ٣/ ٢٠٥.

<sup>(</sup>٣) مجلة المجمع ٤/ ٣/ ٢١٦٤.

<sup>(</sup>٤) الفتاوى الاقتصادية، ص١٠٧، تصوير حقيقة سندات المقارضة والفرق بينها وبين سندات التنمية وشهادات الاستثمار والفرق بينها وبين السندات الربوية، د. سامي حمود، سندات القراض وضمان الفريق الثالث، د. منذر قحف، مجلة المجمع ٤/ ٣/ ١٩٢٨.

المسألة محلُّ نَظَرٍ، والأظهر -والله أعلم- أنه يصح الضمان بشرطين:

الأول: أن يكون لكلِّ منهما شخصيَّةٌ مستقلَّةٌ عن الآخر.

والثاني: ألَّا يكونُ أحدُهما مملوكًا للآخرِ بالكامل، أو بحصَّةِ تزيد على الثَّلْثَين؛ فلا بد من وجود شريكِ أو أكثرَ يملك الثلثَ على الأقل؛ لئلا يكون الاستقلالُ صوريًّا.

#### ومن التطبيقات المعاصرة لذلك:

١ - من توصيات الندوة الفقهية الاقتصادية المنعقدة بين مجمع الفقه الإسلامي والبنك الإسلامي للتنمية في ١٦ - ١٧/ ٥/ ١٤١١هـ: جواز ضمان البنك لما يبيعه لصندوق الاستثمار التابع له، والذي يتولَّى إدارتَه على أساس المضاربة(١).

٢- من توصيات ندوة البركة السادسة للاقتصاد الإسلامي: جواز ضمان فرع بنك البركة في جدة لأموال المستثمرين في بنك البركة بلندن، إذا اقتضت قوانين بلد البنك المضمون (فرع لندن) ضمان أموال المستثمرين (٢).

٣- كما جوَّزت الهيئة الشرعيَّة للبنك الأردني الإسلامي ضمانَ الدولةِ لأموال الأوقاف المستثمَرةِ التي تُديرها وزارةُ الأوقاف (٣).

### النوع الثاني: أن يكون الالتزام بأجر.

وهذا الالتزام نوعٌ من التأمين التّجاري على الاستثمار؛ لأنَّ الطَّرَفَ الثالث يلتزم بالتعويض في مقابل الأجرِ المدفوعِ من المدير أو من المستثمِرين؛ وعامَّةُ المجامعِ الفقهيَّةِ على تحريم التأمين التجاري، ومنه هذا النوعُ من التأمين، بل إنَّ الغَرَرَ فيه فاحش؛ نظرًا للمخاطر الكثيرة التي يتعرَّضُ لها الاستثمارُ ما بين مخاطرَ ائتمانيَّة، وسياسيَّة، وأمنيَّة، وأخلاقيَّة، وغيرها.

المسألة الثانية: كفالة الطرف الثالث للعامل (الضمان الشخصي)(4).

والمقصود: أن يكون للضامن حقُّ الرجوعِ على العامل؛ وهذه الكفالةُ على نوعين: النوع الأول: الكفالة المطْلَقَة.

أي أنَّ الطَّرَف الثالثَ؛ سواءٌ أكان جهةً حكوميَّةً أم خاصَّةً، يكفل العامل كفالةً مطلقةً؛ أي غيرَ مقيَّدَةٍ بتعدِّي العامل أو تفريطه، على أن يكون له حتَّ الرجوعِ عليه بالمال الذي ضَمِنَه به.

<sup>(</sup>۱) مجلة المجمع ٧/ ٥٣٣/١. (٢) الفتاوى الاقتصادية، ص١٠٦.

<sup>(</sup>٣) تصوير حقيقة سندات المقارضة، ص١٩٢٨.

<sup>(</sup>٤) الضمان الشخصي: ضم ذمة أو أكثر إلى ذمة المدين الأصلي، وقيد بكونه شخصيًا؛ لتمييزه عن الضمان بمعناه العام الذي يشمل ضمان اليد وضمان العقد وضمان الإتلاف والضمان بإلزام الشارع. انظر: نظرية الضمان الشخصي، ص١٣٥.

وهذه الكفالة محرَّمةٌ، سواءٌ أكانت بأجرٍ أم تبرعًا؛ لأنَّ مآلَها تضمينُ العاملِ ضمانًا مطلَقًا، وقد سبق معنا أنه لا يجوز أن تكون يَدُ العمل في عقود الاستثمارِ يدَ ضمانٍ.

النوع الثاني: أن تكون مقيَّدةً بتعدِّي العامل، أو تفريطه.

وهذا النوع له حالتان:

الحال الأولى: أن يكون الكفيل متبرعًا.

كأن يضمن البنك مدير الاستثمار تجاه المستثمرين في الصناديق التابعة له، ويكون ذلك مقيدًا بحالات تعدِّي المدير أو تفريطه؛ وهذه الكفالة جائزة؛ إذ لا يترتب عليها محظورٌ شرعيٌّ، وقد نصَّ أهلُ العلمِ على جوازِ أن يشترط ربُّ المالِ على العامل في المضاربة ضَمِينًا أو كفيلًا يضمن له ما يَضِيعُ من ماله، أو يتلف بتعدِّ أو تقصير (۱).

الحال الثانية: أن تكون الكفالة بأجرٍ.

وهـذه كسابقتها، إلَّا أنَّ الضامـن يأخـذ أجـرًا مقابـل ضمانِـه؛ وهـذه الحالُ هـي الأكثر في الضمانات الماليَّةِ للاستثمارات المشتملةِ على عقود تمويل؛ كالمرابحات، والبيوع الآجلة، وعقود الاستصناع ونحوها؛ فلحماية هذه الاستثمارات يطلب الصندوق الاستثماري عادةً من المستفيد من التمويل -إذا كان تصنيفُه الائتماني ضعيفًا- ضمانًا ماليًّا من أحد البنوكِ ذاتِ التصنيف الائتماني العالي، ومن المعلوم أنَّ البنوك لا تقدِّم هذه الضماناتِ مجانًا، وإنما تأخذ عليها أجرًا.

فالبنكُ في هذه الحال ضامنٌ بأجرٍ، والصندوق الاستثماري مضمونٌ له، والمستفيد من التمويل مضمون عنه.

والحكم في هذه المسألةِ ينبني على خلاف الفقهاءِ في حُكم ِ أُخْذِ الأجرِ على الضمان الشخصي (الكفالة)؛ وليس هذا هو موضع البَسْطِ في هذه المسألة، فقد كُتب فيها بحوثٌ متعدِّدة (٢).

والذي يترجح للباحث فيها: أنَّ إطلاق القولِ بجواز أَخْذِ الأجرِ على الضمان أو بمنعه، فيه نظر؛ فيُمنع أخذُ الأجرِ على الضمان إذا آلَ الضمانُ إلى قرض؛ لما يترتب عليه من القرض بفائدةٍ، وأمَّا إذا كان لا يئول إلى قرضٍ فليس في الأدلَّة الشرعيَّةِ ما يمنع منه، ولا يترتب عليه محظورٌ شرعي.

ومما يؤيد ذلك: ما ذكره بعضُ فقهاءِ المالكيَّةِ والشافعيَّة والحنابلة من جواز أخذ ثمن

<sup>(</sup>۱) المغني ٧٦/٧.

<sup>(</sup>٢) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٢/٢، مجلة جامعة الملك عبد العزيز: الاقتصاد الإسلامي مج (٩)، الخدمات الاستثمارية في المصارف ٢/ ١٦٤.

الجاه (١)، مع أنَّ العِلَلَ التي ذكرها المانعون من أَخْذِ الأجرِ على الضمان متحقِّقة فيه، إلاَّ أنَّه يفارق الضمانَ بكونه لا يتول إلى القرض؛ لأنَّ صاحبَ الجاه لا يغرم، بخلاف الضامن فإنه يغرم، وهذا يبيِّن أنَّ الإجماع المحكي في تحريم الأجرِ على الضمانِ ينبغي حملُه على ما إذا كان يؤدِّي إلى القرض بمنفعةٍ.

وبناءً على ذلك: يجوز للبنك الضامنِ أُخذُ الأجرِ على الضمان في الحالات التي لا تتول إلى القرض، ومنها:

١ – إذا كان الضمان الصادر من البنك مغطى؛ أي أودع العميل مبلغًا يعادل مبلغ الضمان ليحجز عليه البنك، فالأجرُ هنا ليس في مقابل قرضٍ ولا ما يئول إلى القرض؛ لأنَّ المصرف لا يدفع من ماله شيئًا وإنما يدفع ما التزمه بموجب الضمان من مال المضمون عنه.

٢- إذا كان الأجر مشروطًا على أنه في الحال التي يتم فيها تغريمُ الضامنِ (تسييل خطاب الضمان)؛ فإنه لا يرجع على المضمون عنه إلَّا بمقدار المبلغ الذي غرمه مخصومًا منه الأجر الذي أخذه عند إصدار الضمان؛ وذلك حتى لا يئول الضمانُ إلى قرض بفائدةٍ للضامن.

ويجوز للضامن أن يأخذ الأجرَ مقابلَ الخدماتِ الأخرى المقدَّمةِ لطالب خطاب الضمانِ، وتحميله المصروفات الإدارية؛ سواءٌ أكان الضمانُ مغطَّى أم غيرَ مغطَّى، على أن يكون ذلك بأجرِ المثل (٢٠).

#### المطلب الثالث: الحماية بتكوين احتياطيات مخاطر الاستثمار.

#### الفرع الأول: تصوير المسألة.

من أساليب حماية رأس المالِ، تكوينُ احتياطي مخاطر الاستثمار؛ وذلك باقتطاع جزءٍ من رؤوس أموال المستثمرين، أو من الأرباح المتحقِّقةِ، وتُجعل في حسابٍ مخصَّصِ للاحتياطي، بحيث يتم تغذيتُه بشكلِ دوري.

ويهدف تكوين هذه الاحتياطيات إلى أمرين:

الأول: حماية رأسِ المالِ من أيِّ مخاطرَ محتملةٍ للاستثمار.

والثاني: مواجهة أيِّ انخفاضِ مستقبلي في الأرباح، وتحقيق موازنة في التوزيعات.

وتتناسب قوَّةُ المركز المالي للصندوق الاستثماري مع قيمة الأموالِ المجمعة في الحساب الاحتياطي، وكلَّما زادت قيمةُ الأموال المجمعة في هذا الصندوق كلَّما قوي المركز المالي

<sup>(</sup>١) حاشية الدسوقي ٣/ ٢٢٤، المعيار المعرب ٦/ ٢٣٩، تحفة المحتاج ٦/ ٣٦٥، الفروع ٤/ ٢٠٧.

<sup>(</sup>٢) المعايير الشرعية، معيار الضمانات، ص١٣٤.

لصندوق الاستثمار، وقد تصل نسبة الأموال الاحتياطية في بعض الصناديـ إلى ما يعادل ضعف رأس مالِ الصندوق الأصلي.

#### الفرع الثاني: الحكم الشرعي لذلك.

لا يظهر ما يمنع شرعًا من تكوين احتياطي مخاطرِ الاستثمار؛ سواءٌ غُذِّي هذا الاحتياطي باقتطاعاتٍ تؤخَذُ من رؤوس أموال المستثمرين أم من أرباحهم.

# ويتعلَّقُ بتكوين الاحتياطياتِ ثلاثُ مسائلَ:

المسألة الأولى: الأصل أن يكون الاقتطاعُ لصالح الاحتياطي من الأموال العائدةِ للمستثمرين فقط؛ أي من رؤوس أموالهم أو أرباحهم، دون الأموال العائدة للمدير؛ لأنهم -أي المستثمرين- أرباب الأموال، فهم يتحمَّلون مسؤولية الحماية؛ وعلى هذا يكون الاقتطاع لصالح الاحتياطي بعد اقتطاع الأجر، أو الرِّبح المخصَّص للمدير؛ كيلا يشاركَ المدير في تكوين هذه الاحتياطيَّات.

فإنْ رَضِيَ المديرُ بأن تُحتَسَب حصَّتُه من الأجرِ أو الرِّبح بعد خصم الاحتياطيات، أي كان هناك اتِّفاقٌ بين المدير والمستثمرين على أن يكون اقتطاعُ الاحتياطيَّات من الأرباح الكليَّة للصندوق، فهل يصحُّ ذلك؟

قد يقال بالمنع من ذلك؛ لثلًا يشارك المدير في الضمان، وقد يقال: بالتفرقة بين ما إذا كان الغرضُ من الاحتياطي وقاية رأسِ المال، فيجب أن يتحمَّله المستثمرون وحدَهم دون المدير، ولا يصحُّ اقتطاعُه من الرِّبح الكُلِّي للصندوق؛ لأنه يؤدِّي إلى مشاركة المديرِ في الضمان، وهو ممنوع، وأمَّا إذا كان الغرض منه تحقيق الحماية من أيِّ انخفاض مستقبلي في الأرباح، فلا مانع من ذلك؛ لأنَّ الربح مشتركُ بينهما؛ فإنْ رَضِيًا بتوزيعه أو بالاحتفاظ به، فالحقُّ لا يَعدُوهُما، وهذا ما أخذت به الحلقةُ العلمية الثانية للبركة (۱).

والذي يظهر للباحث: أنَّه لا يوجد ما يمنع شرعًا من أن يكون الاقتطاع للاحتياطي من الرَّبح الكُلِّي للصندوق؛ سواءٌ أكان لغرض حماية رأس المال، أم له وللربح، ولا يُعَدُّ ذلك مشاركةً منه في الضمان؛ لأن تكوين الاحتياطيَّات ليس ضمانًا، ولا هو في معنى الضمان؛ لأنَّ الضمان التزامُّ بالتَّعويض، وأمَّا الأموال الاحتياطيَّة فهي حمايةٌ للاستثمار، لا علاقة لها بقيمة التعويض المحتمَلِ؛ فقد تكفي لجَبْر النَّقص في رأس المال، وقد لا تكفي.

لهذا، فإنَّ التَّكييف الشرعي الصحيح للاحتياطيات، أنها مصروفات محملة على الاستثمار وليست ضمانًا له، والأصل في هذه المصروفات أن يتحمَّلَها ربُّ المالِ؛ لكونها لحماية مالِه، ولكن

<sup>(</sup>۱) الفتاوي الاقتصادية، ص١٥٦.

يجوز في عقد المضاربةِ أو الوكالة في الاستثمار، أن يتبرع العامل بتحمُّلِ بعضِ المصروفات عن ربِّ المال.

ومن ذلك: اشتراطُ ربِّ المالِ على العامل زكاةَ رأسِ المال من الربح، مع أنَّ الزكاة يتحمَّلُها ربُّ المالِ وحدَه، وقد تُحيط بالربح، فلا يحصل المضارب على شيءٍ، بينما ينتفع ربُّ المال بدَفْعِ الزكاة.

قال شيخ الإسلام ابن تيمية: (ويصحُّ أن يشترط ربُّ المالِ زكاةَ رأسِ المال، أو بعضَه من الرِّبح.. فيختصُّ ربُّ المال بعمله؛ لأنَّا نقول: لا يمتنع ذلك، كما يختصُّ بنَفْعِه في المساقاة إذا لم يُثمِرِ الشجرُ )(١)؛ أي فيحصل النَّفعُ لربِّ الشجرِ دون العامل.

ومن الأهمية بمكان، التفرقةُ بين التعويضات والمصروفات؛ فالالتزام بالتعويض جميعِه أو بعضه، نوعُ ضمانٍ، ولا يجوز؛ لما فيه من الغَرَر، وأمَّا الالتزام بتحمُّلِ بعضِ المصروفات فلا محظورَ فيه؛ لأنَّ المصروفات منضبطةٌ، وما فيه من غَرَر فهو مغتفَرٌ؛ لكونه يسيرًا تابعًا.

وأمَّا التَّفرقةُ بين الاحتياطيَّات الموجَّهةِ لحماية رأسِ المالِ، وتلك الموجَّهةِ لحماية الانخفاض في الربح، فهي محلُّ نظر؛ لأنَّ الاحتياطي لحماية الربح هو في الأصالة وقايةٌ لرأس المال؛ لأنَّ الرِّبحَ فرعٌ عنه، فحمايةُ الربح حمايةٌ له.

المسألة الثانية: لا مانع من أن تُستثمر أموالُ الحساباتِ الاحتياطيَّة في عمليَّاتِ استثماريَّة مشروعة تكون متدنِّية المخاطرِ كالمرابحات ونحوها، حسَب اللَّوائحِ المنظِّمةِ؛ وذلك حتى لا تبقى هذه الأموالُ معطَّلةً بلا عائدِ.

المسألة الثالثة: إذا خرج المستثمِر من الصندوق بعد اقتطاع هذه الاحتياطيَّاتِ منه وقبل تصفية المسئلة الثالثة: إذا خرج المستثمِر من الصندوق بعد اقتطاع هذه الاحتياطيَّة لحصَّة تصفية الصندوق، وذلك بتقييم الأصول المملوكة له، بما في ذلك قيمة هذه الاحتياطيَّاتِ، ويأخذ مقابلَها العوضَ الذي تَمَّ به التخارجُ.

#### المطلب الرابع: تطوع العامل بالضمان.

والمقصودُ بذلك: أن يتبرع مديرُ الاستثمارِ بعد عَقْدِ الاستثمارِ بالتزام الضمان.

وإلى صحَّةِ هذا التبرعِ، ذهب بعضُ فقهاءِ المالكيَّةِ؛ قال في «حاشية الدسوقي»: (وأمَّا لو تطوَّع العاملُ بالضمان؛ ففي صحَّةِ ذلك القراضِ وعدمِها خلافٌ)(٢١). وقاسوا جوازَ ذلك على ما إذا

<sup>(</sup>١) الأخبار العلمية، ص١٤٦.

<sup>(</sup>٢) حاشية الدسوقي ٣/ ٥٢٠، حاشية العدوي ٦/ ٢٠٦.

تطوَّعَ الوديعُ والمُكتَرِي بضمان ما بيده، إذا كان هذا التطوعُ بعد تمام العقدِ(١).

وجمهورُ المالكيَّةِ على التَّحريم حتى ولو تطوَّعَ بالضمان بعد العقد؛ لأنَّه يكون متَّهَمًا برغبته في استدراج ربِّ المالِ، وإبقاء رأسِ المالِ بيده (٢).

والأقرب -والله أعلم-: أنَّ القولَ الأوَّلَ هو الصحيح؛ لأنَّ المحرَّم هو أن يكون الضمانُ مشروطًا في عقد الاستثمار، أمَّا إذا كان تطوُّعًا بعد العقد فلا يظهر المنع.

# المطلب الخامس: إقراضُ المدير الصندوقَ في حال العجزِ.

#### الفرع الأول: تصوير المسألة.

من الإجراءات المتبَّعةِ في بعض الصناديق الاستثماريَّةِ والصكوك، أن يقوم مديرُ الاستثمار بتقديم تمويلٍ للصندوق، أو لحَمَلَةِ الصكوك في حال نقصِ رأسِ المال، أو نَقْصِ الرِّبح الفِعلي عن الربح المتوقَّع، ويتمُّ التمويلُ بقَرْضٍ حَسَنٍ، أو بتمويل مشروعٍ من المدير، أو بتمويل من طَرَفِ ثالثِ مع ضمانِ المدير، وقد ينصُّ في نشرة الإصدارِ على التزام المدير بذلك.

#### الفرع الثاني: الحكم الشرعي.

لا يخلو التمويلُ الذي يقدِّمُه المدير للصندوق، أو لحملة الصكوكِ من أحد احتمالَيْنِ:

الأول: أن يكون تطوُّعًا منه بعد العقد -أي بغير التزام سابق- فالأظهر -والله أعلم- هو جواز ذلك؛ إذ لا يترتَّبُ عليه محظورٌ شرعي. فإن كان التمويل قرضًا، فيجب أن يكون بغير فائدة يحصل عليها المديرُ من جرَّائه، وإن كان بالمرابحة أو بالتورُّقِ ونحوِه، فيجب أن يراعَى فيه مصلحة المستثمرين، فلا يجوز اتخاذُ قرارِ التَّمويلِ إلَّا إذا تمحَّضت المصلحةُ لهم، ولا يجوز أن تكون تكلفةُ التَّمويل أعلى من التكلفة السائدةِ في السوق.

والثاني: أن يكون بالتزام من المدير بذلك، فقد يقال بالمنع؛ لأنَّه يؤدي إلى الالتزام بالتعويض، وهو محرَّمٌ، وفي البيان الصادرِ من المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة ما نصُّه: (لا يجوز لمدير الصكوك؛ سواءٌ أكان مضاربًا، أم شريكًا، أم وكيلًا بالاستثمار، أن يلتزم بأن يقدِّم إلى حملة الصكوك قرضًا عند نَقْصِ الرِّبحِ الفِعلي عن الربح المتوقَّع، ويجوز أن يكون احتياطيًّا لتغطية حالة النَّقصِ بقَدْرِ الإمكانِ، بشرط أن يكون ذلك منصوصًا عليه في نشرة الاكتتاب، ولا مانعَ من توزيع الربح المتوقَّع تحت الحساب).

<sup>(</sup>١) شرح الزرقاني مع حاشية الرهوني ٦/ ٣٢٣.

<sup>(</sup>٢) شرح الزرقاني مع حاشية الرهوني ٦/ ٣٢٣.

وقديقال بالجواز؛ لأنَّ الالتزام بالإقراض ليس التزامًا بالتعويض؛ إذ يحقُّ للمدير الرجوعُ على حملة الصكوك أو المستثمرين في الصندوق بمثل ما أقرَضَه، وله أن يستقطع ذلك من أرباحهم اللَّحقةِ، فإن لم تَفِ فمِن رؤوس أموالهم.

ونظيرُ هذه المسألةِ التزامُ شركة الإدارةِ في التأمين التعاوني بتمويل صندوق التأمين التعاوني في حال العجزِ؛ إمَّا بقرضٍ حسنٍ، أو بتمويل مشروع منها أو من غيرها بضمانها؛ فالمنعُ من التزامها بالتعويض لا يقتضي المنعَ من التزامها بالتمويل، والله أعلم.

0,00,00,0



# المبحث السيابع

### الحماية العقدية

يقصد بالحماية العقدية هنا استثمارُ الأموالِ في العقود التي توفِّر قدرًا أكبرَ من الحماية لرأس المال، وهي العقود التي يتم فيها تنميةُ المالِ من خلال عقودٍ تمثُّلُ علاقة دَائنية؛ ذلك أنَّ أدوات الاستثمار على نوعين:

١ - أدوات مشاركة.

٢ - وأدوات مداينة.

والأدوات من النَّوع الأولِ تتميَّزُ بوفرة العائدِ عليها؛ إلَّا أنَّ المخاطر فيها أعلى؛ ولهذا تلجأ كثيرٌ من جهات الاستثمارِ إلى صياغة هذه الأدواتِ وفق هندسةٍ ماليَّةٍ معيَّنة تخفِّفُ من المخاطر المصاحبةِ لها، وهذا ما سنتحدَّثُ عنه بإذن الله في المطلب التالي.

وأمَّا الأدوات من النوع الثاني، فهي تتميز بقِلَّةِ المخاطرِ المصاحبةِ لها مقارنةً بالنوع الأول، إلَّا أنَّ العائدَ عليها أقلُّ.

وأبرزُ عقودِ التمويل التي توفّرُ حمايةً لرأس المال:

١ - المرابحة (البيع الآجِلُ لطَرَفٍ ثالث).

٢- الإجارة مع الوعد بالتَّمليك.

٣- المشاركة، ثم الإجارة مع الوعد بالتَّمليك.

٤- السَّلَم والاستصناع.

وفيما يلى بيانُ آليَّةِ توظيفِ هذه العقودِ لحماية رأس المال، وذلك في أربعة مطالب:

#### المطلب الأول: الحماية بعقود المرابحة.

المرابحة: بيعٌ بمثل الثَّمنِ الأوَّلِ مع زيادة ربح معلوم(١).

ويُعَدُّ عقدُ المرابحةِ في ذاته حمايةً لرأس المال؛ إذ العائدُ مع رأس المال مضمونانِ على طَرَفٍ ثالث؛ ولهذا فإنَّ هذا العقد يَحظى بالنَّصيبِ الأوفرِ من بين عقود الاستثمارِ في المؤسَّسات

<sup>(</sup>١) بدائع الصنائع ٥/ ٢٢٠، الخرشي ٥/ ١٧١، روضة الطالبين ٣/ ٥٢٨، الكافي لابن قدامة ٣/ ١٣٥.

الماليَّةِ الإسلامية، ويجري تطبيقُ هذا العقدِ في المؤسَّسات الماليَّةِ الإسلاميَّةِ بأساليبَ متعدِّدةٍ، من أبرزها ثلاثُ طُرُق:

الأولى: الوكالة في الاستثمار، بحيث يكون البنكُ أو مدير الاستثمار وكيلًا عن المستثمرين في شراء سِلَع نقدًا، ثم بيعها بالأجَل على طَرَفٍ ثالث؛ وهذا هو المعمولُ به في صناديق المرابحةِ(١).

والثانية: الوكالة مع الوعد بالشِّراء، أو ما يسمى بودائع المرابحة أو المرابحة المعكوسة، وفيها يتوكل البنك عن العميل في شراء سِلَع نقدًا، مع الوعد بشرائها منه بالأَجَلِ.

والثالثة: المضاربة في عقود المرابحةِ، بحيث يكون البنكُ مُضارِبًا في أموال العميل، بشراء سِلَع ثم بيعِها بالأجَل، والربح بينهما، وإذا زاد الربح عن حَدِّ معيَّنِ، يكون للبنك (المضارب) حافزًا على الأداء(٢).

والمخاطر المصاحبةُ للاستثمار بالمرابحة، متدنّيةٌ إلى حَدِّ ما مقارنةً بغيره من العقود؛ ويمكن تصنيفُ طُرُقِ الحمايةِ من هذه المخاطرِ وفقًا لنوع هذه المخاطرِ، وذلك على النحوِ الآتي:

#### الفرع الأول: الحماية من المخاطر الائتمانيَّةِ.

يُقصَد بالمخاطر الائتمانيَّة: تلك المخاطرُ الناشئةُ من احتماليَّة تعثُّرِ المستفيد من التمويل، ويمكن تقليصُ تلك المخاطرِ إلى درجةٍ كبيرةٍ بعددٍ من الإجراءات والتَّدابير التي تحمي حقَّ ربِّ المالِ، ومنها:

أولًا: دراسةُ المَلاءةِ الائتمانيَّةِ للعميل.

ثانيًا: أخذُ الرهوناتِ والضمانات.

ثالثًا: اشتراط حلول بعضِ أقساط الدَّينِ المؤجَّلةِ في حال مماطلةِ المدينِ بأداء بعض الأقساطِ الحالَّةِ(٣).

رابعًا: التأمين على هذه الديونِ تأمينًا تعاونيًّا، وقد سبق بيانُ ذلك في المطلب السابق.

#### الفرع الثاني: الحماية من مخاطر العائد.

وتبرز هذه المخاطرُ في عقود المرابحةِ المتوسِّطةِ والطويلة، حيث إنَّ مقدارَ الدَّينِ ثابتٌ في النِّوقِ ارتفاعًا أو انخفاضًا بشكل في النَّوقِ ارتفاعًا أو انخفاضًا بشكل

<sup>(</sup>۱) ومن أمثلته: صناديق البضائع بالريال، والدولار، واليورو لدى مصرف الراجحي، وصندوق المرابح لدى ننك الملاد.

<sup>(</sup>٢) ومن أمثلته حساب البلاد لدى بنك البلاد.

<sup>(</sup>٣) وهو شرطٌ صحيح إذا لم يكن المدين معسرًا. انظر: إعلام الموقعين ٤/ ٣١، رد المحتار ٧/ ٥٥، قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي، مجلة المجمع ٦/ ١/ ٤٤٨.

ملحوظ، الأمر الذي يمثّلُ تحديًا لعقود التمويلِ الإسلامي طويلةِ الأَجَلِ مقارنةً بالتَّمويل التقليدي الذي يربط العائد على رأس المال بالفائدة المتغيّرة (floating interest).

وثمة حلولٌ متعدِّدةٌ لمعالجة هذه المخاطرِ، أُشير إلى طريقتين منهما:

# الطريقة الأولى: المرابحة مع حافر الخصم.

وكيفيَّة هذه الطريقةِ أن يتمَّ البيعُ بهامش ربحٍ أعلى من السائد في السوق، مع الوعد الملزِمِ من الدَّائن بأن يحطَّ من الدين عن العميل ما زاد عن معدَّلِ العائدِ على السوق؛ تحفيزًا له على الأداء في حال سدادِه في الوقت المحدَّدِ(١).

وليس في هذا الالتزام محظورٌ شرعي؛ إذ المحرَّمُ شرعًا أن يُزاد في الدين بعد ثبوته، وأمَّا هنا فالالتزامُ بالحطِّ لا بالزِّيادة، كما أنَّه ليس من الاتفاق على (ضَعْ وتعجَّلُ) التي ذهب الجمهورُ إلى المنع منه؛ لأنَّ السداد هنا في حينه وليس فيه تعجيلُ.

#### الطريقة الثانية: الجمع بين المرابحة والمشاركة.

وهـذه الطريقةُ مناسبةٌ إذا كان المدين منشأة تجاريَّة، بحيث يتكون الثمنُ من جزاً يُن: جزءِ آجلٍ في ذِمَّةِ المدينِ يغطِّي رأسَ المال، وجزءِ يتمثَّل في ملكيَّةٍ شائعةٍ من أصوله المنتجة، وبموجب هـذه الملكيَّةِ يستحقُّ الدائنُ نصيبًا مـن الأرباح حسَبِ الاتّفاق، ويتم التخارج بينهما من خلال المشاركةِ المتناقصة (٢).. والجمع بين أكثر من عقدٍ جائزٍ إذا لم يكن بينها قرضٌ ولم يترتب على الجمع بينها تحايلٌ على أمرٍ محرَّم؛ عملًا بالقاعدة الشرعية: أن الأصل في العقود هو الإباحة.

#### الفرع الثالث: الحماية من مخاطر عدم توافر السيولة.

فقد تحتاج المؤسَّسةُ المالية إلى السيولة أثناء فترة المرابحة، ويتعذَّرُ بيعُ الدين النَّقدي الذي في ذِمَّةِ المدينِ بنقدٍ؛ لما فيه من الصرف مع التأخير، وهو محرَّمٌ شرعًا.

ومن الحلول المناسبة لذلك، بيعُ دينِ المرابحة بسِلَع حاضرةِ تكون قابلةً للتسييل بسهولةٍ ؛ كالأسهم ونحوها، وهو بيعٌ صحيح على ما ذهب إليه فقهاء المالكية، وهو إحدى الروايتين عن الإمام أحمد، واختيار شيخ الإسلام ابن تيمية (٣٠)؛ إذ لا يترتب على هذا البيعِ محظورٌ شرعيٌّ من ربًا، أو غرر، أو ظُلم، والأصلُ في المعاملات هو الحِلُّ.

<sup>(</sup>١) وقد أخذ بهذه الطريقة بعض الهيئات الشرعية، ومنها الهيئة الشرعية لبنك البلاد.

<sup>(</sup>٢) التحوط في التمويل الإسلامي، د. سامي السويلم، ص١٤٧.

<sup>(</sup>٣) منح الجليل ٢/ ٥٦٤، شرح الخرشي ٥/ ٧٧، المبدع شرح المقنع ٤/ ١٩٩، مجموع فتاوى ابن تيمية ١٩/ ٢-٥، تهذيب سنن أبي داود، لابن القيم ٥/ ١١٤.

# المطلب الثاني: الإجارة مع الوعدِ بالتَّمليك.

تُعَدُّ الإجارة مع الوعدِ بالتَّمليك من أفضل الوسائلِ لحماية رأسِ المال(١٠)، لا سيَّما حمايته من المخاطر الائتمانية؛ لأنَّ الأصل المموَّل مملوكٌ باسم البنك أو المؤسَّسة المالية؛ فإذا لم يَفِ المستأجِرُ بأقساط الإجارةِ، تمكَّن البنكُ من استيفاء حقِّه بإعادة وضع يدِه على ذلك الأصلِ، خلافًا للبيع الآجِلِ الذي يكون فيه المبيعُ مملوكًا للعميل وتحت يده؛ ولهذا فإنَّ المؤسَّسةَ الماليَّة لا تتشدَّدُ في دراسة الملاءةِ الائتمانيَّة للعميل، كما هو الحال في عقود البيع الآجِل.

والإجارة مع الوعد بالتمليك تتضمَّن عقدَيْن منفصِلَين زمانًا وأحكامًا، هما:

- الإجارة، ثم الهبة أو البيع.

ويصحُّ أن يكون التمليك -أي إطفاء قيمة الصك- بعقدِ هبةٍ معلَّقِ على سدادِ الأقساط، أو بوعدِ بالبيع في أثناء مدَّة الإجارةِ بأجرةِ المدَّةِ الباقية، أو بسعر السوق(٢).

ويمكن أن تتحقَّق الحمايةُ لرأس المال في الإجارة مع الوعد بالتَّمليكِ بأساليبَ متعدِّدةٍ، من أبرزها ما يلي:

# الفرع الأول: الإجارة مع الوعد بالتَّمليك بقيمةِ اسمية وعائدٍ منضبطٍ.

من وسائل حماية رأسِ المال في الإجارة التمويليَّة: الإجارةُ مع وعدِ المستأجر بشراء العينِ المؤجَّرةِ بقيمةٍ محدَّدةٍ، أو بوعدٍ من المالك ببيعها بتلك القيمةِ، وتكون الأجرة المستحَقَّةِ خلال فترةِ التأجير متغيِّرةً، بحيث تُربَط بمؤشِّرٍ معلومٍ منضبط.

#### ويتميز التمويل بهذه الصيغةِ بتوافر الحماية فيه؛ لأمورِ أربعة:

الأمر الأول: الحماية لرأس المالِ؛ ذلك أنَّ الوعد بالتَّمليك معلَّقُ بسداد أقساط الإجارةِ، مما يوفِّر حمايةً قويةً للمؤجِّر، فإذا لم يَفِ المستأجِرُ بالشرط فلا تمليكَ، وبالتالي تبقى العينُ بيدِ مالكِها.

وتتحقَّقُ الحمايةُ لرأس المالِ في عقود الإجارةِ المنتهيةِ بالتَّمليك وصكوكِ الإجارة، في أنَّ انتقالَ الملكيَّةِ -أي إطفاء قيمة الصك- يكون بعد استيفاء رأسِ المال، وهو القيمةُ الاسمية للصك؛ سواءٌ أتَمَّ الإطفاءَ مرَّةً واحدةً أم تدريجيًّا.

ولا بأسَ في أن يلتزم المستأجِرُ في هذه الصكوكِ بشرائها بقيمتها الاسميَّة إذا لم يكن مديرًا

<sup>(</sup>١) انظر في تفاصيل شروط وضوابط الإجارة مع الوعد بالتمليك: قرار مجمع الفقه الإسلامي الدورة الثانية عشرة.

<sup>(</sup>٢) معيار الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك، المعايير الشرعية، ص٢٥٣.

للاستثمار، وقد جاء في البيان الصادرِ من المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسّسات الماليَّةِ الإسلامية بتاريخ ٦/ ١/ ١٤٢٩هـما نصُّه: (يجوز للمستأجِر في التعهُّدِ في صكوك الإجارة، شراء الأصول المؤجَّرةِ عند إطفاء الصكوكِ بقيمتها الاسميَّةِ، على ألَّا يكون شريكًا، أو مضاربًا، أو وكيلًا بالاستثمار).

وهذا التعهدُّ جائزٌ إذا كان من المستأجر لا من مدير الاستثمار (١١)؛ ولهذا جاء في البيان آنِفِ الذِّكر: (لا يجوز للمضارِبِ، أو الشريك، أو وكيلِ الاستثمار أن يتعهد بشراء الأصولِ من حَملةِ الصكوك أو ممن يمثُّلُهم بقيمتها الاسميَّة عند إطفاء الصكوكِ في نهاية مُدَّتِها، ويجوز أن يكون التعهدُّ بالشِّراء على أساس صافي قيمةِ الأصولِ، أو القيمة السُّوقيَّة، أو القيمة العادلة، أو بثمنٍ يتَّفِقُ عليه عند الشراء... أمَّا إذا كانت موجوداتُ صكوكِ المشاركة، أو المضاربة، أو الوكالة بالاستثمار تقتصر على أصولٍ مؤجَّرةٍ إجارةً منتهيةً بالتَّمليك، فيجوز لمدير الصكوكِ التعهدُ بشراء تلك الأصولِ حند إطفاء الصكوكِ ابتقي أقساط الأُجرةِ لجميع الأصول، باعتبارها تمثلُ صافي قيمتِها).

والأمر الثاني: الحماية المشروعة، وهي غير المضمونة؛ ذلك أنها ترتبط بالملك؛ لأنها تمشّلُ أصولًا حقيقيَّةً مملوكةً، وبهذه الملكيَّةِ يستحقُّ الرِّبحَ، وهذا ما يميِّزُها عن سندات القروضِ التَّقليدية؛ فمالِكُ الصَّكُ بقذا استحقَّ الغُنمَ، التَّقليدية؛ فمالِكُ الصَّكُ ؛ فلذا استحقَّ الغُنمَ، عملًا بالقاعدة الشرعية: «الخراج بالضمان»، و«الغُنْم بالغُرْم».

والأمر الثالث: الحماية من مخاطرِ السيولة؛ إذ يمكن تداولُها شرعًا؛ لأنَّ بيعَها يُكيَّفُ على التَّه بيعٌ لأعيانِ ومنافعَ؛ إذ الأغلبُ في موجوداتها هو الأعيان والمنافع، وهذا ما يميَّزُها عن صكوك المرابحةِ والانتفاع.

والأمر الرابع: حماية العائد؛ فالعائدُ عليها يمكن أن يُربَط بمؤشِّرِ منضبطِ يتغير بتغيُّرِ معدَّلاتِ العائدِ على رأس المالِ في السُّوقِ، أو بغيره من المؤشِّراتِ المنضبطةِ، وهذا ما يميِّزُها عن التمويل بعقود المدايَناتِ كالمرابحة؛ حيث يكون الدينُ ثابتًا لا يتغيَّرُ.

#### الفرع الثاني: الاستصناع أو الشراء من طَرَفِ ثالثِ ثم التأجير.

تعدُّ الصيغةُ الأكثر رواجًا في صكوك الإجارة في الأسواق المالية اليوم، هي تلك التي يتمُّ فيها شراءُ أصلٍ أو حقَّ مملوكِ للجهة الراغبةِ في الحصول على التمويل، ثم تأجيره عليها إجارةً منتهيةً بوعدٍ مُلزِمٍ منها بشراء الأصلِ بقيمته الاسمية.

<sup>(</sup>١) لأن التزام المستأجر بالشراء لا يترتب عليه محظورٌ شرعي، بخلاف التزام المدير بالشراء؛ فإنه يُحوِّلُ العقدَ إلى قرضٍ كما تقدم.

فإذا كانت قيمةُ شراءِ الأصلِ ابتداءً بعشرة ملايين، والأجرة المستحقَّة ثلاثة ملايين في ثلاث سنوات، فهذا يَعني أنَّ الشركة حصلت على تمويلٍ بمقدار عشرةِ ملايينَ، قيمةِ بيعِها للأصل، وأعادته –أي التمويل – بثلاثة عشر مليون ثمنًا لاستعادتها الأصل بقيمته الاسمية، والأجرة المستحقَّة عن فترة الإجارة.

وشُبهة مضارعة العِينَةِ (١) في هذا العقدِ قائمةٌ، وكونُ المدَّةِ طويلةً بين الشراء ثم البيع بما يؤدِّي إلى تغيُّرِ قيمةِ العينِ، غيرُ مؤثرة؛ لأنَّ التَّمليك سيكون بالقيمة الاسمية، ولا يُلتفَتُ فيه إلى التغيُّر في القيمة الحقيقيَّةِ للأصل.

وكذلك كونُ المالكِ يضمن الأصولَ المملوكةَ، لا يُبعِدُها عن هذه الشُّبهةِ؛ فإنَّ المشتريَ في العينة (المتمول) يضمن العينَ خلال فترةِ تملُّكِه لها قبل إعادةِ بيعِها على البائع الأوَّلِ.

ولا شكَّ أنَّ هذا يمثِّلُ مخاطرةً من نوع آخَرَ للصكوك، وهي المخاطرة الشرعيَّة، وفُقدانُ الثَّقةِ بكونها بديلًا شرعيًّا مناسبًا عن السَّندات. ولتحقيق الحماية في هذا الجانب، فإنَّ الصيغة المقترحة للبُعدِ عن هذه الشُّبهةِ أن يشتري حَمَلَةُ الصكوكِ الأصلَ الذي ترغب الجهةُ المتموِّلةُ في تملُّكِه من طَرَفِ ثالثٍ، أو تنفيذ عقد استصناع لبنائه إن كان يحتاج إلى بناءٍ، ثم تأجيره على تلك الجهةِ إجارةً منتهيةً بالوعد بالتمليك بسعر التكلفةِ التي تُعادِلُ القيمةَ الاسمية.

# وهذه الطريقة تحقِّق الحماية من وجهَين:

الأول: التأكُّـدُ من أنَّ الصكوك مُوِّل بها شراءٌ أو بناءُ أصولِ حقيقيَّةٍ؛ لأنَّ الواقع أنَّ بعضَ الشركاتِ تطرح صكوكًا لتمويل رأسِ مالِها العاملِ لا لشراء أصولٍ حقيقيَّةٍ، وتُوهِمُ حَمَلَة الصكوكِ بأنهم يملكون موجوداتٍ عينيَّةً.

# والثاني: البُعد عن شُبهةِ العِينةِ.

والصكوك بالصيغة المقترَحةِ قابلةٌ للتَّداول من أول يوم، إذا تَمَّ استثمارُ السيولةِ المتحصِّلةِ منها في مرابحاتٍ سلعيَّةٍ، حتى وإن لم توجد الأصولُ المؤجَّرةُ، ولا يُعَدُّ ذلك من تداوُلِ الديونِ؛ لأنَّ الديون هنا تابعةٌ لنشاط المحفظةِ الاستثماريَّةِ التي تُستثمَرُ فيها السيولة، وهو تقليبُ الأموالِ في شراء السَّلَع وبيعِها، كما لو كانت تلك الأموالُ في صندوقٍ من صناديقِ المرابحة.

#### الفرع الثالث: المسؤولية المحدودة لحملة الصكوك.

من أهم المخاطرِ التي قد يتعرَّضُ لها حَمَلَةُ صكوك الإجارةِ، الأضرارُ التي قد تقع بسبب الأصولِ المملوكة على الغير؛ كأن يحترق الأصلُ المؤجَّرُ، أو يتهدَّمَ جزءٌ منه فيؤدي إلى أضرارٍ

<sup>(</sup>۱) العينة: أن يبيع سلعة بالأجل ثم يشتريها نقدًا بأقلً ممًّا باعها به. الروض المربع، ص ٢٤١؛ ففيها اجتمع عقدان: حالً ومؤجّل لغرض التحايل على القرض بفائدة.

وتَلَفِيَّاتٍ في أرواحٍ أو ممتلكاتٍ للآخرين، مما يؤدِّي إلى الإجحاف بـرؤوس أموالهم، بل وربما يطالبون بأموالهم الخاصَّةِ لتعويض تلك الأضرارِ.

ومن الحلول للحماية من هذه المخاطر: إنشاء شركة ذاتِ مسؤوليَّةِ محدودةٍ، تكون مملوكةً لحَمَلَةِ الصكوكِ، وتتملَّكُ هذه الأصولَ، بحيث إذا حصل ضررٌ على الآخرِين فلا تتعدَّى مسؤوليَّتُهم موجوداتِ تلك الشركةِ، وهي الأصول المملوكة.

والحماية من هذه المخاطرِ مشروعةٌ، ولا تتعارض مع كونِهِم مُلَّكًا لهذا الأصلِ؛ إذ هم يضمنون بمقدار مِلْكِيَّتِهم، ونظيرُ ذلك: مسؤوليَّةُ الشريك في الشركات ذات المسؤوليَّةِ المحدودةِ؛ فإنها لا تتجاوز ما يملكه في تلك الشركة.

# الفرع الرابع: تحميل المستأجر الضمانَ والصيانة الأساسية الطارئة ما لم يثبت عدمُ تعدّيهِ أو تفريطه.

تتنوع المسؤولية عن الأعيان المؤجَّرةِ بحسَب نوعِ الضَّرَرِ الذي يلحق بها. ويمكن أن تقسم هذه المسؤوليَّةُ إلى أربعة أقسام:

القسم الأول: الصيانة التشغيليَّة العادية.

وهي ما يستلزمه استعمالُ العينِ المؤجَّرةِ لاستمراريَّةِ استخدامِها؛ مثل: تزويد الآلات بالمياه والوقود والزيوت، وتنظيف الأجزاء الداخلية، وتغيير الأجزاء الصغيرة غيرِ الجوهريَّةِ التي تُستَهلَكُ بسبب الاستعمالِ؛ فالأصلُ أنَّ المسؤولية عن هذه الصيانةِ على المستأجِرِ؛ لأنها بسبب استعماله كما نَصَّ على ذلك أهلُ العلم؛ قال ابن قدامة: (وعلى المُكرِي ما يتمكَّن به من الانتفاع، كالحَبْل كتسليم مفاتيح الدار والحمَّام؛ لأنَّ عليه التَّمكينَ من الانتفاع ... وما كان لاستيفاء المنافع، كالحَبْل والبَكْرَةُ، فعلى المُكْتَرِي)(١).

# القسم الثاني: الصيانة الوقائيَّةُ الدوريَّة.

وتتمثّلُ في أعمالٍ محدَّدةٍ تتمُّ في آجالٍ معلومةٍ، يتمُّ فيها تغييرُ بعضِ الأجزاءِ، وضبط وتجديد البعض الآخر، وتشمل كذلك كلَّ ما يمكن ضبطُه بالوصف أو المقدارِ أو العُرفِ في العقد؛ سواءٌ أكانت الصيانةُ مجرَّدَ عملٍ أم كانت عملًا، فهذا النوعُ من الصيانة الأصلُ فيه أنه على المؤجِّرِ، ويجوز تحميلُه على المستأجِرِ بالشرط عند عامَّةٍ أهلِ العلم؛ لأنه عملٌ منضبطٌ والغررُ فيه يسيرُّ(۱).

<sup>(</sup>۱) المغني ٥/ ٢٦٥، الفروع ٤/ ٤٤٩.

<sup>(</sup>٢) انظر أمثلة لهذا النوع فيما ذكره الفقهاء المتقدمون في: المبسوط ١٥ / ١٥٧، المدونة ٣/ ١٥٥، مجلة مجمع الفقه ١١ / ٢/ ١٦٧.

القسم الثالث: الصيانة الأساسية الطارئة.

وتشمل ما ينبغي عملُه لمواجهة ما يطرأ من أعطالٍ فنيَّةٍ أساسية على الأعيان المؤجَّرةِ، ولا خلافَ بين أهلِ العلم على أنَّ الأصل في هذا النوع أنه واجبُّ على المؤجِّر؛ لأنه مما يلزم لأصل الانتفاع لا لكماله، ولا يضمنه المستأجِرُ إلَّا في حال تعدِّيهِ أو تفريطه، فإن شرط في العقد أن يغرم المستأجِرُ هذه الأعمال، فهو شرطٌ باطل عند عامَّةِ أهلِ العلم؛ لأنَّ فيه غررًا فاحشًا، إذ يؤدِّي إلى جعلِ الأُجرةِ ما سُمي في العقد مع نفقاتِ الصيانةِ المجهولةِ، فيؤدِّي إلى جهالة الأُجرةِ، والعلم بها شرطٌ لصحَّةِ الإجارة (۱).

القسم الرابع: ضمان تَلَفِ العينِ المؤجَّرة.

ويشمل تحمُّلَ المسؤوليَّةِ عن تَلَفِ العينِ بسبب حريقٍ، أو سرقة، أو كارثةٍ طبيعية، أو غير ذلك، ولا خلاف بين أهلِ العلمِ على أنَّ الأصل في هذا الضمانِ أنه على المؤجِّر، وأنَّ يَدَ المستأجِرِ يدُ أمانةٍ، فلا يضمن إلَّا في حال التعدِّي أو التفريط، فإن شرط عليه الضمان مطلقًا فهو شرطٌ باطلٌ عند عامَّةِ الفقهاء؛ لما فيه من الغَرَر، والمستأجِرُ على خطرٍ؛ فقد تَسْلَمُ العينُ فيغنم النَّقصَ في الأُجرة بسبب ضمانِه، وقد تَهلِك هلاكًا كليًّا بجائحةٍ أو غيرها فيغرم (٢).

ولا شـكَّ أنَّ تحميـل المسـتأجِرِ الصيانـةَ الأساسـيَّةَ وضمـانَ التَّلَـفِ مطلقًا، فيه غـررٌ كبير، وإضرارٌ بالمستأجِر.

ومن جانب آخَرَ: فإنَّ إثبات تعدِّيهِ أو تفريطه في استعماله للعين المؤجَّرةِ، يكاد يكون متعذرًا في كثيرٍ من الحالات؛ لكونه ينفرد باستعمال العينِ بعيدًا عن نَظرِ المؤجِّر، وأيُّ تلفٍ يقع على العين – ولو كان لسُوءِ استخدامِه – فمن الطبيعي أن يدَّعي عدمَ تعدِّيهِ أو تفريطه، لما جُبِلَتْ عليه النَّفسُ الإنسانيَّةُ من إنكار ما عليها؛ ودفعُ الضَّرَرِ عن المستأجِرِ ينبغي ألَّا يكونَ بتحميله على المؤجِّر؛ فدلًا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ»(٣).

ومن الوسائل التي أرَى أنّها مناسبةٌ لحماية رؤوسِ أموال حَمَلَةِ الصكوكِ ونحوهم ممن يستثمر في عقود الإجارة، أن يتضمَّن عقدُ الإجارةِ شرطًا بأنَّ أيَّ ضررٍ أو تَلَفِ أو عُطلٍ يقع في العين المؤجَّرةِ، فالأصلُ أن يتحمَّلَه المستأجِرُ، ما لم يثبت عدمُ تعدِّيهِ أو تفريطه في ذلك الضَّرَرِ؛ ومن طُرُق الإثبات:

<sup>(</sup>١) انظر: المبسوط ١٥٧/١٥، حاشية الدسوقي ٤٨/٤، تحفة المحتاج ٦/١٢٧، شرح المنتهى ٢/ ٢٦.

<sup>(</sup>٢) المبسوط ١٥٧/١٥، حاشية الدسوقي ٤/ ٤٨، مغني المحتاج ٣/ ٤٤٤، المغني ٥/ ٣١٢.

<sup>(</sup>٣) ابن ماجه (٢٣٤٠).

١ - وقوع أسباب ظاهرة؛ كالكوارث، ونحوها.

٢ - شهادة أهل الخبرة بأنَّ في العين المؤجَّرةِ خللًا مصنعيًّا، أو في الدار عيبًا هندسيًّا، ونحو ذلك.

٣- شهادة الجهات الأمنيَّة بأنَّ الحريق لم يكن بتفريطٍ من المستأجِرِ، ونحو ذلك، وكذا شهادة أهلِ الخبرةِ بأنَّ التَّلَفَ الحادث لم يكن بتفريطٍ من المستأجِرِ، وإنما لأمرِ خارجٍ؛ مثل تَلَفِ محرِّكاتِ الطائرةِ المستأجَرةِ بسبب الاصطدام بالنسور.

٤ - وقوع التَّلَفِ في أجزاء لا يُتصوَّرُ فيها الإهمالُ؛ مثل: تشقُّقِ الجدرانِ، وزوالِ دهان السيارة، ونحو ذلك.

والمسوِّغ لجواز هذا الشرطِ، ما تقدَّمَ ذِكرُه في تضمين العاملِ في المضاربةِ بمثل هذا الشرطِ(١١)، ولما فيه من المصلحةِ وصيانةِ أموالِ الناس، وسد ذريعةِ الفسادِ، وإهمال الأموالِ للعلم بعدم الضمانِ.

ونظيرُ ذلك، ما ذهب إليه فقهاءُ المالكيَّةِ من تضمينِ الصُّنَّاعِ؛ للمصلحة العامَّة (٢)، فالمصلحةُ التي حَمَلَتْهم على تضمينِ الصُّنَّاع متحقِّقةٌ في المستأجِرين.

# الفرع الخامس: التأمين التعاوني على الأصول المؤجَّرة ضدَّ التَّلَفِ والصيانة الطارئة.

من الوسائل المناسبةِ لحماية رأس المال في الإجارة التمويلية، بما في ذلك صكوك الإجارة، التأمينُ على الأصول المؤجَّرةِ وفقَ صِيَغ عقودِ تأمينِ تعاوني، ويمكن أن يشمل التأمينُ الأضرارَ الناشئةَ عن تَلَفِ الأصولِ أو هلاكِها، وكذلك الأضرارُ الناشئةُ عن تعطُّلِها.

ويجب أن يتحمَّل مسؤوليَّة التأمينِ، مُلَّاكُ الأصولِ، وهم حَمَلَةُ الصكوكِ، ولا يجوز أن يتحمَّلَها المستأجِرِ، ولكن لا مانعَ من أن تضمن تكلفةُ التأمين الأجرة المستحَقَّة على المستأجِرِ، باعتبارها جزءًا من المصروفات التي تكبَّدَها المؤجِّرُ.

# الفرع السادس: الإجارة مع الإلزام المتبادل بنَقْلِ الملكيَّةِ.

إطفاء قيمةِ الأصلِ المؤجَّرِ إجارةً تمويلية، بما في ذلك صكوك الإجارة، يكون بإحدى طريقتين:

الأولى: الإطفاء بالتدريج، وفي هذه الحال تضمن قيمة أصلِ الصَّكِ مع العائدِ في أقساط الأُجرةِ، ثم يكون التمليكُ بعد انتهاءِ المدَّةِ بهبةٍ معلَّقةٍ، أو مع الالتزام بها من قِبل المؤجِّرِ، ولا إشكالَ

<sup>(</sup>١) انظر: المطلب الثاني من المبحث الأول من هذا البحث.

<sup>(</sup>٢) بداية المجتهد ٢/ ٢٧٨، البهجة شرح التحفة ٢/ ٢٨٢.

في هذه الطريقةِ؛ لكونها تُحقِّقُ حمايةً للمؤجِّرِ باستعادة رأس ماله وعائدٍ معلومٍ، وحمايةً للمستأجِرِ بتحقُّقِه من انتقال مِلكيَّةِ الأصل إليه بعد سدادِه أقساطَ الأُجرةِ(١٠).

والثانية: الإطفاء مرَّة واحدة في نهاية مدَّة الإجارة، وفي هذه الحال تكون أقساطُ الإجارة بقدْرِ العائدِ المستحقِّ فقط، ثم في نهاية المدَّة تنتقل مِلكيَّةُ الأصلِ إلى المستأجِر بثمنٍ يعادل القيمة الاسمية للأصل المؤجِّر، ولا إشكالَ في هذه الطريقةِ من الناحية الشرعية؛ لأنَّ التمليك يكون بعد انتهاء الإجارة، إلَّا أنَّ الوعد الملزِمَ من طَرَفٍ واحدٍ لا يحقِّقُ الحمايةَ لكلا الطَّرَفَين؛ لأنَّ الوعد إن كان من المؤجِّر بالبيع بالقيمة الاسمية، فقد تنقص القيمةُ الجارية للأصل وقتَ التَّنفيذِ عن القيمة الاسميَّة، فيكون من الأفضل للمستأجِر أن يشتريَ مثلَ ذلك الأصلِ من السُّوقِ بدلًا من أن يشتريَه من المؤجر، وإن كان الوعد من المستأجر بالشراء بالقيمة الاسمية فقد تزيدُ قيمةُ الأصلِ في السوق وقتَ التَّنفيذِ، فيكون من الأفضل للمؤجِّر أن يبيع الأصلَ في السوق بدلًا من أن يبيعَه على المستأجر.

ويظهر مثلُ هذا الإشكالِ فيما إذا رغب المستأجِرُ في فَسْخِ الإجارةِ وشراء الأصل قبل انتهاء مدَّةِ الإجارة، فالوعدُ الملزِمُ من طَرَفٍ واحدٍ لا يحقِّقُ الحمايةَ للجانِبَيْنِ، سواءٌ أكان الإطفاء بالتَّدريج (الطريقة الأُولى) أم مرَّةً واحدةً (الطريقة الثانية).

# ومن الحلول المطروحة لحماية رأس المال من ذلك، ثلاثة حلول:

الأول: الحماية بالبيع المعلَّق؛ وذلك بالإجارة مدَّةً معلومةً بأقساطِ أُجرةٍ معلومةٍ، مع البيع بالقيمة الاسميَّة (٢)، ويكون البيعُ معلَّقًا على سدادِ أقساطِ الإجارةِ عن فترة التأجيرِ.

فذهب بعضُ المعاصِرِين<sup>(٣)</sup> إلى المنع من هذه الصورةِ، إلاَّ أنَّ اللجنة الشرعية المشكَّلةَ بأمرٍ من المقام السامي في المملكة العربية السعودية للنظر في الإجارة المنتهية بالتمليك، رأت جوازَ الإجارةِ مع البيع المعلَّقِ على سداد أقساطِ الإجارةِ، وهذا -فيما يظهر - هو الأقرب، إذا تحقَّقت أربعةُ شروطِ:

<sup>(</sup>۱) وما يذكره البعض من أنَّ الوعد الملزم بالهبة يختلف عن الهبة المعلقة، في أن الواعد مخيَّر بين أن ينفذ وعده أو يتحمل الضرر، بينما في التعليق لا خيار له، فهو تنظير لا يصح قضاءً ولا نظامًا، ولو كان القضاء على تخيير الواعد لما رضي المستأجر بهذا العقد ابتداءً، فما هو التعويض الذي يجبر ضرره فيما إذا كان الأصل المؤجَّر منزلًا يسكنه، أو مصنعًا يُديره؟ وبه يُعلَم أنَّ الوعد الملزِمَ متى ما كان صحيحًا فيجب الوفاءُ به.

<sup>(</sup>٢) المراد بالقيمة الاسمية نفسِها، أو بنسبة مربوطة بها كالنصف، أو مبلغٍ محدَّد، ولو لم يكن له علاقة بالقيمة الاسمية: تكلفة شراء الأصل.

<sup>(</sup>٣) قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي بشأن الإجارة المنتهية بالتمليك، المعايير الشرعية - معيار الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك، ص١٣١.

١ - ألَّا ينفَّذ البيعُ إلَّا بعد انتهاء الإجارةِ أو فَسْخِها؛ لئلا يكون من البيعتين في بيعةٍ.

٢- أن تطبّق أحكامُ الإجارةِ خلال فترةِ التأجير وأحكامِ البيع بعد البيع، ومن ذلك تحمُّلُ المؤجِّرِ ضمانَ العينِ المؤجرة، لئلًا تكون الإجارةُ صوريَّةً.

٣- ألَّا يكون المستأجر مضاربًا أو وكيلًا في الاستثمار؛ لئلَّا يئول إلى تضمين المضارِبِ، وهو ممنوع شرعًا.

 ٤ - ألّا يكون الأصلُ المؤجَّر مملوكًا ابتداءً للمستأجِرِ، ثم أُعيد تمليكُه له بالإجارة المنتهية بالتمليك؛ لأنَّ هذا من صُورِ بيع الوفاء.

فإذا تحقَّقت هذه الشروطُ، فلا يظهر ما يمنع من صحَّةِ العقد؛ والبيعُ المعلَّق بيعٌ صحيح على ما رجَّحه جمعٌ من أهل العلم (١٠)؛ إذ الأصلُ في العقود والشروط الصحةُ ما لم تخالِفِ الشرع، وليس في شرط التعليق ما يخالف الشريعة، فهو:

- ليس من البيعتين في بيعة؛ إذ النّهيُ لا يشمل أيَّ اجتماع لعقدَيْنِ، وإنما المرادُ النَّهيُ عن اجتماع عقدَيْنِ، كلُّ واحدٍ منهما مباحٌ في حال انفرادِه، وإذا جُمع بينهما ترتَّب على ذلك الوقوعُ في محرَّم؛ كالربا (مثل العينة والجمع بين القرض والبيع)، أو الغرر (كما في: بِعتُكَ بتسعةٍ نقدًا، أو بعشرةٍ نسيئةً من غير بَتِّ)، أو النزاع (الجمع بين عقدين في محلُّ واحدٍ وزمنِ واحد).
- وليس من الكالئ بالكالئ؛ لأنَّ المبيع ليس دينًا موصوفًا في الذِّمَّة، وإنما هو معيَّنُ؛ ولأنَّ البيع ليس معلَّقًا على زمن مؤجَّل، وإنما على سداد الأقساط، فلو فُسخت الإجارةُ بعد إبرامِها برِضَا الطَّرَفَين وأدَّى المستأجِرُ الثَّمَنَ، لَزِمَ البيعُ.
- وليس من الغَرَرِ؛ لأنَّ ما عُلِّقَ عليه العقدُ إن حصل، حصل العقدُ، وإن لم يحصل لم يحصل لم يحصل لم يحصل العقد، فعلى التقديرَيْن لا يكون أيُّ من العاقدَيْنِ قد قَمَرَ الآخرَ، أو أَكَلَ مالَه بالباطل (٢).
- ولا يُخِـلُّ بمبدأ الرضا في العقود؛ لأنَّ قَصْرَ الرِّضا على العقد الناجزِ تحكُّمٌ لا دليلَ عليه، فالرِّضا لا يستلزم التنجيزَ.

الثاني: الحماية بالمواعدة؛ وذلك بإجارة الأصلِ مدَّةً معلومةً بأُجرةٍ معلومةٍ، مع المواعدة الملزِمةِ للطَّرَفَين ببيع الأصل بقيمته الاسمية، وتكون المواعدة معلَّقةً على سداد المستأجِر أقساطَ

<sup>(</sup>۱) وهو قول عند الحنابلة اختاره شيخ الإسلام ابن تيمية وابن القيم وغيرهما. المغني ٤/ ٢٤٩، الإنصاف / ٢٢) (١) (٢/ ٣٣، نظرية العقد، ص٢/ ٢٧، إعلام الموقعين ٣/ ٢٠٠، بدائع الفوائد ٤/ ٩٦.

<sup>(</sup>٢) نظرية العقد، ص٢٢٨.

الإجارةِ عن فترة التأجير؛ سواءٌ أكمَلَ المستأجِرُ مدَّةَ الإجارةِ أم رغب في فَسْخِها قبل انتهائها؛ وحكمُ هذه المواعدةِ كالبيع المعلَّقِ.

الثالث: الحماية بالوعود المتبادلة مع اختلاف محلِّ الورود؛ وذلك بإجارة الأصلِ مدَّة معلومة، بأقساطِ أُجرةٍ معلومة، مع وعدٍ مُلزِم من البائع ببيع الأصل بقيمته الاسمية في نهاية مدَّة الإجارة، أو متى ما فُسخت وطلب المستأجِرُ ذلك، ويكون الوعد معلقًا على شرط أن تكون القيمةُ الجارية (السوقية) للأصل وقتَ التَّنفيذِ أعلى من قيمته الاسمية، وفي المقابل يَعِدُ المستأجِر وعدًا معلزمًا بشراء الأصلِ بقيمته الاسميَّة عند انتهاء الإجارة أو فَسخِها، ويكون الوعد معلَّقًا على شرط أن تكون قيمة الأصلِ في السوق وقتَ التنفيذِ أقلَّ من قيمته الاسمية.

فذهب بعضُ المعاصرين إلى جواز هذه الطريقة دون الطريقتين الأُولَيَيْنِ، باعتبار أنَّ الوعدَينِ مختلف انِ في محلِّ ورودِهما، فلا تدخل في المواعدة التي صدرت بعضُ القرارات المجمعيَّة باعتبارها بيعًا معلَّقًا.

والذي يظهر: أنّه لا فرق بين هذه الصورة واللّتين قبلها؛ لأنّ مؤدّاها التزامُ الطرَفَين بالتنفيذ بالتنفيذ بالقيمة الاسميّة مهما كان الأمر، فلو كانت القيمة الجارية للأصل وقت التّنفيذ أعلى من القيمة الاسميّة؛ فالمؤجّر مُلزَمٌ بالبيع بناءً على وعده، والمستأجر مُلزَم -عقلًا- بالشراء بتلك القيمة؛ إذ لا يُتصوّر أن يذهب ويشتريَه من السُّوق بثمنٍ أعلى مع أنَّ بإمكانه أن يشتريَه بثمنٍ أقلَ، ولو فَعَلَ ذلك لاستحقّ أن يُحجَر عليه؛ لسَفَهه.

ومشلُ ذلك: لو كانت القيمةُ الجارية أقلَّ من الاسمية وقتَ التَّنفيذِ، فلا يُتصوَّرُ أنَّ المؤجِّر سيبيع في السُّوقِ مع أنَّ بإمكانه إلزامَ المستأجِرِ بالشراء بثمنٍ أعلى مما في السوق؛ فمَن جوَّز هذه الصورةَ، فأرى أنه يَلزَمُه تجويزَ الصُّورَتَين الأُخْرَيْن.

# المطلب الثالث: الحماية بالمشاركة مع الإجارة ثم التَّمليك.

في هذا الأسلوبِ يشترك البنكُ أو الصندوق الاستثماري مع العميل المتمول في شراء أصلٍ أو أصولٍ متعدِّدةٍ، وتكون حصَّةُ كلِّ منهما مشاعةً، ثم يؤجِّرُ الصندوق حصَّتَه على العميل مدَّةً معيَّنةً، وبعدها تُنقَل مِلكيَّةُ تلك الحصَّةِ إلى العميل، إمَّا بالتَّدريج (المشاركة المتناقصة)، أو مرَّةً واحدة.

ويكون انتقالُ الملكيَّةِ من الصندوق إلى العميل إمَّا بالوعدِ الملزِمِ أو بالوعود المتبادلة، أو بالمواعدة، أو بالبيع المعلَّقِ؛ والكلامُ في هذه المسألةِ كالكلام في صِيغِ التَّمليكِ في المسألة السابقةِ؛ إذ لا فرقَ بين أن يبيع الشخصُ أصلًا ينفرد بمِلكه، أو يبيع حصَّةً له في أصلٍ يملكه مشاركةً مع غيره؛ والشركة هنا شركةُ مِلكِ وليست شركةَ عقدٍ، فإن كان بيعُ الحِصَصِ بالقيمة الاسمية، فيشترط الشروط الأربعة السابقة في بَيْعِ الأصلِ كاملًا.

ويمكن أن يُجعل التمويلُ بالمشاركة المتناقصةِ على شكل صكوكِ، فيكون لحامل الصَّكِّ مِلكِيَّةُ في هذه الأصولِ، وحقٌّ في الأُجرةِ المستحَقَّةِ على تأجيرها.

وما يميِّزُ المشاركة المتناقصة، أنها توفر حماية لرأس المالِ أكثرَ من الإجارة المنتهية بالتمليك؛ لأنَّ ما تنتقل مِلكيَّتُه من الحِصَصِ ينتقل معه ضمانُه، فبدلًا من أن يتحمَّل حَمَلَةُ الصكوكِ ضمانَ جميعِ هذه الأصولِ طيلة فترةِ التأجيرِ، فإنهم لا يضمنون إلَّا الحصصَ المتبقية في مِلكِهم فقط.

# المطلب الرابع: الحماية في عقود السَّلَم والاستصناع.

السَّلَمُ من عقود التمويلِ التي يتمُّ فيها تقديمُ نَقْدِ حاضرِ في مقابل سلعة موصوفةٍ في الذِّمَة مؤجّلةٍ، فإن كانت السلعة تحتاج إلى تصنيع فهو الاستصناع، وهو جائزٌ عند الأحناف وبعض الحنابلة، ولو لم يُسلَّم رأس المال في العقد؛ أي مع تأجيلِ البدَلَين، وهذا ما عليه العملُ الآن في عقود المقاولاتِ والتَّوريدِ وغيرها، بل وما عليه العملُ في العصور السابقةِ، فلم يَزَلِ الناسُ يتعاملون فيه من غير نكير (١٠).

وما يميِّز هذين العقدَيْنِ أنَّ العوض -وهو السلعة الموصوفة- مضمونةٌ في ذِمَّةِ المَدينِ، وهذا يؤهِّلُهما لأنْ يكونا من أفضل العقودِ توفيرًا للحماية لرأس المال.

والمخاطر التي تَرِدُ على هذين العقدَين منشؤها تقلُّباتُ الأسعارِ بسبب طُولِ مدَّةِ التَّسليمِ، وفيما يلي بيانُ هذه المخاطرِ ووسائل الحمايةِ منها:

# الفرع الأول: الحماية بضَبْطِ المسلَمِ فيه بالقيمة لا بالكَمِّية.

تتمثّلُ مخاطرُ رأسِ المالِ في السَّلَم في أنَّ قيمة السلعة وقتَ التَّسليمِ قد تختلف بدرجةٍ كبيرة عن القيمةِ المتوقَّعةِ، بما يمكن أن يؤدِّي إلى الإضرار بأحدِ الطرَفَين، فلو أنَّ السَّلَم كان في (۱۰۰ طن) من الحديد برأس مالٍ مئة ألف، وفي وقت التَّسليم انخفضت قيمةُ الحديدِ في السوق، بحيث أصبحت قيمةُ (۱۰۰ طن) تسعين ألفًا، فهذا يعني خسارة في رأس المال بمقدار ۱۰٪، وكذلك لو حصل العكس، فيتضرَّرُ البائع.

ولحماية رأس المال، يمكن أن تقدَّر كَميَّةُ المسلَمِ فيه بالقيمة بدلًا من تقديرها بالكَمِّية، فيقع الاتِّفاقُ بينهما على أن يدفع المشتري (المسلِم) (٩٠ مثلًا) في مقابل أن يتسلَّم من البائع (المسلَم إليه) كميَّةً من السلعة تعادل قيمتها في السوق وقت التسليم (١٠٠)، وبذا تتحقَّقُ الحمايةُ للطَّرَفَين

<sup>(</sup>۱) ينظر تفصيل أقوال أهل العلم في الاستصناع: فتح القدير، للكمال ابن الهمام ٦/ ٢٤٣، المقدمات الممهدات ٢/ ٣٢ الحاوي الكبير ٧/ ٦٦، الإنصاف ١١٠٥/١.

من تقلُّباتِ السعرِ وقتَ التَّسليم(١).

وهذه الصيغة لا يظهر فيها محظورٌ شرعًا، إذا كان للسلعة المعقودِ عليها قيمةٌ سُوقيَّةٌ منضبطة؛ كالمعادن والوقود ونحوه، فليس فيها ربّا؛ لأنَّ المعاوضة بين نقدٍ وسلعة، وليس فيها غَرَرٌ؛ لأنَّ المعقود عليه يئول إلى العلم على وجهٍ لا يؤدِّي إلى المنازعة؛ وممن اختار جوازَها شيخُ الإسلام ابنُ تيميَّة وتلميذُه ابنُ مُفلِح رَحَهَ هُمَااللهُ(٢).

# ومن التَّطبيقات المعاصرةِ لهذه الصيغة:

۱ - بطاقات الاتصال مسبقةُ الدَّفعِ، حيث يدفع الشخص (۹۰) ليحصل على مكالماتِ بقيمة (۱۰۰) مثلًا، فهي سَلَمٌ في المنافع، والمسلَمُ فيه مقدَّرٌ بالقيمة لا بالكَمِّية - وهي الدقائق هنا- وقد تكون حالَّة أو مؤجَّلة، كما أنَّ السلم يصحُّ حالًا إذا كان البائع مالكًا للسلعة، ويصحُّ مؤجَّلًا.

٢ - بطاقات الوقود مسبقة الدَّفع، وهي كسابقتها، إلَّا أنَّ المسلمَ فيه سلعةٌ موصوفةٌ، وهو الوقود.

# الفرع الثاني: الحماية في الاستصناع بتقدير الثَّمَن بسعر التَّكلفة وربح معلوم.

من المعتاد في عقود الاستصناع الضخمة، أن يستغرق وقتُ التنفيذِ زمنًا طويلًا يصل أحيانًا إلى عدَّةِ سنواتٍ؛ فقد تتغيَّرُ أسعارُ المواد الأساسية للبناء والتشييد بما يؤدِّي إلى الإضرار بأيٍّ من طرَفَي العقدِ، فلو استُثْمِر صندوق في بناء أبراج سكنيَّة مثلًا، ثم ارتفعت أسعار موادُّ البناء بشكلٍ فاحشٍ كما هو الحاصلُ الآن؛ حيث زادت المواد خلال سنتين بنسبةٍ تتجاوز ٠٥٪ فهذا يَعني خسارةً في رأس المالِ المستثمرِ بما يعادل الفرق بين الأسعار الحقيقيَّةِ للمواد بعد ارتفاعها، والأسعار التي كانت متوقَّعةً للتنفيذ، وقد يحصل العكس، فيتضرَّر المستصنِع.

وللحماية من هذه المخاطرة، فيمكن أن يتَّفق على أن تكون المحاسبةُ على الموادِّ بناءً على تكلفةِ شرائها من السُّوق ورِبحٍ معلومٍ للصانع كعشرةِ بالمئة مثلاً، وبذا تتحقَّقُ الحمايةُ للطَّرَفَين من تقلُّباتِ الأسعار.

ولا غررَ في هذه الصيغة؛ إذ الثمنُ مرتبِطٌ بأمرٍ لا مجالَ للمنازعة فيه، فمالُه إلى العلم الذي لا يؤدِّي إلى النزاع، والبيعُ بسعرِ المِثلِ –وهو السعر السائد في السوق - أطيبُ لقلبِ المتبايعين من تحديد الثمنِ مساومةً؛ يقول ابن القيِّم رَحَمَهُ اللهُ: (اختلفت الفقهاءُ في جواز البيع بما ينقطع به السعرُ من غير تقدير الثمنِ وقتَ العقدِ.. والصوابُ المقطوعُ به، وهو عملُ الناسِ في كلِّ عصرٍ

<sup>(</sup>١) التحوط في التمويل الإسلامي، د. سامي السويلم، ص١٥٦.

<sup>(</sup>٢) الأخبار العلمية، ص١٩٣، الفروع ٤/ ١٩٧.

ومصر جوازُ البيع بما ينقطع به السعرُ، وهو منصوصُ الإمامِ أحمد، واختارَهُ شيخُنا، وسمعته يقول: هو أطيبُ لقلبِ المشتري من المساومة، يقول: لي أُسوةٌ بالناس آخُذُ بما يأخذ به غيري، وليس في كتاب الله، ولا سُنة رسولِه، ولا إجماع الأُمَّة، ولا قولِ صاحبٍ، ولا قياسٍ صحيحٍ ما يُحرِّمُه، وقد أجمعت الأُمَّةُ على صحةِ النكاح بمهر المثلِ، وأكثرُهم يجوِّزُون عقدَ الإجارةِ بأُجرةِ المثلِ، والبيع بثمن المثل؛ فغايةُ البيعِ بالسعر أن يكون بيعُه بثمنِ المثل؛ فيجوز)(١).

0,00,00,0



# المبحث النجامية

# الحماية المركَّبة (عقود التحوط)

يقصد بالحماية المركبة في هذه الدراسة: جمعُ أكثرَ من عقد في العمليَّة الاستثمارية؛ لغرض التحوُّط، وتقليل المخاطر التي يتعرَّض لها رأسُ المال؛ والتحوُّطُ (hedging) نوعٌ من الهندسة الماليَّةِ للعقود؛ ولا تزال الأسواقُ الماليَّةُ تزجُّ بشكلٍ متتابع بالعديد من أدوات التحوُّط، وكثيرٌ منها حمع الأسف- لا يتوافق مع الضوابط والمقاصدِ في الشريعة.

وأدوات التحوُّطِ التقليديَّة تعتمد في الأساس على المشتقَّات (derivatives)، وأشهرُ أنواعِ المشتقَّاتِ الماليَّةِ ثلاثةٌ:

۱ - الخيارات (Options).

٢ - والمستقبليّات (Futures).

٣- والمبادلات (Swaps).

والمشتقَّات تهدف من حيث الأصلُ إلى تبادل المخاطرِ الماليَّةِ، بحيث تنتقل إلى الطَّرَف الأكثر جدارة وقُدرة على تحمُّلِها، بينما الطَّرَفُ الآخَرُ يتفرَّغ للعملية الإنتاجيَّةِ.

فالشركة المصنّعةُ التي تتخوَّف من تقلُّباتِ أسعار المواد التي تنوي تصنيعها بما قد يمنعُها من زيادة كميَّةِ الإنتاجِ، يمكنُها التخلُّصُ من هذه المخاطرِ من خلال العقودِ المستقبليَّة، بنَقْلِ هذه المخاطرِ إلى غيرها، ومِن ثَم تتمكَّنُ من رفع مستوى الإنتاج، لكن الناظر في واقع الأسواقِ الماليَّةِ يُدرِك تمامًا أنَّ المشتقَّات (التقليدية) أصبحت أحدَ أهممُّ أدواتِ المجازفة (speculation)؛ إذ تحوَّلت إلى مبادلات بغرضِ المقامرةِ على فروقات الأسعارِ، ولا يُقصَد منها نقلُ مِلكيَّةِ الأصلِ محلِّ الاشتقاقِ؛ إذ إنَّ ما يربو على ٩٠٪ من هذه العقودِ يتمُّ تسويتُها قبل حلولِ أجَلِ التَّسليم.

ولـذا، كان مـن الضروري ابتكارُ أدواتٍ مشـروعة للتحوُّطِ، تُحقِّتُ الحمايةَ لرأس المالِ مع تَكَافي سلبيَّاتِ الأدواتِ التَّقليديَّةِ.

وبالنظر في العقود المشروعة للاستثمار، فهي إمَّا عقودُ مُداينةٍ، أو عقود مشاركةٍ، والنوعُ الأول يحقِّقُ حماية أقرَّ بعائدِ أقلَّ، والنوع الثاني يحقِّق عائدًا أكبرَ بحمايةٍ أقلَّ، فالطريقةُ المناسبةُ للتحوُّطِ هي المزجُ بين عقدِ مداينةٍ وعقد مشاركة؛ لزيادة العائدِ مع المحافظة على رأس المال.

وفيما يلي بعضُ الوسائلِ المقترحةِ للتحوُّطِ وفقَ صيغِ استثمارية تجمع أكثرَ من عقدٍ، ولكن قبل ذكر هذه الوسائلِ نؤكِّدُ ما ذُكر سَلَفًا؛ من أنَّ الجمع بين أكثرَ من عقدٍ لا حرجَ فيه من حيث الأصلُ، ما لم يترتب على الجمع بينهما محرَّمٌ؛ كالرِّبا (مثل العينة والجمع بين القرض والبيع)، أو الغَرر (كما في: بِعتُكَ بتسعةٍ نقدًا، أو بعشرةٍ نَسيئةً من غير بَتِّ)، أو النِّزاع (كما في الجمع بين عقدين في محلٍ واحدٍ وزمنِ واحدٍ).

# وفي الحماية المركَّبة مطلبان:

المطلب الأول: التحوط لرأس المال من تَذَبْذُبِ القيمةِ السُّوقية للأصول.

وفيه أربعة فروع:

#### الفرع الأول: الجمع بين المرابحة والمشاركة.

وفي هذه الطريقة تقسم المحفظةُ الاستثمارية إلى جزأين: الجزء الأكبر (٩٥٪) - مثلًا - في مرابحاتٍ مع جهاتٍ ذاتِ مَلاءةٍ ائتمانيَّةٍ جيدةٍ بربح (٥٪)، والجزء الثاني (٥٪) في عقد مشاركة، كالمتاجرة في الأسهم، أو في حِصَصِ عقاريَّة، ونحوها.

وبهذا تتحقَّق الحماية لرأس المالِ بعقد المرابحة، مع احتماليَّةِ تحقيقِ عائدٍ أفضلَ من خلال المتاجرةِ في السهم، ومن الممكن زيادةُ حصَّةِ إحدى الجهتين على حساب الأخرى بحسب النسبةِ التي يُراد تحقيقُ الحمايةِ لها من رأس المال، فكلَّما زادت حصَّة المشاركةِ، كانت فُرَصُ زيادةِ الربحِ أعلى، ونسبة المحمى من رأس المال أقلَّ، وهكذا.

وهذه الطريقة معمولٌ بها في الصناديق الاستثماريَّة المتوازنة(١).

#### الفرع الثاني: الجمع بين الإجارة والمشاركة.

وهذه الطريقة كسابقتها، إلَّا أنَّه بدلًا من المرابحة يتمُّ التحوُّطُ بعقدِ إجارةٍ؛ مثل استثمار الجزءِ الأكبر من المحفظةِ في شراء صكوكِ إجارةٍ ذات عائدٍ يغطِّي رأسَ المال.

# الفرع الثالث: الجمع بين المرابحة وبيع العربون(٢).

وكيفيَّة ذلك: أن يقسم المدير رأس المال - ١٠٠ مثلًا إلى جزأين: الجزء الأكبر (٩٣) مثلًا في مرابحاتٍ مع جهاتٍ ذات ملاءةٍ ائتمانيَّةٍ جيِّدة بربح (٧)، وبذا تتحقَّق الحماية لرأس المال،

<sup>(</sup>١) مثل صناديق الراجحي المتوازنة بالريال، وبالدولار، وباليورو.

<sup>(</sup>٢) بيع العربون: أن يُبرم عقد معاوضة -كالبيع أو الإجارة- ويدفع بعض الثمن على أنه إن مضى في العقد أتم الثمن وإلا فهو للبائع. انظر: المغرب، ص٩٠٣، والقول بجوازه من مفردات مذهب الحنابلة، وبه صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي ٨/٣/ ٧٢.

والجزء الثاني (٧) يجعله عربونًا في شراء أسهم بقيمة (٧٠٠)، فإذا ارتفعت قيمة الأسهم إلى (٨٠٠) مثلًا، أمضى العقد وقبض الأسهم ثم باعها فدفع الثمن إلى البائع، وتحقَّق للصندوق ربحٌ كبير (١٠٠) أي بما يعادل رأس المال، وإذا لم يحصل الارتفاعُ المتوقَّع فغايةُ ما في الأمر أن يعدل عن المضيِّ في العقد ويخسر مبلغ (٧) الذي دفعه عربونًا، ولكن تحقِّق له السلامةَ لرأس المال(١٠).

ومن الممكن زيادةُ حصَّةِ إحدى الجهتين على حساب الأخرى بحسَب النسبة التي يراد تحقيق الحماية لها من رأس المال، فكلَّما زادت حصةُ العربون كانت فُرَصُ زيادةِ الربح أعلى ونسبة المحمى من رأس المال أقلَّ، وهكذا.

# الفرع الرابع: تنويع الأصول بما يحقِّق الحماية لرأس المال.

والمقصود أن تشكَّل موجوداتُ المحفظةِ الاستثماريَّةِ بطريقةِ يتحقَّقُ معها الحمايةُ لرأس المال؛ كأن يجمع بين سِلَع لها علاقاتُ عكسيَّةُ؛ مثل: (الدولار والذهب) و(الدولار والنفط)، والغرضُ أنه إذا انخفض الدولار فإنه يحمى رأسَ مالِه بارتفاع الذهب، وهكذا.

#### المطلب الثاني: التحوط لرأس المال من تذبذب أسعار الصرف.

وفيه فرعان:

# الفرع الأول: الجمع بين مرابحتين متقابلتين.

من أبرز المخاطر التي قد يت آكل معها رأسُ المال: التذبذب في أسعار الصرفِ بين العُملة التي تُشترَى بها السلعُ والعُملة التي تُباع بها، فلو أنَّ مستثمرًا اشترى سلعًا بمليون يورو تحلُّ بعد سنة وسعرُ الصرف مع الريال وقتَ الشراء هو (١ يورو/ ٥ ريالات) ثم باعها في السُّوقِ المحليَّةِ بربح ٢٠٪؛ أي بما يعادل (مليون ومائتي ألف يورو= ٦ ملايين ريال) فلمَّا حلَّ موعدُ السداد، كان سعر الصرف بين العُملتين (١ يورو/ ٧ ريالات)؛ أي أنَّ المبلغ المطلوبَ سدادُه بالريال هو (٧ ملايين ريال)، فهذا يعنى خسارةً في رأس المالِ بمقدار (مليون ريال).

والتحوط التقليدي للتذبذب في أسعار الصرفِ، يتمُّ من خلال الصرفِ المؤجَّل (Swaps)، وهو محرَّمٌ؛ لما فيه من التأجيل في الصرف.

ومن الحلولِ المطروحة أن يجري من يرغب في الحماية مرابحتين متقابلتين، بحيث تكون كلُّ واحدةٍ منفصلةً عن الأخرى، فيحصل في العمليَّةِ الأُولى على تمويل (تورق مثلًا) بالريال، ثم في العملية الثانية يستثمر السيولة المتحصلة من العملية الأُولى (في البيع الآجل مثلًا) باليورو،

<sup>(</sup>١) التحوطات البديلة عن الضمان، ص٢٩.

بحيث يكون أجَلُ العمليَّتين واحدًا، وبذا يكون مَدِينًا بالريال ودائنًا باليورو، ثم تتمُّ المصارفةُ بنسبة كلِّ منهما إلى الآخر.

فلو أنَّ المستثمر في المثال السابق يخشى من ارتفاع سعرِ اليورو مقابل الريال، ويرغب في التحوُّطِ عن الالتزام الذي عليه باليورو وهو (مليون يورو)، بأن يثبت سعر صرفه مع الريال على السعر ١ يورو/ ٥ ريال، فتتم الحماية بخطوتين:

۱ - في الأولى: يحصل على تمويل من البنك بالريال (كالتورق مثلًا)، بحيث يشتري سلعًا بـ ٥ ملايين ريال تحلُّ بعد سنةٍ، ثم بعد قبضِه السلعَ يبيعها نقدًا بـ ١ ٠ ٠ ٠ ٠ ٤ ريال.

٢ - وفي الثانية: يستثمر المبلغ الذي تحصل عليه من العمليَّة الأُولى، وهو ٤٨٠٠٠٠ ريال
 في شراء سِلَع نقدًا، ثم بيعها بمليون يورو تحلُّ بعد سنة.

والنتيجة: أنه وقت حلول الأَجَلِ سيكون على المستثمر دينٌ قدرُه ٥ ملايين ريال، يُسدِّدُه من ثمن بيعِه السلع (٦ مليون ريال)، وله دَينٌ قدرُه مليون يورو يقضي به الالتزام الذي عليه باليورو؛ وبهذا يكون قد حمى نفسه من تذبذب سعرُ الصرفِ بين العُملتين، وثبت السعر على ١ يورو/ ٥ ريال، وتحصَّل له الربحُ الذي كان يرمي إليه وهو (مليون ريال).

ولا يظهر في هذه الصيغةِ محظورٌ شرعي، شريطةَ أن تكون العمليَّتَانِ منفصلتَيْن، وتُجرى كلُّ عمليَّةٍ على سلعة بالأجَل، ثم يشتريها البنكُ منه بالأَجَل نفسِه بالعُملة الأخرى؛ لأنَّ هذه الصورة حيلةٌ ظاهرةٌ على ربا النَّسيئة.

وممن أجاز هذه الصيغةَ الهيئةُ الشرعية لبنك البلاد(١٠).

# الفرع الثاني: الجمع بين قرضَيْن بعُملتَين (القروض المتبادلة).

وفي هذه الطريقة تَجري عمليَّةُ قروضٍ متبادلة بين المستثمر والبنك بالعُملتين المرادِ تثبيتِ سعرِ صرفِهما؛ فالمستثمرُ الذي عليه التزامُّ بمليون يورو يحلُّ بعد سنةٍ ، ويريد أن يثبت سعر صرفِ اليورو مقابلَ الريالِ على ١ يورو / ٥ ريال؛ لتخوُّفِه من ارتفاع سعرِ اليورو مقابل الريال، فإنَّه يُقرض البنك مليون يورو (٢) على أن يستردَّها بعد سنةٍ بنفْسِ المقدار، وفي المقابل يُقرِضُه البنكَ خمسة ملايين ريال، على أن يردَّها للبنك بعد سنةٍ بنفس المقدارِ، فإذا حلَّ الأجَلُ فإنَّه يكون على المستثمِر دين قدره ٥ ملايين ريال، يُسدِّدُه من ثمنِ بيعِه السِّلَعَ التي سبق أن اشتراها باليورو، وله دينٌ قدرُه مليون يورو يقضي به الالتزام الذي عليه باليورو.

<sup>(</sup>١) في منتج الحماية من تذبذب سعر الصرف (الأمان).

<sup>(</sup>٢) ومن الممكن أن يوفر مبلغ القرض من تمويل (تورق أو غيره) بالريال، إذا لم يكن عنده سيولة تكفي لذلك.

وحكم هذه المعاملة مبني على حُكم القروض المتبادلة، والأظهرُ فيها -أي القروض المتبادلة والأظهرُ فيها -أي القروض المتبادلة - الجوازُ إذا كانت على وجه المماثلة بين القرضين؛ أي بدون أن يترتَّبَ عليها فوائدُ لأحدِهما على الآخر، ولا تدخلُ في القرض الذي يجرُّ نفعًا؛ لأنَّ محلَّ المنعِ إنما هو في المنفعة التي يختصُّ بها المُقرض.

أمَّا إذا كانت المنفعة مشتركةً بين المقرض والمقترض، على وجه يحقِّقُ مصلحةً عادلة للطَّرَفَين، فليست ممنوعة ولا هي في حُكمِ الممنوع، وهي نظيرُ السُّفتَجة التي نصَّ أهلُ العلمِ على جوازها؛ لأنَّ المنفعة فيها لا تخصُّ المقرضَ وحدَه، وإنما تعمُّ الطرفين(١).

010010010

<sup>(</sup>۱) المغني ٦/ ٤٣٦، مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٠/ ٥١٥، إعلام الموقعين ١/ ٢٥، المقاصة بين الفوائد الدائنة والمدينة، د. نزيه حماد (في فقه المعاملات المالية المعاصرة)، ص٢٩٤.



# خاتمة الدراسة وأهم النتائج

#### ربعد:

فهذا ما تيسَّر جمعُه في هذه الدراسة الموجَزةِ، وقد تضمَّنت تأصيلًا شرعيًّا لحماية رأس المال، والفرق بينها وبين ضمانه، وأهم الوسائل المقترَحة لتحقيق هذه الحماية، وبلغ مجموع هذه الوسائل (٣٥) وسيلة، منها (٦) وسائل ظهر للباحث تحريمها، وأمَّا الباقي فهي على أصل الإباحةِ، وفيما يلي مسردٌ لأهمِّ نتائج البحث:

أ- حماية رأس المال تَعني بَذْلَ الأسبابِ لوقايته من النقصان، وهي تختلف عن ضمانه بأنَّ النتيجة -وهي سلامة رأس المال- قد تتحقَّق وقد لا تتحقَّق، وأمَّا الضمانُ فالمقصودُ منه الالتزام بالنتيجة، وهي تحمل أي نقص يكون في رأس المال، سواءٌ أكان النَّقصُ بسبب قصورٍ في الأخذ بالأسباب أم لم يكن لقصور فيها.

ب- حماية رأس المالِ مشروعةٌ من حيث الأصلُ بثلاثة شروط: ألّا يكون الغرض منها تضمين مدير الاستثمار، وألّا تكون بعقد محرّم، وأن تكون بالتساوي بين الشركاء.

ج- إدارة الاستثمار إمَّا أن تكون على سبيل المضاربة، أو المشاركة، أو الوكالة في الاستثمار، والأصل أنَّه لا ضمانَ على المدير إلَّا في حال تعدِّيه أو تفريطِه.

#### د- تضمين المدير لا يخلو من أربع حالات:

- ١- تضمينه بالشرط مطلقًا، وهذا لا يجوز.
- ٢- عدم ضمانه إلَّا في حال قيام البيِّنةِ بتعدِّيه أو تفريطه، وهذا هو الأصل.
- ٣- تضمينه بقيام القرينة على تفريطه، إلا أن يأتي ببينة تنفي ذلك عنه، فيصحُّ، ومن القرائن على الإهمال: تحقيقُه خسائر وغيره ممن يماثله في العمل يحقِّق أرباحًا، أو تحقيقه خسائر مفاجئة من غير أسباب معقولة.
- ٤ تضمينه ابتداءً بالشرط، إلّا أن يأتي بالبيّنة على عدم تعدّيب أو تفريطه، فيصحمُّ هذا الشرط.
- هـــ المخاطرة نوعان: مشروعة؛ وهي التي بسبب تحمُّلِ مسؤولية مِلكِ الأصل محلَّ الاستثمار، وممنوعة: وهي التي بسبب الجهالة في العقد، وهذه هي المقامرة.

#### و- لا تجوز حماية رأس المال بوسائل يُقصَد منها تضمين المدير، ومنها:

- ١- اشتراط ضمان رأس المال على المدير.
  - ٢- المضاربة مع إقراض المال للمدير.
- ٣- التزام المدير بشراء الأصول بقيمتها الاسمية.
- ٤- الوعود المتبادلة للتحوط من تذبذب القيمة السوقية.
- ٥ كفالة طرف ثالث لمدير الاستثمار كفالة مطلقة -أي غير مقيدة بالتعدي أو التفريط مع حق الرجوع عليه.

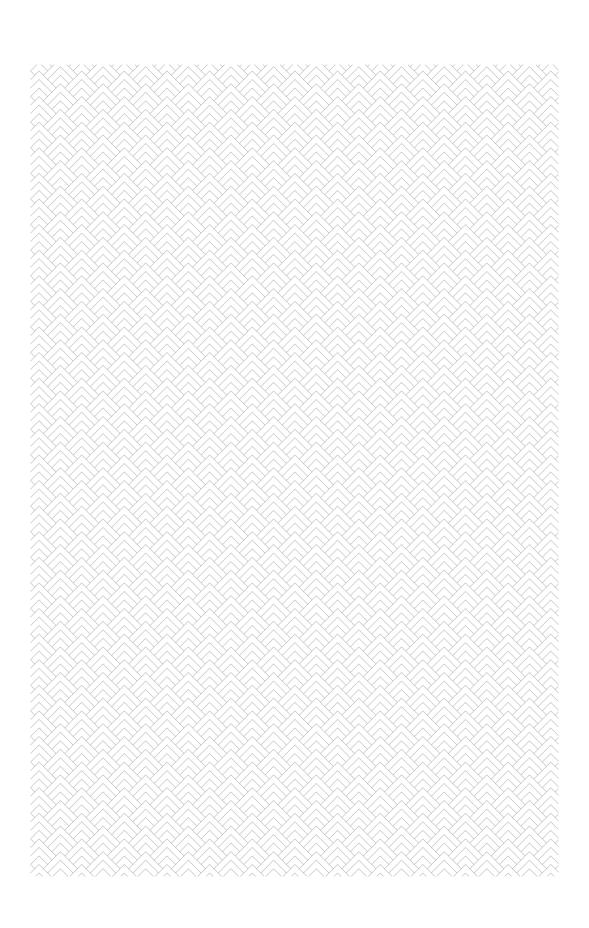
#### ز- من الصور الممنوعة لحماية رأس المال:

التزام طرف ثالث بالضمان بأجر، وهو من التأمين التجاري الذي صدرت قرارات
 المجامع بتحريمه.

#### ح- تجوز حماية رأس المال بصيغة تعاونية، ومن وسائل ذلك:

- التأمين التكافلي على الاستثمار والتمويل ضد المخاطر الرأسمالية أو الائتمانية،
   أو مخاطر الصرف، أو عائد الاستثمار، أو عائد التمويل.
  - ٨- التزام طرف ثالث بالضمان تبرعًا من غير نيَّةِ الرجوع.
- ٩- التزام طرف ثالث تبرعًا بضمان تعدِّي المدير، أو تفريطه مع حقِّه في الرجوع عليه.
- ١٠ التزام طرف ثالث بأجر ضمان تعدي المدير، أو تفريطه مع حقِّه في الرجوع عليه.
- ١١ تكوين احتياطيًاتٍ لحماية رأس المال، أو لحمايته مـع العائد وتُقتطع من حقوق المستثمرين.
- 11- تكوين احتياطيات لحماية رأس المال، أو لحمايته مع العائد وتقتطع من الربح الكُلِّي، بما في ذلك ما يخصُّ المديرَ.
  - ١٣ تطوع العامل بالضمان بعد العقد.
  - ١٤- القرض الحسن من المدير لأرباب الأموال في حال العجز.
  - ١٥- التزام المدير بالقرض الحسن لأرباب الأموال في حال العجز.
  - ط- تجوز حماية رأس المال بعقود الائتمان، ومن وسائل تحقيق ذلك:
- اعقد المرابحة، بطريق الوكالة في الاستثمار، أو الوكالة مع الوعد بالشراء،
   أو بالمضاربة في عقود المرابحة.

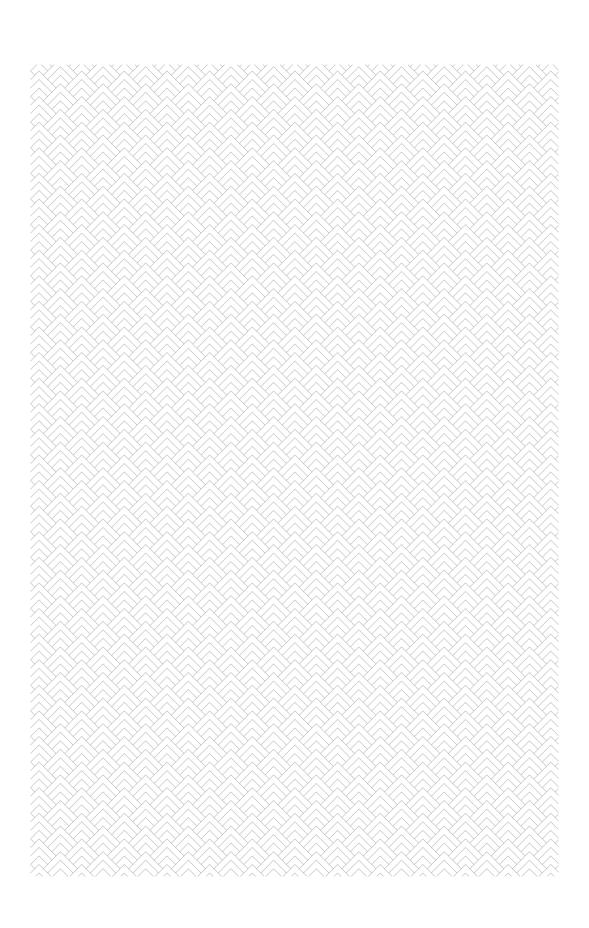
- ١٧- أخذ الرهونات والضمانات، والدراسة الائتمانية، والتأمين التعاوني على الديون.
  - ١٨ المرابحة مع حافز الخصم.
  - ١٩- الجمع بين المرابحة والمشاركة.
  - ٢٠- بيع دين المرابحة بسلع قابلة للتسييل.
  - ٢١- الإجارة مع الوعد بالتملك بقيمة اسمية وعائد منضبط.
    - ٢٢- الاستصناع أو الشراء من طرف ثالث ثم التأجير.
- ٢٣ إنشاء شركة ذات مسؤولية محدودة تتملك الأصول، وتكون مملوكة للمستثمرين.
- ٢٤- تحميل المستأجر في الصكوك الضمان والصيانة الأساسية الطارئة، ما لم يثبت عدمُ تعدِّيه أو تفريطِه.
  - ٢٥ التأمين التعاوني على الأصول المؤجّرة ضد التّلف والصيانة الطارئة.
- ٢٦- الإجارة مع الإلزام المتبادل بنَقْل الملكية، إمَّا بالبيع المعلَّق، أو بالمواعدة، أو بالمواعدة مع اختلاف محل الورود.
  - ٧٧- المشاركة مع التأجير، ثم التَّمليك التدريجي أو المعلَّق.
    - ٢٨ عقد السَّلَم مع ضبط المسلِّم فيه بالقيمة لا بالكمِّية.
  - ٢٩- الاستصناع مع تقدير الثمن بسعر التكلفة وربح معلوم.
- ى- تجوز حماية رأس المال بالتحوط بالعقود المركبة، والأصل صحة جمع أكثر من عقد ما لم يترتب على اجتماعهما محظورٌ، ومن وسائل الحماية:
  - ٣٠- الجمع بين المرابحة والمشاركة.
  - ٣١- الجمع بين الإجارة والمشاركة.
  - ٣٢- الجمع بين المرابحة وبيع العربون.
  - ٣٣- تنويع الأصول بما يحقق الوقاية لرأس المال.
  - ٣٤- الجمع بين مرابحتين متقابلتين بعُملتين للحماية من تذبذب سعر الصرف.
- ٣٥- الجمعُ بين قرضَيْن متقابلَيْن (القروض المتبادلة) بعُملتَين للحماية من تذبذب سعر
  - والحمد لله أولًا وآخِرًا، وظاهرًا وباطنًا؛ وصلى الله وسلم على نبيِّنا محمد.





# التحوط في المعاملات المالية

بحث مقدًم إلى ندوة
(التحوط في المعاملات المائية)
والمنظّمة بالتعاون بين مجمع الفقه الإسلامي الدولي ودائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري
في إمارة دبي عام ١٤٣٧هـ/٢٠١٦م
كما قُدم بحثُ مشابه له إلى
(المؤتمر الحادي عشر للهيئات الشرعية للمؤسّسات المائية الإسلامية)
والمنظّم من هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسّسات المائية الإسلامية
بعنوان: (تطبيقات الحماية البديلة عن عقود التحوط والضمان)
عام ١٤٣٣هـ/ ٢٠١٢م





الحمد لله، والصلاةُ والسلام على رسول الله صَالِلَةُ عَلَيْهُ وَسَلَّمَ. أَمَّا بعدُ:

فقد تعدَّدت أساليبُ الاستثمار في العصر الحاضر، وتبعًا لذلك تنوَّعت المخاطر التي تتعرَّض لها تلك الاستثمارات، ما بين مخاطر اقتصادية وائتمانية وأخلاقية وغيرها، وكان من أبرز مقوِّمات الإدارة الناجحة للاستثمار وضع الوسائل المناسبة لحمايتها من المخاطر.

وفي المصرفية التقليدية تتمُّ حماية الاستثمار بطُرُق متعدِّدة، من أبرزها طريقتان: الأولى: عقود التحوُّط؛ وهي عقودٌ يُقصَد منها تبادلُ مخاطرِ الاستثمار بين طرَفين.

والثانية: الضمانات؛ وهي عقودٌ يُقصَد منها تحمُّلُ طرفٍ مخاطرَ الاستثمارِ مقابلَ عوض.

و(الحماية) بمفهومها الإسلامي تختلف عن (التحوط) و(الضمان) بمفهومَيْهِما التقليدِيَّيْن؛ ولذا أرى أنَّ من الأفضل أن نستخدم مصطلح (الحماية) للأدوات الإسلامية؛ تمييزًا لها عن الأدوات التقليدية، ولا مشاحَّة في الاصطلاح.

010010010



# المبحث الأول

# مفهوم (التحوط) و(الضمان) وعلاقتهما بـ (الحماية)

#### أولًا: التحوط.

التحوط (hedging) مأخوذٌ من الحَيطة -بالفتح والكسر- ويُقصَد به في الأسواق المالية: تبادلُ مخاطرِ الاستثمار بين طرفين، ويتم ذلك من خلال جملة من العقود المسماة بعقود التحوط. وأدوات التحوط التقليدية تعتمد في الأساس على المشتقَّات (derivatives)، وأشهر أنواع

وأدوات التحوط التقليدية تعتمد في الأساس على المشتقّات (derivatives)، وأشهر أنواع المشتقّات المالية ثلاثة:

۱ - الخيارات (Options).

Y - والمستقبليات (Futures).

٣- والمبادلات (Swaps).

#### ثانيًا: الضمان.

يُقصَد بالضمان هنا، الالتزام بسلامة رأس المالِ، أو سلامته مع حدِّ معيَّن من الربح، وذلك بتعويض المضمون له (رب المال) عن أي نقصٍ في قيمة الاستثمار؛ سواءً أكان بسبب خسارةٍ، أم تلفٍ، أم غيرِ ذلك.

والضمان قد يكون صادرًا من مدير الاستثمار نفسِه، وقد يكون من طَرَفٍ ثالث مقابلَ عوضٍ يأخذه.

والأصلُ الشرعي في عقد الاستثمار -سواءٌ أكان عقدَ مضاربةٍ، أم مشاركة، أم وكالة في الاستثمار - أنَّ خسارة النَّقصِ في رأس المال يتحمَّلُها ربُّ المالِ وحدَه، وأمَّا العامل فخسارتُه تقع في عمله بدون أَجرٍ؛ فربُّ المالِ يقدِّم المالَ وفي حال الخسارة يخسر المال، والعامل يقدِّم العملَ وفي حال الخسارة يخسر المال، والعامل يقدِّم العملَ وفي حال الخسارة يخسر قيمةَ هذا العملِ.

ولا خلافَ بين الفقهاء أنَّ يَدَ العاملِ على رأس المال يدُ أمانةٍ؛ سواءٌ أكان مضاربًا أم وكيلًا بأجر، فلا يضمن خسارة المال، أو نُقصانَه، أو هلاكَه؛ إلَّا في حال تَعَدِّيهِ أو تفريطه؛ ذلك أنَّ العامل نائبٌ عن ربِّ المالِ في اليد والتصرُّفِ، وذلك يستوجب أن يكون هلاكُ المالِ أو خسارتُه في يده، كهلاكه أو خسارته في يد صاحبه؛ لأنه قَبضَه بإذنه، ولأنَّ الأصل براءةُ ذِمَّة العامل من الضمان، ومَن

كان كذلك فلا يسوغ تضمينُه إلَّا بأمر من الشارع(١).

#### ثالثًا: الحماية.

حماية رأس المال تَعني: وقايتَه من النَّقص؛ والغالبُ في تعبير الفقهاءِ استخدامُ لفظِ (السلامة) أو (الوقاية) بدلًا من لفظ الحماية، ومنه قولهم في المضاربة: لا ربحَ إلَّا بعد سلامة رأسِ المال. وقالوا: الربحُ وقايةٌ لرأس المال، ومعنى ذلك: أنَّ الربح لا يتحقَّق في المضاربة، ولا يُحكم بظهوره حتى يُستوفى رأسُ المال؛ لأنه الأصلُ الذي يُبنى عليه الرِّبحُ (۱).

وحماية المال بهذا المعنى مطلوبة شرعًا؛ سواءً مِن قِبل ربِّ المالِ، أو العامل؛ وهي تدخل ضمنَ مقصدِ (حفظ المال)، وهو أحدُ المقاصدِ الضرورية التي جاءت الشريعة برعايتها وحِفظِها؛ وله ذا جاء الأمرُ من الشارع في العقود التي تكون عرضةً لنوع من المخاطر باتخاذ الأسباب التي يُتجنَّب فيها تلك المخاطرُ؛ ففي البيع الآجل مثلًا، حيث يكون الاستثمار عرضةً للمخاطر الائتمانية، أَمَرَ اللهُ تعالى بكتابته وتوثيقِه، والإشهادِ عليه، وأَخْذِ الرهون، فقال سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى: ﴿ يَمَا أَيُهَا الَّذِينَ عَامَنُوا إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنِ إِلَىٰ أَجَلِ مُسَمَّى فَأَحْبُوهُ ﴾ (٣)، وقال: ﴿ وَأَشْهِدُوا إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنِ إِلَىٰ أَجَلِ مُسَمَّى فَأَحْبُوهُ ﴾ (٥).

ومما جاء في هذا البابِ، ما روى ابنُ عبَّاس رَضَالِتَهُ عَنْهُا، أنَّ العباس كان إذا دَفَعَ مالًا مضاربةً، اشترط على صاحبه ألَّا يسلك به بحرًا، ولا ينزل به واديًا، ولا يشتري به ذات كبد رطبةٍ؛ فإنْ فَعَلَ ذلك ضمن، فبلغ شرطُه النبيَّ صَلَّاللَهُ عَلَيْهُ وَسَلَّمَ فأجازه (١). فما شرطه العباس رَضَالِتَهُ عَنْهُ نوع من الحماية عن المخاطر الاقتصادية.

وتتأكَّد حماية رأسِ المال في حق العامل؛ لأنه أمينٌ، ومن مقتضى ذلك أن يكون تصرُّفُه في المال منوطًا بالمصلحة لربِّ المالِ؛ لكونه نائبًا عنه فيه، فيأخذ بأسباب الحيطة في تنمية المال وفقَ ما جرى به العُرفُ، وبما لا يتعارض مع القواعد الشرعية؛ سواءٌ أكان مضاربًا، أم شريكًا، أم وكيلًا بأجر.

<sup>(</sup>۱) البحر الرائق ٦/ ٣١٣، البهجة شرح التحفة ٢/ ٢١٧، ميارة على العاصمية ٢/ ١٣١، المغني ٧/ ٧٦.

<sup>(</sup>۲) انظر: المبسوط ۲۲/ ۱۰۲، رد المحتار ۸/ ٤٤٧، شرح الخرشي ٦/ ۲۱٦، القوانين الفقهية ص٢١٦، روضة الطالبين ٥/ ١٣٣، نهاية المحتاج ٥/ ٢٣٦، المغني ٧/ ١٦٥، شرح المنتهى ٢/ ٣٣٣، المحلى ٨/ ٢٤٨.

<sup>(</sup>٣) سورة البقرة الآية: ٢٨٢.

<sup>(</sup>٤) سورة البقرة الآية: ٢٨٢.

<sup>(</sup>٥) سورة البقرة الآية: ٢٨٣.

<sup>(</sup>٦) الطبراني في الأوسط، ص١٧٥، والدارقطني ٣/ ٨٧، والبيهقي ٦/ ١١١.

#### علاقة الحماية بالتحوط:

تختلف الحماية بمفهومها الشرعى عن التحوط بمفهومه التقليدي، وذلك من أوجه:

الأول: أنَّ الحماية تكون من خلال إبرام عقودٍ على سِلَع حقيقية، بينما التحوط يكون بتبادل المخاطر دون وجود بيوع حقيقيَّة.

والثاني: الغرض من الحماية الحفاظ على سلامة الاستثمار، بينما الأغلب في عقود التحوط أن تكون لغرض المقامرة على تقلبات الأسعار في المستقبل؛ ولذا فإنَّ معظمَ هذه العقود تتم تسويتُها قبل موعد التسليم.

والثالث: لا تصحُّ الحماية بعقودٍ يكون فيها العوضانِ مؤجَّلين؛ لما في ذلك من الغَررِ الفاحش، بينما هذا هو الأكثر في عقود التحوُّطِ.

والرابع: لا تصحُّ الحماية بالبيوع المعلَّقةِ على المستقبل، بينما عقودُ التحوُّطِ قد تكون كذلك.

#### علاقة الحماية بالضمان:

تختلف حماية رأس المال عن ضمانه من وجهين:

الأول: أنَّ الحماية بذلُ عنايةٍ، وأمَّا الضمان فهو التزامُّ بغايةٍ؛ فالحمايةُ يُقصَد منها بذلُ الأسبابِ لوقاية رأس المالِ من النُّقصانِ، ثم قد تتحقَّق تلك الغاية، وهي سلامة رأسِ المال، وقد لا تتحقَّق، وأمَّا الضمان فالمقصودُ منه الالتزامُ بالنتيجة وهي تحمل أي نقص يكون في رأس المال؛ سواءٌ أكان النقصُ بسبب قصورِ في الأخذ بالأسباب، أم لم يكن لقصورِ فيها.

والثاني: أنَّ الأصل في ضمان العاملِ رأسَ المالِ المنعُ؛ لأنَّ المال مضمونٌ على مالكه، وهو ربُّ المالِ، ولا يضمن العاملُ إلَّا في حال تَعَدِّيه أو تفريطه، وأمَّا حماية المال فالأصلُ فيها الوجوبُ؛ إذ يجب على العامل أن يحميَ رأسَ المالِ من التَّلَف والخسارة؛ لأنه مؤتمَنٌ عليه.

#### الضوابط الشرعية لحماية رأس المال:

من خلال ما سبق، يمكن أن نضع الضوابطَ الآتية التي يجب أن تُبنى عليها أدواتُ الحماية المشروعة؛ تجنبًا لوقوعها في دائرة التحوُّطِ أو الضمان التقليديَّيْن:

١ - أن تكون الحماية لأغراض المحافظة على سلامة المال وليس لأَجْلِ المقامرةِ على فروقات الأسعار (speculation).

٢- أن تكون الحماية من خلال إبرام عقودٍ على سِلَع حقيقية، بحيث يتحمَّل العاقدُ مخاطرَ

مِلكيَّةِ السلعة، وينتقل إليه ضمانُها ولو لفترةٍ قصيرة، فلا يصتُّ أن يتم الاتفاق على تسوية الالتزامات الدائنة والمدينة بين الطرفين من دون عقودٍ حقيقيَّة.

٣- لا تجوز أدوات الحماية التي تكون مبنيَّة على عقودٍ مستقبليَّة، ويجوز إذا كانت بوعدٍ من طَرَفٍ واحد.

٤ - لا تجوز أدوات الحماية التي يكون الغرض منها تضمين مدير الاستثمار إن لم يتعد الورس السنثمار إن لم يتعد أو يُقصِّر؛ لأنَّ ذلك يفرغ عقد الاستثمار من مضمونه، ويحوِّلُه إلى عقد قرض.

٥- ألا تكون الحماية بعقدٍ محرَّم، وأصول المعاملاتِ المحرَّمة ترجع - في الغالب - إلى أحدِ أمرَيْن: إمَّا الربا، وإما الغرر. والأول محرَّمٌ؛ لما فيه من الظلم، والثاني محرَّم؛ لما فيه من الجهل، وكلاهما من أكْلِ المالِ بالباطل.

٢- في الحماية المشتركة بين أطراف يجب أن تكون الحماية بالتساوي على جميع المشتركين في الصندوق أو المحفظة الاستثمارية، كلَّ بحسب رأسِ مالِه، فلا يصحُّ أن يتحمَّل بعضُ المستثمرين من المخاطر أكثرَ من البعض الآخرِ، أو أن يُعفَى بعضُهم من تحمُّلِ المخاطر؛ لأنهم شركاءُ فيما بينهم. ومن القواعد المتَّفَق عليها بين أهل العلم في باب الشركات: (أنَّ الوضيعة على قدر المال)(١).

010010010

<sup>(</sup>١) بدائع الصنائع ٦/ ٧٧، حاشية الدسوقي ٣/ ٣٥٤، تحفة المحتاج ٥/ ٢٩١، المغني ٥/ ٢٢.

# المبحث الثَّاني

# تطبيقات الحماية في المؤسَّسات الماليَّةِ الإسلاميَّة

سوف أستعرض في هذا المبحث نوعَيْن من التطبيقات:

الأول: التطبيقات البديلة عن عقود التحوط التقليدية.

والثاني: التطبيقات البديلة عن عقود الضمان التقليدية.

المطلب الأول: تطبيقات الحماية البديلة عن التحوط.

الفرع الأول: تطبيقات الحماية في الصرف.

المسألة الأولى: الجمع بين مرابحتين متقابلتين للحماية من تقلُّبِ أسعار الصرف.

من أبرز المخاطر التي قد يتاكلُ معها رأسُ المال: التذبذبُ في أسعار الصرفِ بين العُملة التي تُشترى بها السِّلَعُ والعُملة التي تُباع بها، فلو أنَّ مستثمرًا اشترى سِلَعًا بمليون يورو تحلُّ بعد سنةٍ وسعر الصرف مع الريال وقت الشراء هو (١ يورو=٥ ريالات) ثم باعها في السوق المحلية بربح ٢٪ أي بما يعادل (مليون وماثتي ألف يورو=٢ ملايين ريال) فلمَّا حلَّ موعدُ السداد، كان سعر الصرف بين العُملتَيْن (١ يورو=٧ ريالات)؛ أي أنَّ المبلغ المطلوبَ سدادُه بالريال هو (٧ ملايين ريال)، فهذا يَعنى خسارةً في رأس المال بمقدار (مليون ريال).

والتحوُّطُ التقليدي للتذبذب في أسعار الصرف، يتمُّ من خلال الصرفِ المؤجَّل، وهو محرَّم؛ لما فيه من التأجيل في الصرف.

ومن الحلول المطروحة، أن يُجري مَن يرغب في الحماية مرابحتين متقابلتَيْن، بحيث تكون كُلُ واحدةٍ منفصلةً عن الأخرى، فيحصل في العمليَّة الأُولى على تمويل (تورق مثلًا) بالريال، ثم في العملية الثانية يستثمر السيولة المتحصِّلة من العملية الأولى (في البيع الآجِل مثلًا) باليورو، بحيث يكون أَجَلُ العمليتين واحدًا، وبذا يكون مَدِينًا بالريال ودائنًا باليورو، ثم تتم المصارفة بنسبة كلً منهما إلى الآخرِ.

فلو أنَّ المستثمر في المثال السابق يخشى من ارتفاع سعر اليورو مقابل الريال، ويرغب في التحوُّطِ عن الالتزام الذي عليه باليورو وهو (مليون يورو)، بأن يثبت سعر صرفه مع الريال على السعر ١ يورو/ ٥ ريال، فتتم الحماية بخطوتين:

۱ - في الأولى: يحصل على تمويل من البنك بالريال (كالتورق مثلًا)، بحيث يشتري سلعًا بـ(٥) ملايين ريال تحلُّ بعد سنة، ثم بعد قبضه السَّلَعَ يبيعها نقدًا بـ(٤٨٠٠٠٠) ريال.

٢ - وفي الثانية: يستثمر المبلغ الذي تحصَّل عليه من العملية الأُولى، وهو (٤٨٠٠٠٠)
 ريال في شراء سِلَع نقدًا، ثم بيعها بمليون يورو تحلُّ بعد سنة.

والنتيجة: أنه وقتَ حلولِ الأَجَل سيكون على المستثمر دينٌ قدرُه (٥) ملايين ريال، يُسدِّده من ثمن بيعِه السلعَ (٦ مليون ريال)، وله دينٌ قدرُه مليون يورو يقضي به الالتزام الذي عليه باليورو.

وبه ذا يكون قد حمى نفسه من تذبذب سعرِ الصرف بين العُملتَين، وثبت السعر على ١ يورو/ ٥ ريال، وتحصَّل له الربحُ الذي كان يرمى إليه، وهو (مليون ريال).

ولا يظهر في هذه الطريقةِ محظورٌ شرعي بالضوابط الآتية:

1 – أن تكون العمليَّتانِ منفصلتَيْن، وتُجرى كلُّ عملية على سلعةٍ مختلفة، فلا يصحُّ أن يبيع المصرف على المستثمر سلعةً بالأَجَل ثم يَشتريها المصرفُ منه بالأَجَل نفسِه بالعُملة الأخرى؛ لأن هذه الصورة حيلةٌ ظاهرةٌ على ربا النَّسيئة، وتحقيقًا لهذا الضابط أرى أنه لا بد أن يكون المصرف الذي يجري معه العملية الثانية (الاستثمار)، غير المصرفِ الذي يجري معه العملية الأولى (التمويل).

٧- ألَّا يكون هناك وعودٌ متبادلةٌ ملزمة بالدخول في أيِّ من العمليتين.

٣- أن يكون كلُّ من عقد التمويل وعقد الاستثمار متوافقًا مع الضوابط الشرعية.

المسألة الثانية: القروض المتبادلة بعملتين للحماية من تقلُّب أسعار الصرف.

في هذه الطريقة تجري عملية و قروض متبادلة بين المستثمر والبنك بالعُملتين المراد تثبيت سعر صرفهما؛ فالمستثمر الذي عليه التزامٌ بمليون يورو يحلُّ بعد سنة ويُريد أن يثبت سعر صرف اليورو مقابل الريال على ١ يورو/ ٥ ريال؛ لتخوُّفِه من ارتفاع سعر اليورو مقابل الريال، فإنه يقرض البنك مليون يورو<sup>(١)</sup> على أن يستردَّها بعد سنة بنفس المقدار، وفي المقابل يُقرِضُه البنك خمسة ملايين ريال على أن يردَّها للبنك بعد سنة بنفس المقدار، فإذا حَلَّ الأَجَلُ؛ فإنَّه يكون على المستثمِر دينٌ قدرُه (٥) ملايين ريال، يُسدِّدُه من ثمن بيعِه السلعَ التي سبق أن اشتراها باليورو، وله دينٌ قدرُه مليون يورو يقضى به الالتزامَ الذي عليه باليورو.

وحُكمُ هذه المعاملةِ مبني على حُكمِ القروض المتبادلة، والأظهر فيها -أي القروض المتبادلة - الجواز إذا كانت على وجه المماثلةِ بين القرضَيْن؛ أي بدون أن يترتب عليها فوائلُ

<sup>(</sup>١) ومن الممكن أن يوفر مبلغ القرض من تمويل (تورق أو غيره) بالريال، إذا لم يكن عنده سيولة تكفي لذلك.

لأحدهما على الآخر، ولا تدخل في القرض الذي يجرُّ نَفْعًا؛ لأن محلَّ المنع إنما هو في المنفعة التي يختصُّ بها المقرض، أمَّا إذا كانت المنفعةُ مشتركةً بين المُقرِض والمقترض، على وجه يحقُّ مصلحةً عادلة للطَّرَفَين، فليست ممنوعةً ولا هي في حُكمِ الممنوع، وهي نظيرُ السُّفتجة التي نصَّ أهلُ العلم على جوازها؛ لأنَّ المنفعة فيها لا تخصُّ المُقرِضَ وحدَه، وإنما تَعُمُّ الطَّرَفَين (۱).

المسألة الثالثة: الوعد في الصرف.

من الحلول التي تعمل بها بعضُ المؤسَّسات المالية الإسلامية؛ للحماية من تقلُّبِ أسعارِ الصرف، إنشاءُ وعدٍ مُلزِم بالمصارفة في تاريخ مؤجَّلِ بسعرٍ محدَّدٍ عند إنشاء الوعد.

#### والأظهَرُ هو جواز ذلك بالضوابط الآتية:

ان يكون الوعدُ مُلزِمًا لأحَدِ الطَّرَفَين؛ وأمَّا المواعدةُ الملزمة لهما جميعًا؛ فلا تجوز؛ لأنها في حُكمِ العقد، والعقدُ هنا صرف، ولا يجوز فيه التأجيل؛ وقد نصَّ قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي على جواز الوعدِ الملزمِ لطَرَفٍ واحد في المرابحة، وتحريم المواعدة الملزمة للطرَفَين، ولا يظهر فرقٌ بين المرابحة والصرف في هذا الجانبِ؛ لأنَّ الوعد في كليهما -المرابحة والصرف - يتمُّ إنشاؤه في حالٍ يحرم فيه العقد، وإنما جاز باعتباره ليس عقدًا.

٢- ألا يترتب على الوعد إلزامُ الواعدِ بالدخول في العقد؛ فغايةُ ما يفيده الإلزام تحمُّلُ الضَّرَرِ الفِعلي، وهو الفرق بين تكلفة الشراء والبيع، ولا يدخل في ذلك الربحُ الفائت، أو الفرصة البديلة، ومن ذلك فرقُ السِّعرِ الموعود به عن ثمن البيع؛ فلو وعد بشراء عملةٍ بسعر صرف (٧)، فاشتراها الموعود بـ (٥) ليبيعها للواعد، فنكل الواعد، ثم باعها الموعود لطرَفِ ثالث بـ (٥) أو (٦)، فلا يجوز إلزامُ الواعد بالتعويض، وأمَّا إن باعها بـ (٤) فيجوز إلزامُ الواعد بالتعويض بمقدار (١) فقط لا أكثر.

٣- أن يكون تحمُّ لُ الضّرَرِ في حال نكولِ الواعد لغير عُذرٍ، وأمَّا النكولُ لقوّةِ قاهرة، أو
 وفاةٍ، أو إفلاس، ونحو ذلك؛ فلا يجوز فيه الإلزامُ بالتعويض.

٤ - أن يتم إبرامُ عقدِ صرفٍ عند تبادل العُملتَيْن؛ إمَّا بتبادل الإيجابِ والقَبول في حينه، أو بالمعاطاة، ويجب التقابضُ الفوري عند مبادلة العُملتَين، فلا يجوز تسليمُ إحدى العملتين في يومٍ وتسليمُ العُملة الأخرى في يومٍ آخَرَ، كما لا يجوز اعتبارُ عقدِ الصرف مُبرَمًا تلقائيًّا عند حلول أجَلِ الصرفِ دون إبرام العقد.

<sup>(</sup>١) المغني ٦/ ٤٣٦، مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٠/ ٥١٥، إعلام الموقعين ١/ ٢٩٥، المقاصة بين الفوائد الدائنة والمدينة، د. نزيه حماد (في فقه المعاملات المالية المعاصرة)، ص٢٩٤.

# ٥- ألَّا يترتب على الوعد آثارُ العقد، ومن ذلك:

- أ- لا يجـوز أن يتصرَّف أيُّ من الطَّرَفَين في العُملة الموعودِ بشـرائها قبل إبرامِ عقدِ الصرف.
- ب- ألَّا تُعَـدً العُملةُ الموعـودُ بها دَيْنًا في ذِمَّة الواعـدِ، ولا تجري عليها أحكامُ الدين، فلا يكون الموعودُ أُسـوةَ الغُرَماء في حال إفلاسِ الواعدِ أو موته قبل تنفيذ عقـدِ الصرفِ، ولا تأخذ تلك العملة الموعود بها حُكمَ زكاةِ الدينِ في باب الزكاة.
- ج- لا ينتقل مِلكُ العُملةِ بالوعد قبل تنفيذ عقدِ الصرفِ، وضمانها على مالكها، ونماؤها له.

#### الفرع الثاني: تطبيقات الحماية في الاستثمار والتمويل.

المسألة الأولى: الوعد بالشراء بناء على أداء مؤشر.

في هذا النوعُ من عقود التحوُّطِ يصدر وعدٌ ملزمٌ من البنك (الوكيل) بإبرام عقد مرابحة مع المستثمر في تاريخ مؤجَّل، بحيث يكون ربحُ المرابحة بمقدار الفرقِ بين قيمة الاستثمار وأداء مؤشِّر محدَّدِ عند تنفيذ المرابحةِ.

مشال ذلك: أن يُودِعَ العميلُ لدى البنك وديعة استثمارية بعائد متوقَّع، ويكون مؤشِّرُ الأداء هو مؤشر الأسهم السعودية أعلى من الربح هو مؤشر الأسهم السعودية أعلى من الربح المحقَّق، فينفذ البنك التزامه بأن يشتريَ من العميل سلعة مرابحة بسعر التكلفة، مضافًا إليه ربحٌ يعادل الفرقَ بين مؤشر الأسهم السعودية والربح المحقَّق، وأمَّا إن كان الربح المحقَّق مثل مؤشر الأسهم، أو أعلى؛ فلا تنفذ المرابحة.

والذي يظهر: أنَّ الحكم الشرعي لهذه الطريقةِ يختلف بحسَب نوع العلاقةِ بين البنك والعميل؛ ولا يخلو الأمرُ من إحدى حالتين:

الحال الأولى: أن يكون البنك مديرًا لاستثمارات العميل؛ إمَّا بالمضاربة، أو الوكالة أو المشاركة؛ فيحرم الوعدُ حينتُذِ؛ لأنه يترتب عليه تضمينُ المضارب، أو الوكيل في الاستثمار، أو الشريك.

والحال الثانية: أن يكون البنك وكيلًا، أو وسيطًا في شراء محفظة استثماريَّة، وليس مديرًا لها، فلا يظهر مانعٌ شرعًا من ذلك، شريطة الأخذِ بضوابط الوعدِ الملزِمِ التي سبق بيانُها في الوعد في الصرف، فتكون مسؤوليَّة الواعد في حدودِ التعويض عن الضرر الفعلي بسبب نكولِه، ولا يتحمل

الربح الفائت، ويقدَّر الضررُ الفِعلي في مثل هذه الحالِ بنقص قيمة الاستثمارِ عن تكلفةِ شرائه، وليس بفوات الربح المتوقَّع، أو ربح مؤشِّر الأداءِ الذي ربط به ربح المرابحة.

المسألة الثانية: المرابحات المتتالية للحماية من تقلُّب معدَّل العائدِ على التمويل.

في هذه الصورة يرتبط العميلُ بعقود مرابحة طويلة الأجل مع البنك؛ أحدهما يكون دائنًا والآخر يكون مَدينًا، ولغرض التحوط من تغير معدَّلِ المرابحات في السوق، يصدر كلُّ من العميل والبنك وعدَيْن متقابليْن يلتزم فيه الواعدُ بشراء سلعةٍ بأعلى من سعر السُّوقِ عند التنفيذ بالقَدْرِ الذي يعوَّض به الطَّرَفُ الآخر بسبب تغيُّرِ معدَّلِ الربح في السوق عن الربح المحدَّد في المرابحة طويلةِ الأجَل.

فعلى سبيل المشال: لو أنَّ العَميلَ يتوقّع انخفاضَ أسعارِ الفائدة في المستقبل عن ٥٪ (سعر التنفيذ)، والبنك يتوقع عكس ذلك، فلو ارتفعت أسعار الفائدة في تاريخ التنفيذ إلى ٧٪، ففي المصارف التقليديَّة يدفع العميلُ الفرق، وهو ٢٪، وفي المصارف الإسلامية التي تُجيز هذه الاتفاقيات، يلتزم العميل بشراء سلعةٍ من البنك بثمنٍ يزيد بمقدار ٢٪ من تكلفتها على البنك، ولو نقص معدَّلُ الربح إلى ٤٪؛ ففي المصارف التقليدية يدفع البنكُ الفرقَ وهو ١٪، وفي المصارف الإسلامية التي يُعمل بها بهذه الاتفاقيَّات يلتزم البنكُ بأن يشتري السلعة بثمنٍ يَزيدُ بمقدار ١٪ عن تكلفتها على العميل.

## وإيضاحًا لذلك، تتمُّ خطوات التنفيذ على النحو الآتي:

١ – العميل ابتداءً يعتمد في تمويل نشاطه على التمويل قصير الأجَلِ، وتكلفة التمويل (هامش الربح)، تختلف بحسب معدَّلاتِ الرِّبح عند أُخْذِ التمويل، وله استثمارات بمرابحاتٍ طويلةِ الأَجَل بهامش ربح ثابت، ويخشى أن تزيد تكلفةُ التمويل على هامش الربح في الاستثمارات أو تُساوِيه، فيرغب في الدخول في عقد تحوط لتثبيت تكلفة التمويل عليه، بحيث لا تزيد عن نسبةٍ ثابتةٍ تكون أقلَّ من هامش ربحِه في استثماراته.

- ٢- يُبرم العميلُ اتفاقيةَ تحوُّطِ مع البنك، تتضمَّن هذه الاتفاقيةُ أربع وثائق:
- أ- اتفاقية وكالة بالبيع، وفيها يوكل العميل البنك ببيع السلعة نيابةً عنه.
- ب- اتفاقية وكالة بالشراء، وفيها يوكل العميل البنك بشراء السلعة نيابةً عنه.
  - ج- تعهد صادر من العميل بالشراء.
    - د- تعهد صادر من البنك بالشراء.
- ٣- يحدِّد الطرفانِ موعدَ تنفيذِ الوعود، ويسمَّى تاريخ التنفيذ، كما يحدِّدانِ سعرَ التنفيذ، وهو النسبة المتَّفَق عليها للتنفيذ.

3 - إن كان معدَّل الربح في السوق عند التنفيذِ أقلَّ من سعر التنفيذِ، فيمارس البنك حقَّه في تعهد العميل له بالشراء، وذلك بتنفيذ عقدِ تورُّقِ بأن يبيع على العميل سلعةً بثمن أعلى من تكلفتها (والزيادة تعادل الفرق بين سعر التنفيذ ومعدَّل الربح في السوق)، ثم يبيعها نيابةً عنه بمقتضى عقدِ الوكالةِ بالبيع.

٥- وإن كان معدَّلُ الرِّبحِ في السوق عند التنفيذ أعلى من سعر التنفيذ، فيمارس العميلُ حقَّه في تعهُّدِ البنك له بالشراء، وذلك بتنفيذ عقدِ تورُّقِ عكسي (استثمار مباشر)؛ بأن يشتري البنك سلعة نيابة عن العميل بمقتضى عقدِ الوكالة في الشراء، ثم يشتريها البنك منه بثمنٍ أعلى من تكلِفَتِها (والزيادة تعادل الفرق بين سعر التنفيذ ومعدل الربح في السوق).

٦- والمحصِّلة النهائيَّة أنَّ تكلفة التمويل على العميل تعادل تمامًا سعر التنفيذِ المتَّفَق عليه،
 فلو ارتفعت تكلفة التمويل في السوق عن هذا السعرِ فيتحمَّل البنك الزيادة، ولو انخفضت فيدفع العميلُ النَّقصَ.

# وفي تطبيقات هذه الصورةِ من الحماية يَرِدُ العديدُ من الإشكالات:

١- أنَّ شراء السِّلَع صُورِيُّ، وهو حِيلةٌ لأجلِ تعويضِ الطَّرَفِ الآخَرِ، ولا يُقصَد منه التملُّك الحقيقي؛ ولهذا تُشترَى السلعةُ بغير قيمتِها الحقيقية، وفي كثيرٍ من الحالات لا يكون هناك شراءٌ حقيقة، وإنما عمليَّات تسوية بين الالتزامات الدائنة والمَدِينة.

٢- أنَّ البنك يتولَّى طرفَي العقد ولا يباشر العميلُ أيَّ عقدٍ من بيع أو شراء، ولا يعلم عن السلع التي يشتريها البنك له، أو يبيعها عليه.

٤ - اشتمالها على مواعدة مُلزِمة متبادلة بين الطَّرَفَين، والمواعدة الملزمة في حقيقتها لا تختلف عن العقد، وهذا ما نصَّ عليه قرارُ مجمع الفقهِ الإسلامي الدولي.

٥ - يتم تنفيذ العقود في كثيرٍ من الحالات على سِلَعٍ موصوفة في الذِّمَّة، فتُباع بالأَجَل قبل قبضها، فيدخل في النهي عن بيع ما لم يُقبض، وفي النهي عن بيع الدين بالدين.

المسألة الثالثة: الحماية من خلال بيع العربون.

يُعَدُّ بيعُ العربون أحدَ أبرزِ أدوات الحماية الإسلامية التي تُحقِّق المقاصدَ الشرعية -إذا استوفيت شروطه- بعيدًا عن سلبيَّاتِ عقودِ التحوُّطِ التقليدية.

وبيع العربون: هو أن يشتريَ سلعةً ويدفع للبائع بعضَ ثمنِها، على أنَّـه إن أَخَذَها دَفَعَ بقيَّةَ الثمنِ، وإن لم يأخذها فللبائع ما دفع (١٠).

<sup>(</sup>١) المغرب، ص٣٠٩.

وقد وقع فيه خلافٌ بين الفقهاء المتقدِّمين، فالجمهور على المنع (١٠)؛ لما روى عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جَدِّه؛ أنَّ رسول الله صَالَّلَهُ عَلَيْهِ وَسَلَمُ (نَهَى عَنْ بَيْعِ الْعُرْبَانِ) (٢)، ولما فيه من أكل المالِ بالباطل؛ لأنَّ البائع يتملَّكُ ما دفعه المشتري بلا عوض إذا اختار تَرْكَ السلعة.

ويرى الحنابلة صحة بيع العربون (٢)؛ لما رُوي أنَّ نافع بن عبد الحارث اشترى دارًا للسجن من صفوان بن أُميَّة بأربعة آلاف درهم، فإنْ رَضِيَ عمرُ فالبيع له، وإنْ عمرُ لم يَرْضَ فأربعُمائةِ لصفوان)(٤).

وهذا القول هو الراجع؛ لقوَّة دليلِه، وأمَّا حديث عمرو بن شعيب فهو ضعيفٌ، وتعليلُ المانِعِين بأنه مِن أكْلِ المالِ بالباطل، غيرُ مسلَّم؛ فالعربون لدفع الضرر الواقع على البائع بحبس السلعةِ عن عَرْضِها للشراء بما قد يكون أكثرَ غِبطةً.

وأُشير هنا إلى صورتين من صُوَرِ تطبيقات بيع العربون في عقود الحماية:

الصورة الأولى: تطبيق بيع العربون بديلًا عن عقود الخيارات.

فالخيار في الأسواق المالية يَعني: حق شراء أو بيع عددٍ محدَّدٍ من الأوراق الماليَّةِ بسعرٍ محدَّدٍ خلال مدَّةٍ محدَّدة، أو في تاريخ محدَّده، ولا يترتب على مشتري الخيارِ التزامُ بيعٍ أو شراء، وإنما هو مجرَّدُ حقَّ يمتلكه يستطيعُ أن يمارسه أو يتركه.

وعقود الخيارات في نشأتها كان الغرضُ منها التحوط من تغيُّرِ سعرِ الورقة الماليَّة إلَّا أنها تحوَّلت إلى ورقة مجازفة على الأسعار المستقبليَّة.

وبيع العربون: يمكن أن يحقِّقَ الحمايةَ مع تجنُّبِ سلبيَّاتِ الخيارات؛ وذلك بأن يشتري المستثمر الورقة المالية بشرطِ الخيار مدَّةً معلومة، ويدفع جزءًا من الثمن، على أنه إن أخذ الورقة دَفَعَ بقيَّةَ الثمنِ، وإن لم يأخذها خَسِرَ ما دَفَعَه، وبالتالي تكون خسارته محدودة بمقدار ما دفع، وبذا تتحقَّقُ له الحماية من الوقوع في خسائرَ لم يُحسَب لها.

ويختلف بيع العربون عن عقد الخيار في وجوب تحقُّقِ جملةٍ من الضوابط الشرعية التي يجب مراعاتها عند استخدام بيع العربون كأداةٍ للحماية، بينما هذه الضوابط غير متوافرة في الخيارات التقليدية.

<sup>(</sup>١) شرح الخرشي ٥/ ٧٨، تحفة المحتاج ٤/ ٣٢٢.

<sup>(</sup>۲) ابن ماجه (۲۱۹۲).

<sup>(</sup>٣) المغني ٦/ ٣٣١، الإنصاف ١١/ ٢٥١.

<sup>(</sup>٤) ابن أبي شيبة ٧/ ٣٠٦، والبيهقي ٦/ ٣٤.

<sup>(</sup>٥) الأسواق الحاضرة والمستقبلة، ص١٨٣، الأسواق المالية مفاهيم وتطبيقات، ص١٦٣، إدارة الاستثمارات، ص١٦٦.

# وهذه الضوابط والفروقات هي:

١ - يشترط لبيع العربون أن يكون الأصلُ محلَّ العقدِ مما يجوز بيعُه، من السلع أو الأسهم المباحة أو غيرها مما يجوز تملُّكُه شرعًا، بينما الخيارات لا يلزم فيها ذلك.

٢- أن يكون العربون مقترنًا بشراء سلعة، وهذا الشرط غير متحقِّق في الخيارات؛ فمشتري الخيار يدفع قيمتَه من دون أن يترتب على ذلك التزامٌ بالشراء، فالخيار له قيمتُه مجرَّدةً عن الأصل المتعلِّق به.

٣- في العربون يجب أن تكون فترةُ الخيارِ تاليةً لإبرام العقد، ولو امتدَّت لفترةٍ طويلة، وهذا الشرطُ متحقِّقٌ في عقود الخيارات المعمولِ بها في الأسواق الأمريكيَّةِ التي تجعل لمشتري الخيار الحقَّ في التنفيذ من حين العقدِ ولمدَّةِ تسعينَ يومًا، بخلاف الخيارات في الأسواق الأوروبية التي لا يُسمَح فيها بالتنفيذ إلَّا في اليوم التسعين.

٤ - في بيع العربون يُشترط أن تكون الأسهم أو الأصول محل العقدِ مملوكة للبائع من حين العقد وحتى التنفيذ. وبذا تتحقَّق مصلحتان:

الأولى: موافقة رأي الجمهور في المنع من بيع الإنسانِ ما ليس عنده، ولو كان المبيع موصوفًا في الذِّمَّة.

والثانية: أن البائع يكون في مأمنٍ من الاضطرار لشراء الورقة المالية من السوق بسعرها الجاري عند التنفيذ، والذي سيكون قطعًا أعلى من السعر المتّفق عليه مع المشتري، وبذا لا يرد كون العقيد دائرًا بين الغُنْم والغُرم. وهذا الشرط غير متحقِّق في الخيارات التقليدية؛ فالغالبُ أنَّ السمسار يحرِّرُ خياراتٍ ويبيعها على سِلَع أو أوراق ماليَّة لا يملكها، وعند التنفيذ تتمُّ التسوية بينه وبين مشتري الخيارِ بناءً على أسعار السُّوقِ دون تسلُّم أو تسليم فِعليِّ.

٥- لا يجوز إبرامُ بيعِ العربون في السِّلَع التي يجب فيها التقابضُ شرعًا؛ كالذهب والفضة والعملات؛ لأنَّ وجود الخيار يمنع من تحقُّقِ التقابُضِ، وهذا الشرط غيرُ متحقَّقِ في الخيارات التقليدية.

7 – أن يكون بيع العربون لغرض (الاستثمار)؛ أي للحماية من تقلُّباتِ الأسعار، لا لأغراض (المضاربة والمجازفة) على تقلُّباتِ الأسعار؛ إذ إنَّ تحوُّلَ أدوات الحماية إلى أدوات للمضاربة يؤدِّي إلى أضرارِ اقتصاديَّة جسيمة، والناظرُ فيما حلَّ بالأسواق الماليَّة العالمية في الأزمة الماليَّة السابقةِ، والتي كان من أهمِّ أسبابها المضاربة على المشتقَّاتِ المالية من خيارات ومستقبليات وغيرها، يدرك مدى الخطورةِ الفادحةِ التي يمكن أن تُوقِعَها هذه الأدواتُ إذا خرجت عن إطار

الحماية إلى المضاربة، فأرى أنَّ مراعاة المقاصدِ الشرعية تقتضي الاقتصارَ في جوازها على قَدْرِ الحاجةِ، لا أن تُتَّخذ أداةً للاسترباح.

٧- في بيع العربون، يجوز للمشتري أن يبيع السلعة محلَّ العقدِ؛ لأنه مالكُّ لها، بينما في الخيارات التقليدية لا يجوز ذلك؛ لأنَّ مشتريَ الخيارِ لا يملك السلعة، وأمَّا الخيارُ فليس سلعةً في ذاته، وإنما هو التزام، والالتزامُ المجرَّدُ ليس محلَّل للمعاوضة.

الصورة الثانية من صور الحماية ببيع العربون: الجمع بين المرابحة وبيع العربون.

وكيفية ذلك: أن يقسم مديرُ الاستثمار رأسَ المال - ١٠٠ مثلًا - إلى جزأين: الجزء الأكبر (٩٣) - مثلًا - في مرابحاتٍ مع جهاتٍ ذاتِ مَلاءَةِ ائتمانيَّةٍ جيِّدة بربح (٧)، وبذا تتحقَّق الحماية لرأس المال، والجزء الثاني (٧) يجعله عربونًا في شراء أسهم بقيمة (٠٠٠)، فإذا ارتفعت قيمة الأسهم إلى (٠٠٠) مثلًا، أمضى العقد وقبض الأسهم ثم باعها فدفع الثمن إلى البائع وتحقَّق للصندوق ربحُّ كبير (١٠٠)؛ أي بما يعادل رأس المال؛ وإذا لم يحصل الارتفاع المتوقَّعُ، فغايةُ ما في الأمر أن يعدل عن المضيِّ في العقد ويخسر مبلغ (٧) الذي دفعه عربونًا، ولكن تحقق له السلامة لرأس المال.

ومن الممكن زيادة مصةِ إحدى الجهتين على حساب الأخرى بحسب النسبة التي يراد تحقيق الحماية لها من رأس المال، فكلَّما زادت حصة العربون كانت فُرَصُ زيادةِ الربحِ أعلى، ونسبة المحمى من رأس المال أقلَّ، وهكذا.

المطلب الثاني: تطبيقات الحماية البديلةِ عن ضمان رأسِ المال.

المسألة الأولى: التزام المدير بشراء الوحدات الاستثمارية أو أصول الصكوك بقيمتها الاسمية.

ويُقصَد بالقيمة الاسمية: المبلغ المدفوع في بداية الاستثمار؛ أي رأس المال المستثمر.

وهذا الالتزام محرَّم؛ لأنه يتول إلى تضمين المدير، وعلى ذلك نصَّ البيانُ الصادر من المجلس الشرعي بهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسَّسات الماليَّةِ الإسلامية بشأن الصكوك، وفيه: (لا يجوز للمضارب، أو الشريك، أو وكيل الاستثمار أن يتعهَّد بشراء الأصول من حَمَلةِ الصكوك، أو ممَّن يمثِّلُهم بقيمتها الاسميةِ عند إطفاء الصكوك في نهاية مُدَّتِها، ويجوز أن يكون التعهُّدُ بالشراء على أساس صافي قيمةِ الأصول، أو القيمة السُّوقية، أو القيمة العادلة، أو بثمنِ يتَّفق عليه عند الشراء... علمًا بأنَّ مدير الصكوكِ ضامنٌ لرأس المالِ بالقيمة الاسمية في حالات التعدِّي، أو التقصير ومخالفة الشروط، سواءٌ كان مضاربًا، أم شريكًا، أم وكيلًا بالاستثمار).

## المسألة الثانية: التأمين التعاوني على الاستثمار والتمويل.

فمن الحلول المطروحة لحماية رأس المال في الاستثمارات: التأمين على الاستثمار تأمينًا تعاونيًّا، وذلك من خلال إنشاء صندوق تأمين تعاوني تشترك فيه مجموعةٌ من جهات الاستثمار، ويُدار مِن قِبل شركة تأمين تعاونيًّ مستقلَّة عنهم، بحيث تقتطع نسبة معيَّنة من رؤوس أموال المستثمرين، أو من الأرباح المتحقِّقة، وتودع ذلك الصندوق، ويتم تغذيتُه بشكلٍ دوري، وإذا حصل أي ضرر في المستقبل على أيَّ من جهات الاستثمارِ المشتركةِ في الصندوق التعاوني، فيتمُّ جبرُه من ذلك الصندوق.

والحمايةُ بهذه الطريقةِ جائزةٌ، إذا استوفى التأمينُ ضوابطَه الشرعيَّة، سواءٌ أكان التأمينُ موجَّهًا لحماية رأسِ المالِ المستثمرِ من أيِّ مخاطرَ تؤدي إلى تُقصانِه، أو كان موجَّهًا لجبر تُقصانِ الربحِ عند حَدِّ معيَّن خلالَ فترةِ الاشتراك، أو كان الغرض منه صيانة الديونِ وعقودِ التمويل من مخاطر التعثُّر، أو التقلُّبات في معدَّلات العائدِ أو أسعار الصرفِ.

وعلى الرغم من أنَّ التأمين التعاوني مشتمِلٌ في ظاهِرِه على المبادلة النَّقديَّةِ (الاشتراكات مقابل التعويضات)، والاحتماليَّةُ فيه قائمة؛ فقد تَزيدُ التَّعويضاتُ المستحقَّة لجهةِ الاستثمارِ على الصندوق، وقد تَقِلُ، إلَّا أنَّ ذلك ليس من الربا ولا من الغرَرِ المحرَّمِ شرعًا؛ لأنَّ المبادلة لا يُقصَد منها المعاوضةُ الماليَّة، فلا يجري عليها أحكامُ وضوابطُ المعاوضاتِ، وإنما الغرضُ منها التعاونُ والتكافلُ، وتفتيتُ المخاطرِ فيما بين المستثمرين؛ فهي من عقود الإرفاقِ، ومن المعلوم أنَّ عقد الإرفاقِ يُغتفر في عقد المعاوضةِ، ولا تجري عليه قواعدُ الشريعة في الربا والغرَر كما في عقد المعاوضةِ؛ ذلك أنَّ عقد المعاوضةِ مبني على المشاحَّة بين أطراف العقدِ، بخلاف عقدِ الإرفاق؛ فإنَّ أساسه التعاونُ فيما بينهم.

وبه يُعلَم أنَّ حماية الاستثمار عن طريق التأمين التعاوني ليس ضمانًا للمال، وإنما هو ترتيب فيما بين المستثمرين، يُقصَد به توزيعُ المخاطرِ فيما بينهم.

#### المسألة الثالثة: ضمان الطرف الثالث.

ويقصد به: ما عدا مدير الاستثمار والمستثمر.

والتزام الطرف الثالث له حالتان.

الحال الأولى: أن يكون على سبيل التبرع، فهذا جائز، سواءً أكان بنيَّةِ الرجوعِ على العامل أم لا، بشرط أن يكون للضامن فِمَّةُ ماليَّةٌ مستقلَّة عن العامل. والأغلب في هذه الحالِ أن يكون الضامن جهة حكوميَّة، والغرض منه تشجيعُ الناس على المشاركة في المشاريع الاستثماريَّةِ المتعلِّقةِ بالمرافق العامَّةِ ونحوها، والتي قد يُحجِم كثيرٌ منهم عنها لولا وجودُ هذا الضمانِ(١).

 <sup>(</sup>١) مثال ذلك: ضمان الحكومة في السعودية نسبة من قيمة الاكتتاب في أسهم شركة الكهرباء المملوكة =

والحال الثانية: أن يكون هذا الالتزامُ بأجرٍ، فإن لم يكن بنيَّةِ الرجوع على العامل، فهذا هو التأمين التجاري المحرَّم، وهو ما تقوم به بعضُّ المصارفِ التقليديَّة، حيث تؤمِّنُ على أموال المستثمرين لدى شركات تأمينِ تجاريَّة، وإن كان بنيَّةِ الرجوع (الكفالة)، فيُنظر؛ فإن كانت كفالةً مطلقةً، أي غيرَ مقيَّدةٍ بتعدِّي العامل أو تفريطه، فتُحرَّم؛ لأنَّ مآلَها تضمينُ العاملِ ضمانًا مطلقًا.

وأمَّا إن كانت مقيَّدةً بتعدِّي العامل أو تفريطه، فيجري فيها الخلافُ في حُكمِ أَخْذِ الأَجرِ على الضمان الشَّخصي (الكفالة)؛ وليس هذا هو موضع البَسْطِ في هذه المسألة، فقد كُتب فيها بحوثٌ متعدِّدةٌ.

والذي يترجَّح للباحث فيها: أنَّ إطلاق القولِ بجواز أَخْذِ الأجرِ على الضمان أو بمنعه، فيه نظر؛ فيُمنع أخذُ الأجرِ على الضمان إذا آلَ الضمانُ إلى قرض؛ لما يترتَّب عليه من القرض بفائدةٍ، وأمَّا إذا كان لا يئول إلى قرضٍ فليس في الأدلَّة الشرعيَّةِ ما يمنع منه، ولا يترتب عليه محظورٌ شرعي.

ومما يؤيد ذلك: ما ذكره بعضُ فقهاءِ المالكيَّة والشافعيَّة والحنابلة؛ من جواز أُخْذِ ثمنِ الجاه (١٠)، مع أنَّ العِلَل التي ذكرها المانعون مِن أُخْذِ الأجرِ على الضمان متحقِّقةٌ فيه، إلاَّ أنَّه يفارق الضمان بكونه لا يتول إلى القَرض؛ لأنَّ صاحب الجاه لا يغرم، بخلاف الضامن؛ فإنه يغرم، وهذا يبيِّن أنَّ الإجماع المحكي في تحريم الأجرِ على الضمان، ينبغي حملُه على ما إذا كان يؤدِّي إلى القرض بمنفعة.

وبناءً على ذلك، يجوز للبنك الضامن أخذُ الأجرِ على الضمان في الحالات التي لا تئول إلى القرض، ومنها:

١ - إذا كان الضمان الصادر من البنك مغطًى؛ أي أودع العميلُ مبلغًا يعادل مبلغ الضمان ليحجز عليه البنك، فالأجرُ هنا ليس في مقابل قرضٍ ولا ما يئول إلى القرض؛ لأنَّ المصرف لا يدفع من ماله شيئًا، وإنما يدفع ما التزمه بموجب الضمان من مال المضمون عنه.

٢- إذا كان الأجر مشروطًا على أنه في الحال التي يتم فيها تغريم الضامن (تسييل خطاب الضمان)؛ فإنه لا يرجع على المضمون عنه إلا بمقدار المبلغ الذي غرمه مخصومًا منه الأجر الذي أخذه عند إصدار الضمان؛ وذلك حتى لا يئول الضمان ألى قرض بفائدة للضامن.

ويجوز للضامن أن يأخذ الأجرَ مقابلَ الخدمات الأخرى المقدَّمةِ لطالب خطابِ الضمانِ، وتحميله المصروفات الإدارية، سواءٌ أكان الضمان مغطى أم غير مغطى، على أن يكون ذلك بأجرِ المثل(٢).

بالأغلبية للحكومة.

<sup>(</sup>١) حاشية الدسوقي ٣/ ٢٢٤، المعيار المعرب ٦/ ٢٣٩، تحفة المحتاج ٦/ ٣٦٥، الفروع ٤/ ٢٠٧.

<sup>(</sup>٢) المعايير الشرعية، معيار الضمانات، ص١٣٤.

#### المسألة الرابعة: تطوع العامل بالضمان.

والمقصود بذلك: أن يتبرَّع مديرُ الاستثمار بعد عقد الاستثمارِ بالتزام الضمان؛ وإلى صحة هذا التبرع ذهب بعضُ فقهاء المالكية؛ قال في «حاشية الدسوقي»: (وأمَّا لو تطوَّع العاملُ بالضمان؛ ففي صحة ذلك القراضِ وعدمِها خلافٌ)(١). وقاسوا جوازَ ذلك على ما إذا تطوَّع الوديعُ والمكتري بضمان ما بيده، إذا كان هذا التطوعُ بعد تمام العقدِ(١).

وجمهور المالكيَّةِ على التحريم حتى ولو تطوَّع بالضمان بعد العقد؛ لأنه يكون متَّهَمًا برغبته في استدراج ربِّ المالِ وإبقاءِ رأس المال بيده (٣).

والأقرب -والله أعلم-: أنَّ القول الأولَ هو الصحيح؛ لأنَّ المحرم هو أن يكون الضمان مشروطًا في عقد الاستثمار، أمَّا إذا كان تطوُّعًا بعد العقد، فلا يظهر المنع.

#### المسألة الخامسة: إقراض المدير محفظة الاستثمار في حال العجز.

من الإجراءات المتبَّعة في بعض الصناديق الاستثمارية والصكوك، أن يقوم مديرُ الاستثمار بتقديم تمويلِ للصندوق، أو لحملة الصكوك، بقرضٍ حسنٍ في حال نقص رأسِ المال، أو نقصِ الربح الفِعلي عن الربح المتوقَّع.

ولا يخلو التمويل الذي يقدِّمُه المدير للصندوق، أو لحملة الصكوك من أحد احتمالَيْن: الأول: أن يكون تطوُّعًا منه بعد العقد -أي بغير التزام سابق- فالأظهر -والله أعلم- هو جواز ذلك؛ إذ لا يترتب عليه محظورٌ شرعي.

والثاني: أن يكون بالتزام من المدير بذلك، فيحرم؛ لأنه جمع بين القرض والمعاوضة؛ ولأنه يؤدِّي إلى الالتزام بالتعويض، وهو محرَّم، وفي البيان الصادرِ من المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة ما نصُّه: (لا يجوز لمدير الصكوك، سواءٌ أكان مضاربًا أم شريكًا أم وكيلًا بالاستثمار، أن يلتزم بأن يقدِّم إلى حملة الصكوك قرضًا عند نقص الربح الفِعلي عن الربح المتوقَّع، ويجوز أن يكون احتياطيًّا لتغطية حالة النَّقصِ بقَدْرِ الإمكان، بشرط أن يكون ذلك منصوصًا عليه في نشرة الاكتتاب؛ ولا مانع من توزيع الربح المتوقَّع تحت الحساب).

والحمد لله رب العالمين، وصلى الله وسلم على نبيِّنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.



<sup>(</sup>۱) حاشية الدسوقي ۳/ ۵۲۰، حاشية العدوي ٦/ ٢٠٦.

<sup>(</sup>٢) شرح الزرقاني مع حاشية الرهوني ٦/ ٣٢٣.

<sup>(</sup>٣) شرح الزرقاني مع حاشية الرهوني ٦/ ٣٢٣.



# اتفاقية إعادة الشراء (الريبو والريبو العكسي) وبدائلها الشرعية

بحث محكَّم نشر في عام ١٤٣٥هـ - ٢٠١٣م

وقدم البحث إلى

المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية عام ١٤٣٤هـ / ٢٠١٣م

كما قدم بحث مشابه له إلى المؤتمر الحادي عشر للهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية عام ١٤٣٣هـ / ٢٠١٢م عام ١٤٣٣هـ / تفاقية إعادة الشراء في المؤسسات المالية الإسلامية) وتم الاكتفاء بآخرها





الحمد لله ربِّ العالمين، أتَمَّ أحكامَ الدينِ، وأَظهَرَ معالِمَ شرعِه المتين، وأشهدُ أن لا إلهَ إلا الله وحدَه لا شريكَ له، وأشهد أنَّ محمدًا عبدُه ورسولُه الصادق الأمين، صلَّى الله عليه وعلى آله وصحبه ومَن تَبعَهم بإحسانِ إلى يوم الدين.

#### أمَّا بعدُ:

فإنَّ من أبرز التَّحِدِيَّات التي تواجه المصارفَ في مزاولتها لنشاطها، إدارة سيولتِها النَّقدِيَّة بكفاءة عالية تُحقِّقُ التوازن بين مطلبِ تحقيقِ الأرباحِ ومطلب الوفاءِ بالالتزامات التي عليها، وفي سبيل ذلك تلجأ المصارف إلى العديد من الأدوات التي تساعدها على تحقيق المرونةِ في إدارتها لسيولتها النقدية دون أن تتعرَّضَ لمخاطرَ من جرَّاء ذلك.

ومن تلك الأدوات: اتفاقية إعادة الشراء، أو ما يُعرف بالريبو والريبو العكسي. وهذه الأداة كما تستخدمها المصارف التجارية في إدارة سيولتِها، فإنَّ المصارف المركزية تعتمد عليها كأداةٍ لضبط سياستِها النَّقدية على مستوى البلد.

وسأستعرض في هذا البحث -بإذن الله- معنى اتفاقية إعادة الشراء بوضعها التقليدي، ووظائفها والبدائل الشرعيَّة لها.

## أسباب اختيار الموضوع:

١ - أهمية الموضوع وكونه يبحث في قضيةٍ تعدُّ من أبرز أدواتِ السياسة النَّقدية.

٧- الحاجة الماسّة لوجود بدائل مقبولة شرعًا لإدارة السيولة البنكية.

٣- جدة موضوع البحث، وكونه معدودًا من النوازل.

#### الدراسات السابقة:

وقفتُ على عددٍ من الأبحاث التي تحدَّثت عن إدارة السيولة في المصارف الإسلامية بشكلٍ عام، وليس عن موضوع اتفاقيَّةِ إعادة الشراء بخصوصها، وكان الحديث فيها عن اتفاقية إعادة الشراء موجَزًا، كما أنها لم تستوفِ البدائلَ الشرعية المذكورة في هذا البحث، ومنها:

١ - «دور البنك المركزي في إعادة تجديدِ السيولة في البنوك الإسلامية». د. رايس حدة.

٧- «السيولة أنواعها وكيفية تحقيقها في المصرفية الإسلامية»، د. محمد بن على القري.

٣- «معالجة تعثر المؤسسات المالية الإسلامية باتفاقية إعادة الشراء في ضوء أحكام الفقه الإسلامي». د. محمد عود الفزيع.

والبحث الأخير تناول اتفاقية إعادة الشراء كأداةٍ لمعالجة التعثُّر بدلًا عن جدولة الدين، فهو يناقش مسألةً محدَّدةً؛ ولذا لم يتعرَّض الباحث الكريم للعديد من تطبيقات الاتفاقية وبدائلها التي تضمَّنها هذا البحثُ.

#### تقسيمات الدراسة:

اشتملت الدراسة على: مقدمة، وتمهيد، وثلاثة مباحث، وخاتمة، والفهارس؛ وذلك على النحو الآتي:

المقدمة؛ وفيها: أسباب اختيار الموضوع، والدراسات السابقة، ومنهج البحث وتقسيماته.

التمهيد: إدارة السيولة لدى المصارف، المفهوم والأدوات.

المبحث الأول: التعريف باتفاقية إعادة الشراء، ومكوناتها ووظائفها.

المبحث الثاني: التكييف الفقهي لاتفاقية إعادة الشراء وحكمها؛ وفيه مطلبان:

المطلب الأول: التكييف الفقهي لاتفاقية إعادة الشراء؛ وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: تخريجها على بيع الوفاء.

الفرع الثاني: تخريجها على بيع العِينة.

الفرع الثالث: تخريجها على القرض بفائدة.

المطلب الثاني: حكمُها الشرعي.

المبحث الثالث: البدائل الشرعيَّة لاتفاقيَّة إعادة الشراء؛ وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: التورق والتورق العكسى مع رهن الأوراق المالية.

المطلب الثاني: القروض المتبادلة.

المطلب الثالث: الودائع المتبادلة بدون شرط (المعاملة بالمثل).

المطلب الرابع: البيع مع الوعد بالبيع بالقيمة الاسمية أو السوقية.

المطلب الخامس: الوكالة في الاستثمار.

الخاتمة: وتشتمل على أبرز نتائج البحث.

أسأل الله أن يجنبنا الزَّل، وأن يوفِّقنا لما يُرضيه من القول والعمل.

# تمهيشر

# إدارة السيولة لدى المصارف المفهوم والأدوات

## المطلب الأول: مفهوم إدارة السيولة.

يقصد بإدارة السيولة: الاستثمار الأمثلُ للأموال المتاحةِ بما يحقِّق أقصى عائدٍ، والمقدرة على الوفاء بالالتزامات للدَّائنين عند الحد الأدنى للتَّكاليف(١٠).

ومن هذا التعريفِ يتبيَّن أنَّ إدارة السيولة لها عنصرانِ رئيسان:

الأول: استثمار فائض السيولةِ بما يحقِّق أقصى عائد؛ فتكدُّس النقودِ لدى المصرف، وتجاوزها للحدود المقبولة من دون استثمار، يعدُّ مؤشرًا على عدم كفاءةِ إدارته النَّقدية؛ لأنَّ ذلك يعنى تفويتَ فُرَص استثمارية كان بالإمكان له تحقيقُها(٢).

والثاني: المقدرة على الوفاء بالالتزامات لا سيَّما الحالَّة منها بالحدِّ الأدنى من التكاليف، ويتعيَّن على المصرف في سبيل تحقيقِ ذلك، المواءمةُ بين الأصول والمطلوباتِ من حيث الأجَلُ أو العائدُ، وتوافر التمويل.

وللوصول إلى هذا الوضع، تواجه المصارف ما يسمى بـ (مخاطر السيولة)، وتَعني احتمالَ تعرُّضِ رأسِ مال المصرفِ والأرباح للخسران بسبب الفشلِ في إدارة السيولة نتيجة التعثُّر في الوفاء بالالتزامات في وقت استحقاقِها(٣).

وتظهر أهمية إدارة السيولة في كونها عنصرًا أساسيًّا في السياسة النَّقدية التي يمارسها البنك المركزي على مستوى الدولة؛ للحفاظ على مستوى السيولة في البلد، وأيضًا على مستوى المصارف في المحافظة على القَدْرِ الأمثلِ من السيولة الذي لا يفوت الفرص الاستثمارية، ولا يعرض المصرف للتعثر في الالتزامات.

<sup>(</sup>١) إدارة السيولة في المصارف الإسلامية المعايير والأدوات، ص١٤، السيولة أنواعها وكيفية تحقيقها في المصرفية الإسلامية، ص٥٥.

<sup>(</sup>٢) إدارة السيولة في المصارف الإسلامية المعايير والأدوات، ص١٤.

<sup>(</sup>٣) السيولة أنواعها وكيفية تحقيقها في المصرفية الإسلامية، ص٥٨.

والفشل في إدارة السيولة يؤدِّي إلى أحد احتمالَيْن: (الفائض) أو (العجز)، وكلَّ منهما لا تقلُّ آثارُه السلبية عن الآخر؛ ومن أبرز تلك الآثارِ:

١ - ارتفاع معدَّل السيولةِ النَّقدية على مستوى الدولة، يؤدي إلى التضخم، بسبب انخفاضِ القوَّةِ الشرائيَّةِ للنَّقد.

٢ - تفويت الفرص الاستثمارية وعوائد كان بإمكان المصرف تحقيقُها لو استُثمِرَت السيولة على الوجه الأكمل.

٣- حبسُ الأموال من دون استثمار يخالف مقصود الشريعة بتدويل الأموال وتحريكها والنهي عن الاكتناز؛ وفي الحديث: «مَنْ وَلِيَ يَتِيمًا لَهُ مَالٌ فَلْيَتَّجِرْ لَهُ بِهِ، وَلَا يَتُرُكُهُ تَأْكُلُهُ الصَّدَقَةُ»(١).

٤ - العجز في السيولة هو أقصرُ طريق للإفلاس؛ فعندما يكون المصرِفُ غيرَ قادرِ على مواجهة الالتزامات التي عليه من السيولة المتاحةِ لديه، فهذا يَعني أنَّه سيدفع مِن رأس ماله، وبالتالي يتآكلُ على المدى القصير.

٥- عجز السيولة يـؤدي إلى حدوث خللٍ في تمويل المشروعاتِ الاستثمارية السارية، وعدم قُدرةِ المصرفِ على مواجهة مسحوبات العملاء الطارئة (٢٠).

# المطلب الثاني: أدوات إدارة السيولة في المصارف.

تستعمل المصارف وسائلَ متعدِّدةً في إدارتها لسيولتها النقدية؛ سواءٌ في جانب تغطية العجز، أم في جانب استثمار الفائض النَّقدي، ومن تلك الوسائل:

١ - التعامل بالأوراق المالية القابلةِ للتَّسييل وذات المخاطر المتدنِّية؛ كشراء السَّندات (في البنك التقليدي)، أو الصكوك (في البنك الإسلامي) في حال وجود فائض، أو إصدارها عند الحاجة للسيولة.

٢- إصدار شهادات الإيداع (CD's) للحصول على التمويل من الشركات والمستثمرين الذين لديهم فائض سيولة، وفي الجانب المقابل شراء شهادات الإيداع في حال وجود فائض سيولة لدى المصرف.

٣- الاقتراض فيما بين البنوك من خلال ما يعرف بـ (القروض البنكية) (Interbank loan) لغرض إدارة السيولة قصيرة الأجَلِ، التي قد تكون لليلةٍ واحدةٍ؛ فالبنك الذي لديه عجزٌ يقترض من

<sup>(</sup>۱) الترمذي (٦٤١)، والدارقطني (١٩٧٠).

<sup>(</sup>٢) ينظر: تجربة المملكة العربية السعودية في مجال اتفاقيات إعادة الشراء، ص٥، إدارة السيولة في المصارف الإسلامية المعايير والأدوات، ص٤١، السيولة أنواعها وكيفية تحقيقها في المصرفية الإسلامية، ص٥٨.

البنك الذي لديه فاتضٌ بسعرِ الفائدة السائد بين البنوك في حينه، وبعض البنوك الإسلامية تتعامل بهذه الطريقة فيما بينها من خلال عقودِ التورُّقِ في السَّلَع الدولية.

٤ - وأخيرًا: الملاذ الأخير وهو البنك المركزي، ويتم بعد طرق، من أبرزها اتّفاقيّات إعادة الشراء (الريبو) ومعكوسها (الريبو العكسي)(١).

وهذا ما سنتحدث عنه في المباحث الآتية.

010010010

<sup>(</sup>١) إدارة السيولة في المصارف الإسلامية المعايير والأدوات، ص١٤، السيولة أنواعها وكيفية تحقيقها في المصرفية الإسلامية، ص٥٥.



# المبحث إلأول

# التعريف باتفاقية إعادة الشراء ومكوناتها ووظائفها

## المطلب الأول: التعريف باتفاقية إعادة الشراء.

تعرف اتفاقية إعادة الشراء (Repurchase Agreement) بأنها: بيع أوراق ماليَّة، أو أصول قابلة للتَّسييل بسعرٍ محدَّدٍ، مع التعهُّدِ بشرائها(١) من المشتري في تاريخٍ محدَّدٍ وسعرٍ محدَّد يُذكر في الاتفاقية(٢).

والتَّسمية الشائعة لهذه الاتفاقيَّةِ في أسواق النَّقد هي: اتفاقية الريبو (Repo)، والغالب أن تكون فترة الاستحقاق قصيرة الأجَلِ؛ ولذا تُصنَّف عمليات الريبو ضمن العمليَّات المتداولةِ في أسواق النقد (Money Market).

ويلحظ هنا: أنَّ هذه الاتفاقية تسمَّى اتفاقية إعادة شراء بالنظر إلى بائع الورقة المالية، بينما إذا نظرنا إلى مشتري الورقة الماليَّةِ فتسمَّى الاتفاقية: معكوس اتفاقية إعادة الشراء، أو الريبو العكسي (Reverse Repo)، فالبائع يُجري عملية ريبو، والمشتري يُجري عملية ريبو عكسى.

وعلى هذا، يمكن تعريف معكوس اتفاقية إعادة الشراء (الريبو العكسي) بأنها: شراء أوراق مالية، أو أصول قابلة للتسييل بسعرٍ محدَّد، مع التعهُّدِ ببيعها على مَن اشتُريت منه في تاريخٍ محدَّد وسعرِ محدَّد يُذكر في الاتفاقية (٣).

وبه يتبين أنَّ في اتفاقية إعادة الشراء يهدف البائعُ للحصول على السيولة النَّقدية -أي أنه في مركز المتمول- فهو يبيع الأوراق المالية بقصد الحصول على ثمنها النقدي من المشترى، ثم في

المملكة العربية السعودية في مجال اتفاقيات إعادة الشراء (الريبو)، ص١٣٠.

<sup>(</sup>١) يورد البعض في تعريفهم عبارة (إعادة الشراء)، وهذا محل نظر؛ فإن لفظ (إعادة) يوحي بأن التصرف الأول شراء، بينما في الحقيقة هو بيع، فهو يبيع ثم يشتري.

http://www.investopedia.com/terms/r/repurchaseagreement : ينظر http://en.wikipedia.org/wiki/Repurchase\_agreement

http://en.wikipedia.org/wiki/Repurchase\_agreement

إدارة مخاطر الائتمان في أسواق الريبو، ص١، المصرف المركزي وعلاقته بالسيولة، ص١١، تجربة

<sup>(</sup>٣) ينظر: إدارة مخاطر الائتمان في أسواق الريبو، ص٣، المصرف المركزي وعلاقته بالسيولة، ص١١، تجربة المملكة العربية السعودية في مجال اتفاقيات إعادة الشراء (الريبو)، ص١٣٠.

الموعد الآجِل يستردُّ البائع أوراقَه المالية بثمنٍ أعلى من الثمن الأول، والفرق بين الثَّمَنين هو تكلفة التمويل على المتمول (البائع)، ويسمَّى عائد اتفاقية الشراء (Repo Rate).

وفي معكوس اتفاقية الشراء يكون المشتري في مركز الممول، فلديه فائضُ سيولةٍ يشتري بها أوراقًا ماليَّةً بثمنٍ نقدي، ثم في الموعد اللَّاحقِ يبيعُها بثمنٍ أعلى من الثمن الأول، والفرق بين الثَّمنين هو فائدة المشتري (الممول)؛ ولهذا يطلق على هذه العملية (الإيداع)، فكأنَّ المشتري يُودِع فائضَ أموالِه لدى البائع.

وقد تُجري المؤسّسة الماليّة اتفاقيّتين لإعادة الشراء ولمعكوسها في آنِ واحدِ بغرض الاستفادة من فرق الهامش بينهما.

فعلى سبيل المثال: قد تدخل مؤسّسةٌ ماليَّة في اتفاقية إعادة شراء (بائع للورقة المالية) مع أحد صناديق سوق النقد (مشتري الورقة المالية) مدَّتُها عشرة أيام وبهامش ٥, ٤٪، وفي الوقت ذاته تدخل في معكوس اتفاقيَّة شراء (مشتري الورقة المالية) مع شركة تمويلٍ للمُدَّة نفسِها، ولكن بمعدَّل ٥٥, ٤٪، وهذا يَعني أنَّ الشركة حقَّقت فرقًا بمقدار خمس نقاط أساس؛ أي نسبة ٥٠, ٠٪ (١).

وفي الواقع، فإنَّ الأصول المالية التي يتمُّ بيعُها في اتَّفاقِيَّتَي الريبو والريبو العكسي، لا تنتقل ملكيَّتُها من قائمة المركز المالي للبائع، كما لا تظهر في المركز المالي للمشتري، وفقًا للمعايير المحاسبية الدولية، وأي توزيعات على تلك الأصول خلال الفترة ما بين البيع واسترداد الأصول، هي من نصيب البائع وليس المشتري(٢).

ويتبين مما سبق، أنَّ اتَّفاقيات إعادة الشراء هي تمويلاتٌ قصيرةُ الأجَلِ بضمان الأصول الماليَّة محلِّ الاتفاقية؛ ولذا فإنَّ الأوساط المالية تصنَّف البائع على أنه (مقترِض) والمشتري على أنه (مُقرِض).

## المطلب الثاني: مكونات اتفاقية إعادة الشراء.

تتكون اتفاقية إعادة الشراء ومعكوسها من العناصر الآتية:

#### أولًا: الصيغة.

وهي اتفاقية التعهد بالشراء، أو معكوسها، ويختار العاقد أيًّا من الاتفاقيَّتين بحسب مركزِه، فإن كان يريد أن يوظِّفَ السيولة التي عنده فيبرم الاتفاقيَّة تعهُّدِ بالشراء، وإن كان يريد أن يوظِّفَ السيولة التي عنده فيبرم الاتفاقية العكسية.

<sup>(</sup>١) إدارة مخاطر الائتمان في أسواق الريبو، ص١.

<sup>(</sup>٢) دور البنك المركزي في إعادة تجديد السيولة في البنوك الإسلامية، ص١٩١، المشتقات المالية ودورها في إدارة المخاطر، ص٢٣٠.

ثانيًا: البائع (المتمول).

وهو يبيع نقدًا ويشتري بالأجَل.

ثالثًا: المشتري (الممول).

وهو يشتري نقدًا ثم يبيع بالأجل.

#### رابعًا: الأصول المالية.

وهي تمثّل عنصرَ الضَّمان (collateral) في الاتفاقية؛ إذ الغرضُ منها توثيق الدين، والغالب أن تكون من الأصول القابلةِ للتَّسييل.

ومن أبرز الأصول المستخدَمةِ في عمليَّاتِ الريبو والريبو العكسي:

١ - السندات الحكومية (Bonds): وهي أوراق مالية تمثّلُ قرضًا طويلَ الأجَلِ في ذِمَّة مُصدِرها (الحكومة) لصالح حَمَلَةِ السَّنَدات(١).

٢- أذونات الخزينة (Treasury Bills): وهي -كسابقتها- أوراق مالية تمثّل قرضًا في ذِمَّةِ مُصدِرِها (الحكومة) لصالح حملة أذونات الخزينة، إلَّا أنَّها تكون لفتراتِ استحقاقِ قصيرةِ الأَّجَل (٢).

٣- شهادات الإيداع (CD'S) (Certificate of deposits): وهي شهاداتٌ تُصدِرُها البنوك وتثبت بأنَّ البنك يحتفظ بو ديعةِ لحامل الشهادة (٢٠).

٤ – أوراق مالية مدعومة برهونات عقارية (Mortgage-Backed securities)، وقد تكون سنداتٍ غيرَ حكوميَّةٍ أو غيرها، وتكون موثَّقة برهونات عقارية(٤).

#### خامسًا: الأجَل.

الغرض من اتفاقيَّات إعادة الشراء ومعكوسها إدارة السيولة على المدى القصير؛ ولذا فإنَّ فترات الاستحقاق فيها قصيرةُ الأجَلِ، وهي إمَّا أن تكون ليوم واحدٍ (Overnight Repo) وهذا هو الأكثر، أو لأكثر من يوم واحد وتسمى الريبو ذا الأجَل (Term Repo)(٥).

<sup>(</sup>۱) الخدمات الاستثمارية في المصارف ٢/ ٣٤٨، تجربة المملكة العربية السعودية في مجال اتفاقيات إعادة الشراء (الريبو)، ص ٢٠.

<sup>(</sup>٢) الأسواق المالية العالمية وأدواتها المشتقة، ص٨٨، إدارة مخاطر الائتمان في أسواق الريبو، ص١.

<sup>(</sup>٣) الأسواق المالية وأدواتها المشتقة، ص٨٨.

<sup>(</sup>٤) إدارة مخاطر الائتمان في أسواق الريبو، ص١.

<sup>(</sup>٥) إدارة مخاطر الائتمان في أسواق الريبو، ص١.

وفي بعض الدول لا يُسمح باستخدامها لأكثرَ من يوم؛ ففي المملكة -مثلًا- كانت فترات الاستحقاقِ تبدأ من يومٍ وتنتهي بأربعة أسابيع، إلَّا أنَّه في عام ١٩٩٨م اكتُفي بطرح اتفاقيات إعادة شراءٍ من قِبل مؤسَّسةِ النَّقدِ ليومٍ واحد فقط؛ لكي تحقِّق الهدفَ الذي أُنشئت من أجله، ولتفادي استخدامها من قِبل المصارف لتمويل أصولها كجزءٍ من إدارة الأصول والخصوم (١٠).

#### سادسًا: العائد (معدل الريبو) (Repo Rate).

ويقصد به: الهامش على اتفاقية إعادةِ الشراء، الذي يدفعه باثع الأصولِ الماليَّة (المتمول). ومعدَّل الريبو العكسي هو الهامش على اتفاقية إعادة الشراء المعاكس الذي يحصل عليه المشتري (المتمول).

ويتم تحديد معدل الريبو والريبو العكسي إمَّا بشكل رسمي من قِبل البنك المركزي، أو بحسَب أسعار الفائدة في السوق؛ فالسعرُ الرسمي يتحدَّدُ بحسَب مقتضياتِ السياسةِ النَّقدية التي يرغب البنك المركزي تحقيقَها، وأمَّا السعرُ السوقي فيتحدَّدُ بحسَب تغيُّرات أسعار الفائدة بين المصارف التجاريَّة.

والفرقُ بين معدَّل الريبو والريبو العكسي يهدف إلى التحكُّم في السعر الأعلى والأدنى على الفائدة؛ فمعدَّلُ الريبو يمثِّل الحدَّ الأعلى، بينما الريبو العكسي يمثل الحدَّ الأدنى.

فعندما يحتاج مصرفٌ تجاريٌّ للسيولة ولا يجد خياراتٍ أنسبَ، فيُبرم اتفاقيَّة ريبو مع البنك المركزي بمعدَّل ٤٪ مثلًا، ولكن عندما يكون لديه فائضُ سيولةٍ ولا يجد خياراتٍ أفضلَ، فيُودِعُها لدى البنك المركزي من خلال اتفاقيَّة ريبو عكسي بـ ٢٪ مثلًا، ويهدف البنك المركزي من ذلك إلى المحافظة على الحد الأدنى المعلن للفائدة.

#### وإيضاحًا لذلك فيمكن القول:

١ - إنَّ سعر الفائدة الذي يدفعه البنك المركزي عند اقتراضه من البنك التجاري (سعر الإيداع لدى البنك المركزي) هو معدل الريبو العكسي، وهو الحد الأدنى من الفائدة السائدة في السوق؛ ولهذا يعدُّ هذا الخيارُ الملجاً الأخيرَ للبنوك التجارية لاستثمار سيولتِها.

٢ - وسعر الفائدة الذي يدفعه البنك التجاري عند اقتراضه من البنك المركزي هو معدَّلُ الرِّيبو، وهو الحد الأعلى من الفائدة السائدة في السوق؛ ولذا لا تلجأ البنوك إلى هذا الخيارِ عند الاقتراض إلَّا في حال تعذر الاقتراض من البنوك التجارية.

٣- وسعر الفائدة السائد بين البنوك التجارية (إيداعًا من قِبل البنك المقرض واقتراضًا من قِبل البنك المقترض) هو السعر المعلَنُ لمعدَّلِ فائدةِ الاقتراض بين البنوك (IBOR)؛ مثل: (اللايبور)

<sup>(</sup>١) تجربة المملكة العربية السعودية في مجال اتفاقيات إعادة الشراء (الريبو)، ص٢٠.

للدولار، و(السايبور) للريال، وهذا السعر -في الغالب- فوق معدَّل الريبو العكسي ودون معدل الريبو.

٤ - وسعر الفائدة بين البنوك وعملائها يتأثّر بما سبق، فمعدَّل الفائدة عند إقراض البنك لعملائه يكون عادةً أعلى من سعر السايبور، إذا كان بالريال؛ لأنَّ المخاطرة مع عميلٍ أعلى منها مع بنكِ آخَرَ، ويُعبر عن الزيادة بالنقاط فيقال -مثلًا-: مائتا نقطةٍ فوق السايبور؛ أي ٢٪، ومعدَّل الفائدة على المبالغ التي يقترضها البنك من عملائه (سعر الإيداع) يكون في الغالب أقلَّ من السايبور.

ويتَّضح من ذلك أنَّ الأساس الذي تُبنى عليه جميع معدَّلات الفائدة، هو معدَّل الريبو العكسي (الحد الأدنى)؛ ولهذا تتَّخذ منه البنوك المركزية أداةً للتحكُّم في أسعار الفائدة، وتوجيه البنوكِ التجارية نحو التوسُّع في الإقراض من عدمه؛ مراعاةً لحالات التضخُّم والكساد في البلاد.

وثمة عواملُ أخرى لتحديد عائدِ الريبو والريبو العكسي، منها:

١ - نوعيَّة الأصول (الضمانات)، فينخفض العائدُ كلَّما كانت تلك الضمانات ذاتَ جودةٍ التمانيَّة وسيولة عالية.

٢- أَجَلُ الاتِّفاقية؛ فكلَّما طال الأجَلُ ارتفع العائد.

٣- وفرة السيولة في البلد، فكلَّما زادت السيولة انخفض العائد، والعكس بالعكس.

#### المطلب الثالث: وظائف اتفاقية إعادة الشراء.

تستخدم اتفاقيّة إعادة الشراء للعديد من الأغراض، من أبرزها:

۱ – استخدامها كأداة للسياسة النَّقدية؛ إذ تعدُّ اتفاقية إعادة الشراء والاتفاقية العكسية أحدَ أبرزِ الأدوات التي تستخدمها البنوك المركزية لتحقيق سياستِها النَّقدية فيما يُعرف بعملياتِ السوق المفتوح (Open Market Operation)، والتي تمثِّل بدورها أداةً مَرِنَةً للسيطرة على حجم الائتمان، وتعديل مستوى السيولة، لغرض معالجة حالات التضخم والانكماش في البلد.

٢- توفير السيولة العاجلة للمصارف التجارية؛ فقد يحتاج المصرف التجاري للسيولة لتغطية احتياجاتٍ غير متوقّعةٍ، لا سيَّما في عمليات المقاصَّة اليومية بين البنوك، فيُبرم اتفاقية ريبو.

٣- توظيف السيولة الزائدة من خلال اتفاقيات إعادة الشراء المعاكس.

٤ - الاستثمار من خلال إبرام اتفاقية شراء واتفاقية شراء معاكس بالتوازي، للاستفادة من فرق الهامش بينهما، وذلك بأن يبرم المتعامل اتفاقية ريبو ليحصل على النَّقد، ثم يموِّلُه لمستثمرِ آخَرَ من خلال الريبو العكسي بسعرِ أعلى (١).

<sup>(</sup>١) ينظر: إدارة مخاطر الاثتمان في أسواق الريبو، ص١، تجربة المملكة العربية السعودية في مجال اتفاقيات إعادة الشراء (الريبو)، ص٠٢.



# المبحث الثّاني

# التكييف الفقهي لاتفاقية إعادة الشراء وحكمها

المطلب الأول: التكييف الفقهي لاتفاقية إعادة الشراء.

من خلال العرض السابق لاتفاقية إعادة الشراء، يمكن تخريجها على ثلاثة تخريجات:

الفرع الأول: تخريجها على بيع الوفاء.

المسألة الأولى: التعريف ببيع الوفاء.

الوفاء في اللغة: الإتمام، يقال: وَفَى الشَّيءُ: تَمَّ وافيًا، وأَوْفى العمَلَ ووفَّاه حقَّه: أعطاه وافيًا تامًّا، ووَفَى بالعهد وأوفى به: أتمَّه(١).

وبيع الوفاء في اصطلاح الفقهاء: البيع بشرط أنَّ البائع متى رَدَّ الثمنَ يردُّ المشتري المبيعَ إليه (٢٠).

وهذه التَّسميةُ هي المشتهرة عند فقهاء الحنفيَّةِ، ويسمِّيه المالكية: بيع الثُّنيا، والشافعية: بيع العُهدةِ، والحنابلة: بيع الأمانة (٢٠).

وقد اختلف فيه أهل العلم:

فذهب بعضُ متأخِّري الحنفيَّة والشافعيَّة إلى أنَّ بيع الوفاء جائزٌ مفيدٌ لبعض أحكامه من حِلِّ الانتفاع به، إلَّا أنَّ المشتريَ لا يملك بيعَه.

وحُجَّتُهُم: أنَّ الناس تعارَفوا عليه، وتعاملوا به لحاجتهم إليه؛ فرارًا من الربا، فيكون صحيحًا وإن كان مخالفًا للقواعد؛ لأنَّ القواعد تُترك بالتَّعامل(٤).

وذهب المالكيَّة والحنابلة ومتقدِّمُو الحنفية والشافعية إلى أنه بيعٌ فاسد؛ لأنَّ اشتراط البائع أَخْذَ المبيع إذا ردَّ الثمنَ إلى المشتري، شرطُّ يخالف مقتضى العقدِ، ولأنَّ البيع بهذا الشرطِ لا يُرادَ منه انتقالُ الملك حقيقةً، وإنما يقصد منه الربا المحرَّم، وهو إعطاء المالِ إلى أجَلِ، ومنفعةُ المبيع

<sup>(</sup>١) المغرب، ص٤٩١، المصباح المنير، ص٦٦٨، طلبة الطلبة، ص٦٥.

<sup>(</sup>٢) تبيين الحقائق ٥/ ١٨٤، البحر الرائق ٦/ ٨.

<sup>(</sup>٣) رد المحتار ٥/ ٢٨٠، مواهب الجليل ٤/ ٣٧٣، نهاية المحتاج ٣/ ٤٣٣، كشاف القناع ٣/ ١٤٩.

<sup>(</sup>٤) البحر الرائق  $7/\Lambda$ ، رد المحتار  $0/2\Lambda^{\circ}$ .

هي الربح، فهو في حقيقتِه قرضٌ بعوض(١).

والرَّاجح هو القول الثاني؛ لأنَّ حقيقته قرضٌ وليس بيعًا، والعين رهنٌ بيد المشتري فلا يملك بيعَها ولا الانتفاع بها، ولو شرط الانتفاع صار قرضًا جرَّ نفعًا، فيحرم لذلك؛ إذ العبرةُ في العقود بمعانيها وحقائقِها لا بألفاظها(٢).

#### المسألة الثانية: مناقشة التخريج.

يقول أحدُ الباحثين: (إنَّ المتأمِّل في اتفاقية إعادةِ الشراءِ، يجد أنَّها أقربُ ما تكون إلى بيع الوفاء، الذي اشتَهَر على لسان الحنفية)(٣).

ووجه هذا التخريج -كما يقول مؤيِّدوه - أنَّ في كلِّ منهما مواعدةً بإعادة المبيع واستعادة الشمن، كما أنَّ في كلِّ منهما لا تنتقل مِلكيَّةُ العينِ إلى المشتري حقيقةً؛ ففي بيع الوفاء لا يملك المشتري التصرُّفَ بالعين ببيع ولا ينتقل ضمانها إليه، وكذلك في اتفاقية إعادة الشراء تبقى الأصول في دفاتر البائع، وأي توزيعات عليها فهي من حق البائع وليس المشتري<sup>(3)</sup>.

والذي يظهر لي: أنه لا يصحُّ تخريجُ اتفاقية إعادة الشراء على بيع الوفاء، ولا أن يجريَ عليها الخلافُ في حُكم بيع الوفاء؛ ذلك أنَّ المشتري في بيع الوفاء يستعيد الثمن بدون زيادةٍ، بينما في اتفاقية إعادة الشراء وفي معكوسها يستعيد مشتري الأوراق المالية ثمنَها الآجِلَ بزيادةٍ، وهذا فرقٌ كبير، وحتى وإن لم ينصَّ في اتفاقيَّة إعادة الشراء على عائد الريبو؛ فإنَّ من المتعارف عليه أن يكون الثمنُ الآجِلُ زائدًا عن الثمن الأول.

يقول أحد الباحثين: (أمَّا تكلفةُ الاقتراض في اتفاقيات إعادةِ الشراء؛ فإن المقترض إمَّا أن يدفع سعرَ الفائدةِ السائدَ في سوق ما بين البنوك، وذلك في حال بيع وشراء الأوراق المالية بالسعر نفسه، أمَّا إذا تَمَّ بسعرِ معيَّنِ وتمَّت إعادة الشراء بسعرٍ أعلى؛ فإنَّ الفرق بين السعرين يعتبر بمثابة سعرِ الفائدة الذي يتقاضاه المُقرِض على أمواله المقرَضةِ)(٥).

الفرع الثاني: تخريجها على بيع العِينة.

المسألة الأولى: التعريف ببيع العِينة، وحُكمُه.

<sup>(</sup>١) رد المحتار ٥/ ٢٨٠، مواهب الجليل ٤/ ٣٧٣، نهاية المحتاج ٣/ ٤٣٣، كشاف القناع ٣/ ١٤٩.

<sup>(</sup>٢) ينظر: تبيين الحقائق ٥/ ١٨٤، رد المحتار ٥/ ٢٨٠، كشاف القناع ٣/ ١٤٩.

<sup>(</sup>٣) د. محمد عود الفزيع: تقويم معالجة تعثر المؤسسات المالية باتفاقية إعادة الشراء، ص١٠.

<sup>(</sup>٤) تقويم معالجة تعثر المؤسسات المالية باتفاقية إعادة الشراء، ص١١.

<sup>(</sup>٥) دور البنك المركزي في إعادة تجديد السيولة في البنوك الإسلامية، ص١٩٣.

العينة في اصطلاح الفقهاء: بيعُ سلعةِ إلى أَجَلِ، ثم شراؤها من المشتري بأقلَّ من ثمنها نَقْدًا(١).

سُميت بذلك؛ لأنَّ مشتريَ السلعةِ إلى أجَلِ يأخذ بدلَها عَيْنًا؛ أي نقدًا حاضرًا(٢).

وقد اختلف أهلُ العلم في حُكمِ بيعِ العِينةِ على قولَيْن:

القول الأول: جواز بيع العينة؛ وهذا مذهب الشافعية(٣)، والظاهرية(٤).

واستدلوا: بعموم قول الله تعالى: ﴿ وَأَحَلَ اللّهُ الْبَدِيْعَ ﴾ (٥٠). فيدخل بيعُ العينة في عموم ما أحلَّه الله، ولم يأتِ تفصيلُ تحريمِه في كتابٍ ولا سُنة (٢١)؛ وبما روى أبو هريرة وأبو سعيدِ الخدري وَضَالِتُهُ عَنْهُا، أنَّ النبيَّ صَالِللهُ عَلَيْهُ استعمل رجلًا على خيبرَ فجاءه بتمرِ جَنيبٍ؛ فقال له: ﴿ أَكُلُّ تَمْرِ خَيْبَ مَا الله عَلَى الله عَلَى الله عَلَى عَلَيْ مَا هَذَا بالصَّاعَين، والصاعين بالثلاثة، خيبرَ هَكَذَا؟ ﴿ قَالَ: لا واللهِ يا رسولَ الله، إنَّا لَنا خذ الصَّاعَ من هذا بالصَّاعَين، والصاعين بالثلاثة، فقال: ﴿ لا وَاللهِ يا رسولَ الله، إنَّا لَنا خذ الصَّاعَ من هذا بالصَّاعَين، والصاعين بالثلاثة، فقال: ﴿ لا وَاللهِ يا للّدَرَاهِم، ثُمَّ ابْتَعْ بِالدَّرَاهِم جَنِيبًا ﴾ (٧٠).

ووجه الدلالة في قوله: (بعِ الجمع ثم اشترِ جنيبًا)؛ فلم يفرِّق بين أن يشتري من المشتري أو من غيره (^).

نوقش: بأنَّ قوله: (ثم اشترِ بالدراهم جنيبًا) مطلَقُ، والمطلَقُ لا يشمل، ولكن يَشِيع، فإذا عُمل به في صورةٍ سقط الاحتجاجُ به فيما عداها، ولا يصحُّ الاستدلالُ به على جواز الشراءِ ممن باعه تلك السلعة بعينها)(٩)؛ أي فيجب حملُه على صورةِ البيع الصحيحِ(١٠).

والقول الثاني: تحريم بيع العِينة؛ وإلى هذا ذهب جمهورُ العلماء من الحنفيَّة (١١)،

<sup>(</sup>١) فتح القدير ٦/ ٣٢٣، مواهب الجليل ٤/٤، حواشي الشرواني ٤/ ٣٢٢، شرح المنتهى ٢/ ١٥٨.

<sup>(</sup>٢) المصباح المنير، ص١٦٧، المغرب، ص٥٣٥، طلبة الطلبة، ص١١٢.

<sup>(</sup>٣) أسنى المطالب ٢/ ٤١، نهاية المحتاج ٣/ ٤٧٧، حاشية الجمل ٣/ ٦٨.

<sup>(</sup>٤) المحل*ي* ٩/ ٤٧.

<sup>(</sup>٥) سورة البقرة، الآية: ٢٧٥.

<sup>(</sup>٦) الحاوي الكبير ٦/ ٣٥١، المحلى ٩/ ٤٧.

<sup>(</sup>٧) البخاري (٢٢٠١)، ومسلم (١٥٩٣).

<sup>(</sup>٨) الحاوي الكبير ٦/ ٣٥٣، المنهاج شرح صحيح مسلم، للنووي ١١/ ٢١، فتح الباري ٤/ ١٠٤.

<sup>(</sup>٩) فتح الباري ٤٠١/٤.

<sup>(</sup>١٠) إعلام الموقعين ٣/ ١٧٤ - ١٧٧، إغاثة اللهفان من مصايد الشيطان ٢/ ٩٩ - ١٠٠.

<sup>(</sup>١١) فتح القدير ٦/ ٣٢٣، العناية ٦/ ٣٢٣، البحر الرائق ٦/ ٢٥٦.

والمالكيّة (١)، والحنابلة (٢).

واستدلوا بما روى ابن عمر رَضَيَلِتُعَنَّهُ؛ أنَّ النبي صَالَلتُهُ عَلَيْهُمَّ قال: «إِذَا تَبَايَعْتُمُ بِالْعِينَةِ، وَأَخَذْتُمُ أَذْنَابَ الْبُقَرِ، وَرَضِيتُمْ بِالزَّرْعِ، وَتَرَكْتُمُ الْجِهَادَ؛ سَلَّطَ اللَّهُ عَلَيْكُمْ ذُلَّا لَا يَنْزِعُهُ حَتَّى تَرْجِعُوا إِلَى دِينِكُمْ »(٣). فدلَّ الحديثُ على أنَّ التبايُعَ بالعِينة سببٌ للإذلال، ولا يكون ذلك إلاَّ لأمرِ محرَّم (٤).

ولأنَّ العِينةَ حيلةٌ ظاهرةٌ على الربا؛ فإنَّ المتعاقدين لم يعقدَا على السلعة بقصدِ تملُّكِها، ولا غرضَ لهما فيها بحال، وإنما الغرضُ: مائةٌ بمائةٍ وعشرين(٥٠).

والراجع: تحريم بيع العِينةِ إذا كان ثمة عادةً، أو مواطأةٌ على إعادة بيع السلعة للبائع الأول، أمّا إذا وقع ذلك اتفاقًا من غير مواطأةٍ؛ فالأظهرُ الجواز، كأن يشتريَ سلعةً بالأجَلِ ثم يبيعها في المزاد نقدًا، ويكون البائع الأولُ من بين المساوِمِين، وقد ذهب الإمام أحمدُ إلى مثل هذا في مسألةٍ مشابهةٍ، فقال: (لو باع من رجلِ دنانيرَ بدراهمَ، لم يَجُز أن يشتريَ بالدراهم منه ذهبًا، إلى أن يمضي ويبتاع بالورق من غيره ذهبًا فلا يستقيم؛ فيجوز أن يرجع إلى الذي ابتاع منه الدنانيرَ فيشتري منه ذهبًا) (١٠).

وألحق أهلُ العلمِ بالعِينة عكسَها، وهو: أن يبيع سلعةً بنقدِ ثم يشتريها بأكثرَ منه نَسِيئةً؛ قال ابن القيم رَحَهُ أللَّهُ: (هو كمسألة العِينةِ سواءً، وهو عكسها صورةً، وفي الصورتين قد ترتب في ذِمَّتِه دراهمُ مؤجَّلةٌ بأقلَّ منها نقدًا، لكن في إحدى الصورتين: البائع هو الذي اشتغلت ذِمَّتُه، وفي الصورة الأخرى: المشتري هو الذي اشتغلت ذِمَّتُه، فلا فرقَ بينهما) (٧).

## المسألة الثانية: مناقشة التخريج.

اتفاقيَّةُ إعادة الشراء تُشبِه عكسَ مسألة العِينةِ؛ إذ إنَّ البائع يبيع الأصول المالية بنقد ثم يشتريها بأكثرَ منه نَسِيئةً؛ ولهذا ذهب بعضُ المعاصرين إلى اعتبارها من بيوع العِينةِ(^).

<sup>(</sup>١) المقدمات الممهدات ٢/ ٣٩، مواهب الجليل ٤/ ٢٠٦، بلغة السالك ٢/ ٤١.

<sup>(</sup>٢) المغني ٦/ ٢٦١، الإنصاف ١١/ ١٩٢، شرح المنتهى ٢/ ١٥٨.

<sup>(</sup>٣) أبو داود (٣٤٦٢).

<sup>(</sup>٤) نيل الأوطار ٦/ ٢٩٩.

<sup>(</sup>٥) تهذيب السنن ٥/ ١٠١.

<sup>(</sup>٦) إعلام الموقعين ٣/ ١٨٠، الفروع ٤/ ١٦٧. والمذهب: أنه في حال التواطؤ يفسد العقدان جميعًا، وبدونه يفسد العقد الثاني فقط. الفروع ٤/ ١٧٠، كشاف القناع ٣/ ١٨٥.

<sup>(</sup>۷) تهذيب السنن ٥/ ١٠٧، وينظر: المغني ٦/ ٣٦٣، حاشية الدسوقي ٣/ ٨٨، بلغة السالك ٢/ ٤٧، كشاف القناع ٣/ ١٨٦.

http://www.islamweb.net/fatwa/index.php?page=showfatwa&Option=FatwaId&Id=125011 : ينظر (٨)

وعند التأمل، نرى أنَّ اتفاقية إعادة الشراء وإن كانت تُشبِه عكسَ مسألة العينة إلى حَدِّ كبير، إلَّا أنها تختلف عنها في أمرين:

الأول: أنَّ محلَّ الخلافِ بين أهل العلم في بيع العِينةِ فيما إذا لم يكن هناك اتفاقٌ أو شرطٌ بين العاقدين على الدخول في العقد الثاني، وإنما كان عن مواطأةٍ من غير شرطٍ أو عُرف، أو وقع ذلك اتفاقًا، أمَّا إذا كان بينهما اتفاقٌ أو شرطٌ فلا خلافَ بين أهل العلم على التحريم؛ قال ابن رشد رَحَمَهُ اللَّهُ: (وأمَّا إذا قال: أشتري منك هذا الثوبَ نقدًا بكذا، على أن تَبيعَه منِّي إلى أجَلٍ، فهو عندهم لا يجوز بإجماع)(١).

وفي اتفاقية إعادة الشراء هناك اتفاق بين المتعاملين على الدخول في العقد الثاني؛ ولهذا لا يصحُّ أن يُجرى الخلاف في مسألة العِينةِ على اتفاقية إعادةِ الشراء.

والثاني: أنَّ العقد الثاني في مسألة العِينةِ التَّمليكُ فيه حالًّ والثَّمَنُ مؤجَّلٌ؛ أي عند إبرام العقد الثاني تعود السلعة إلى مِلكيَّةِ الأوَّلِ ويبقى الثمنُ دينًا مؤجَّلًا في ذِمَّةِ الآخَرِ، بينما في اتفاقية إعادةِ الشراء هناك مواعدةٌ على إبرام العقد الثاني، وعند إبرامه تعود مِلكيَّةُ الأصولِ المالية للأول ويطالب الثاني بالثَّمَن في حينه؛ أي أنَّ تسليم كلِّ من الثمن والمثمَّنِ متزامِنٌ في وقتٍ واحدٍ؛ فالمؤجَّلُ حقيقةً هو العقد كلُّه بعوضَيْه، وليس الثمنَ فقط.

الفرع الثالث: تخريجها على القرض بفائدةٍ مع رهن الأصول المالية.

المسألة الأولى: التعريف بالقرض بفائدةٍ مع الرهن وحُكمِه.

القرض في اللغة: اسمُ مصدرِ بمعنى الإقراض، من قَرَض الشيءَ يَقرِضُه؛ إذا قطعه (٢). قال في «معجم مقاييس اللغة»: (القاف والراء والضاد: أصلٌ صحيح، وهو يدل على القَطْع) (٢). ويُطلَق على القرض أيضًا: السَّلَف؛ يقال: استلف؛ أي: استقرض، وأَسلَفَه؛ أي أَقرَضَه (٤).

والقرض في الاصطلاح الفقهي: دفعُ مالٍ إرفاقًا لمن ينتفع به، ويرد بدله له (٥).

والرهن في اللغة: الثبوت والدوام؛ ويأتي بمعنى الحبس، ومنه قوله تعالى: ﴿ كُلُّ ٱمّْرِي بِمَا

<sup>(</sup>١) بداية المجتهد ٢/ ١٨٣، وينظر: تكملة المجموع ١٠/ ١٥٧، المحلى ٩/ ٤٧.

<sup>(</sup>٢) القاموس المحيط، ص١٠٦، المغرب، ص٣٧٩.

<sup>(</sup>٣) معجم مقاييس اللغة ٥/ ٧١.

<sup>(</sup>٤) القاموس المحيط، ص١٠٦، مختار الصحاح، ص١٣٠، الزاهر، ص١٣٠.

<sup>(</sup>٥) شرح المنتهى ٢/ ٢٢٥. وهذا التعريف للحنابلة. وينظر في تعريفه في المذاهب الأخرى: الدر المختار ٧/ ٣٨٨، الشرح الصغير للدردير ٢/ ١٠٤، مغنى المحتاج ٣/ ٢٩.

كَسَبَ رَهِينٌ ۞ ﴿(١)؛ أي محبوسٌ بما كسب(٢).

وفي الاصطلاح الفقهي: توثقة دينٍ بعينٍ، يمكن أخذه أو بعضه منها، أو من ثمنها إنْ تعذَّرَ الوفاءُ من غير ها(٣).

ولا خلافَ بين أهل العلم في أنَّ اشتراط منفعة للمُقرِض في عقد القرضِ محرَّمٌ، وأنه من الربا؛ قال ابن المنذر: (أجمعوا على أنَّ المسلِفَ إذا اشترط على المستلف زيادة أو هدية فأسلَفَ على ذلك، أنَّ أَخْذَ الزيادةِ على ذلك ربًا)(٤).

وفي «التمهيد»: (وقد أجمع المسلمون -نقلًا عن نبيّهم صَلَّاتَتُعَكَيْهُ وَسَلَّرَ- أنَّ اشتراطَ الزيادةِ في السلف ربًا، ولو كان قبضة من عَلَفٍ أو حبَّةٍ، كما قال ابنُ مسعودٍ رَضَيَالِتَهُ عَنْهُ: أو حبة واحدة)(٥٠).

وقد حكى الإجماعَ عددٌ من أهل العلم(١)، ومستندُ الإجماع الكتابُ والسُّنة:

أمَّا من الكتاب: فكلُّ آيةٍ تَنهَى عن الرِّبا فهي دليلٌ على تحريم القرض بفائدة؛ قال شيخ الإسلام ابن تيمية رَحَمُ أللَّهُ: (نصُّ النَّهيِ عن الرِّبا في القرآن يتناول كلَّ ما نُهي عنه: ربا النَّسيئةِ، والفضل، والقرض الذي يجرُّ منفعةً)(٧).

وفي «أحكام القرآن»: (والله تعالى حرَّم الربا، فمن الربا ما كانـوا يعتادونه في الجاهليَّةِ من إقراضِ الدَّنانيرِ والدراهم بزيادةِ)(^).

سورة الطور، الآية: ٢١.

<sup>(</sup>۲) القاموس المحيط، ص٥٥١، لسان العرب ١٣/ ١٨٨، المصباح المنير، ص٩٢، مختار الصحاح، ص٩٠١.

 <sup>(</sup>٣) كشاف القناع ٢/ ٣٠٩. وهذا هو تعريف الحنابلة. وينظر في تعريفه في المذاهب الأخرى: الهداية ٩/ ٦٤،
 شرح الخرشي ٥/ ٢٣٦، نهاية المحتاج ٤/ ٢٣.

<sup>(</sup>٤) الإجماع، ص٩٥. (٥) التمهيد ٤/ ٦٨.

<sup>(</sup>٦) منهم: ابن قدامة وابن تيمية من الحنابلة: المغني ٦/ ٤٣٦، مجموع الفتاوى ٩/ ٣٣٤، والعيني والعثماني من الحنفية: عمدة القاري ١٢/ ٤٥، إعلاء السنن ١٤/ ٤٩، والتسولي من المالكية: البهجة شرح التحفة ٢/ ٤٧٠، وابن حزم من الظاهرية: مراتب الإجماع، ص٩٤.

<sup>(</sup>۷) مجموع الفتاوي ۱۹/ ۲۸۰.

<sup>(</sup>٨) أحكام القرآن، لإلكيا الهراسي (١/ ٢٣٢)، وينظر: أحكام القرآن، للجصاص (١/ ٦٣٥).

<sup>(</sup>٩) سورة البقرة، الآيتان: ٢٧٨، ٢٧٩.

ووجه الدلالة: أنَّ الجملة الأخيرة قد حصرت حقَّ الدائن في رأس المال الذي أقرضه، ولا يجوز إذا تاب إلَّا استرجاعُ أصلِ مالِه، وأنَّ الزيادة عليه ظلمٌ، وهذا برهانٌ واضح على تحريم القرضِ بفائدة(١).

وأمَّا مِن السُّنة: فما رُوي عنه عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ أنه قال: «كُلُّ قَرْضٍ جَرَّ مَنْفَعَةً فَهُوَ رِبًا» (٢)، وقوله عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «لَا يَجِلُّ سَلَفٌ وَبَيْعٌ » (٣).

ووجه الدلالة: أنه نَهَى عن الجمع بين السلف والبيع؛ لئلًا يتخذ ذلك حيلةً على الزيادة في السلف، فدلَّ على أنَّ الزيادة الصريحة -أي من غير تحيُّل - محرَّمةٌ من باب أَوْلى(٤٠).

وعن عبد الله بن سلام رَضَالَتُهَانَهُ، أنه قال لأبي بُرْدَةَ: (إنَّكَ بأرضِ الرِّبَا فيها فاشٍ، فإذا كان لك على رجلِ دينٌ فأَهدَى إليك حبلةً من علفٍ أو شعيرِ أو تبنِ فلا تقبله؛ فإنَّ ذلك من الرِّبا)(٥٠).

المسألة الثانية: مناقشة التخريج.

تخريج اتفاقية إعادة الشراء ومعكوسها على القرض بفائدة -فيما أرى- أنه أقوى التخريجات. فحقيقة المعاملة أنها قرض من مشتري الأصول المالية لبائعها مع رهن هذه الأصول لصالح المقرض (المشتري)؛ ذلك أنَّ عملية البيع هنا ليست حقيقيَّة، ولا يترتب عليها أيُّ أثرٍ من آثار البيع، وإنما الغرضُ منها التوثقةُ فقط؛ ومما يؤكد ذلك:

١ - أنَّ الأصول الماليَّةَ لا تنتقل مِلكِيَّتُها من قائمة المركز المالي للبائع، كما لا تظهر في المركز المالي للمشتري، وفقًا للمعايير المحاسبية الدولية (١).

Y - ونماء هذه الأصول فترة سريان الاتفاقية -إن وُجد- من نصيب البائع، فأيُّ توزيعاتٍ على تلك الأصول خلال الفترة ما بين البيع واسترداد الأصول، هي من نصيب البائع وليس المشتري، وكذا لو ارتفعت قيمتُها خلال الفترة فيلزم المشتري أن يُعِيد بيعَها بالسعر المتَّفَق عليه، ولا يُلتَفَت إلى ارتفاع القيمةِ.

٣- وضمان هذه الأصولِ فترة سريان الاتفاقية على البائع، فلو نقصت قيمتها عن السعر

<sup>(</sup>١) الربا والمعاملات المصرفية، ص١٨٣.

<sup>(</sup>۲) مصنف ابن أبي شيبة (۲۰۲۹).

 <sup>(</sup>٣) أبو داود (٣٥٠٤)، والترمذي (١٢٣٤)، والنسائي (٢٦١١).

<sup>(</sup>٤) ينظر: الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٦/ ١٦٠.

<sup>(</sup>٥) البخاري (٣٨١٤).

<sup>(</sup>٦) دور البنك المركزي في إعادة تجديد السيولة في البنوك الإسلامية، ص ١٩١، المشتقات المالية ودورها في إدارة المخاطر، ص ٢٣٠.

المتَّفَقِ عليه (سعر الشراء اللَّاحق)، فيجب على البائع أن يُعيد شراءها بالسعرِ المتَّفَقِ عليه، بصرف النَّظَرِ عن النَّقصِ في القيمة، ويجب عليه كذلك أن يَزيد من قيمة الأصولِ المرهونةِ لتوثقة الدين (١).

٤ - لا يملك المشتري (المقرض) التصرف في الأصول المالية المشتراة بأيِّ شكلٍ من الأشكال، عدا استخدامها في الغرض من الاتفاقية، وهو كونها توثقةً للدين الذي في ذِمَّة البائع (المقترض).

٥ – النظرة القانونية لهذه العملية تؤكِّد أنها قرضٌ وليست بيعًا حقيقيًّا، فبالرجوع إلى العديد من المصادر القانونية، نجد أنها تسمي البائع مقترضًا (Borrower)، والمشتري مقرضًا (Lender)، والأوراق المالية رهنًا (pledge)، أو ضمانًا (security) (security).

ولذا، فإنَّ اتفاقية إعادة الشراء توصَف في الأوساط الماليَّة بأنها عملية (اقتراض)، فالبائعُ يقترض من المشتري، بينما معكوس اتفاقية الشراء توصف بأنها (إيداع)؛ أي أنَّ المشتري يودع النقود لدى البائع ويأخذ عليها فوائدَ كالودائع البنكيَّةِ تمامًا.

#### المطلب الثاني: الحكم الشرعي لاتفاقية إعادة الشراء.

بناءً على التوصيف السابق لاتفاقية إعادة الشراء، يتبيَّن تحريم هذه الاتفاقيَّة بوضعها الراهن؛ لأمرين:

#### الأمرالأول: هيكلة الاتفاقية.

فقد تبيَّن مما تقدم، أنَّ هذه الاتفاقية في حقيقتها قرضٌ بفائدةٍ، وأنَّ البيع والشراء فيها غيرُ حقيقِيَّن؛ وقد سبق حكايةُ الإجماع على تحريم القرض بفائدة مشروطة للمقرض.

وربا الديون -ومنه القرض بمنفعة مشروطة للمقرض- لا يختص ببعض الأموال دون بعض، بل يجري في جميع الأموال ما كان منها ربويًّا وما لم يكن؛ ومما يدل على ذلك:

١ - أنَّ ربا الديون الذي كان سائدًا عند العرب في الجاهلية، ونزل القرآن بتحريمه، لم يكن مقتصرًا على الأموال الربوية؛ فعن زيد بن أسلم (٣) وَعَالِلَهُ عَنهُ: (إنما كان الربا في الجاهليَّة في التضعيف وفي السنِّ، يكون للرجل فضلُ دَين فيأتيه إذا حَلَّ الأَجَل يقول له: أتقضيني أو تزيدني،

<sup>(</sup>١) إدارة مخاطر الاثتمان في أسواق الريبو، ص٣.

http://www.investopedia.com/terms/r/repurchaseagreement. (٢) بإدارة مخاطر الائتمان في أسواق الريبو، ص٤، http://en.wikipedia.org/wiki/Repurchase\_agreement المصرف المركزي وعلاقته بالسيولة، ص٥٤.

<sup>(</sup>٣) زيد بن أسلم العدوي العمري مولاهم، فقيه مفسر، من التابعين، توفي سنة ١٣٦هـ، تهذيب التهذيب (٣) معمر ٥٠٠٠.

إن كان عنده شيءٌ يقضيه، وإلَّا حوَّله إلى السِّنِّ التي فوق ذلك)(١). ومن المعلوم أنَّ الإبل ليست من الأموال الربوية.

٢- إجماع الأُمَّة على أنَّ ربا الديون يجري في جميع الأموال، ولا يختصُّ بالأموال الربوية فقط؛ فحتى الظاهرية الذين قصروا الأموال الربوية -في ربا البيوع - على الأصناف الستة المنصوص عليها لم يخالفوا في أنَّ ربا الديون يجري في جميع الأشياء.

قال شيخ الإسلام ابن تيمية: (لا يجب في القرض إلَّا رَدُّ المثلِ بلا زيادةٍ.. وليس له أن يشترط الزيادة عليه في جميع الأموالِ باتَّفاق العلماء، والمقرض يستحثُّ مثلَ قرضِه في صفته)(٢).

وفي «المحلى»: (الرِّبا لا يكون إلَّا في بيع، أو قرض، أو سَلَم... وهـو في القرض في كل شيء، فلا يحلُّ إقراضُ شيءٍ ليُرَدَّ إليك أقلَّ أو أكثر، ولا من نوعٍ آخَرَ أصلًا، لكن مثل ما أقرضت في نوعه ومقداره... وهذا إجماعٌ مقطوعٌ به)(٣). وممن حكى الإجماعَ أيضًا، ابنُ المنذر(٤).

وفي «روضة الطالبين»: (يحرم كلُّ قرضٍ جرَّ منفعةً، فإنْ شَرَطَ زيادةً في القَدْرِ، حَرُمَ إن كان المالُ ربويًا، وكذا إن كان غير ربويًّ على الصحيح، وحكى الإمام أنه يصحُّ الشرطُ الجارُّ للمنفعة في غير الربوي، وهو شاذُّ غلطٌ)(٥٠).

#### الأمر الثاني: الأصول المالية المرهونة.

فالغالب -كما سبق- أنَّ هذه الأصولَ إمَّا سنداتٌ، أو أذونات خزينة، أو شهاداتُ إيداعٍ، وكلُّها محرَّمةٌ شرعًا؛ لاشتمالها على الربا، وهو القرض بفائدةٍ.

ففي قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظّمة المؤتمر الإسلامي في دورته السادسة: (أنَّ السندات التي تمثُّلُ التزامًا بدَفْع مبلغِها مع فائدةٍ منسوبةٍ إليه، أو نفع مشروط، محرَّمةٌ شرعًا من حيث الإصدار، أو الشراء، أو التداول؛ لأنها قروضٌ رِبويَّةٌ، سواءٌ أكانت الجهةُ المُصدِرةُ لها خاصَّةً أو عامةً، ولا أثرَ لتسميتها شهاداتِ أو صكوكًا استثماريَّةً أو ادِّخارية)(١).

<sup>(</sup>١) جامع البيان، للطبري ٧/ ٢٠٥.

<sup>(</sup>Y) مجموع الفتاوى PY/ 87. (T) المحلى A/ 87 .

<sup>(</sup>٤) الإجماع، لابن المنذر، ص٩٤.

<sup>(</sup>٥) روضة الطالبين ٤/ ٣٤، وينظر كلام الأثمة حول هذه المسألة وأن التحريم لا يختص بالربويات في: المدونة ٣/ ٥٧، رد المحتار ٧/ ٣٩٥، نهاية المحتاج ٤/ ٢٣٠، مغني المحتاج ٣/ ٣٤، حاشية الدسوقي ٣/ ٢٢٥، البهجة شرح التحفة ٢/ ٤٧١، المغنى ٦/ ٤٣٦، كشاف القناع ٥/ ١٥٤٥.

<sup>(</sup>٦) مجلة المجمع، الدورة السادسة، القرار رقم ٦٠١١٦٠. وينظر: فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والافتاء ١١٠/ ٣٤٥.

وفي «المعايير الشرعية»: (يحرم إصدارُ جميعِ أنواع السندات الربوية، وهي التي تتضمَّن اشتراطَ رَدِّ المبلغِ المقترَضِ وزيادة على أيِّ وجهٍ كان، سواءٌ أدُفِعت هذه الزِّيادةُ عند سدادِ أصلِ القرض، أم دُفعت على أقساطٍ شهرية، أم سنوية، أم غير ذلك، وسواءٌ أكانت هذه الزيادةُ تمثِّلُ نسبةً من قيمة السّند أم خصمًا منها كما في السندات ذات الكوبون (العائد) الصفري، وتحرم كذلك السندات ذات الجوائز؛ سواءٌ أكانت السندات خاصَّة أم عامَّةً أم حكومية)(١).

وأذونات الخزينة كالسندات، إلَّا أنَّها تكون لفتراتِ استحقاقِ قصيرةِ الأجَل، وشهادات الإيداع على الودائع البنكية ذات الفوائد محرَّمة كذلك؛ ففي قرار مجمعِ الفقه الإسلامي الدولي في دورته التاسعة ما نصُّه: (الودائع التي تدفع لها فوائد، كما هو الحال في البنوك الربويَّة، هي قروضٌ ربويَّة محرَّمة؛ سواءٌ أكانت من نوع الودائع تحت الطلبِ (الحسابات الجارية) أم الودائع لأجَل، أم الودائع بإشعار، أم حسابات التوفير)(١).



<sup>(</sup>١) المعايير الشرعية، معيار الأوراق المالية (الأسهم والسندات)، فقرة ٤، ص٧٤٥.

<sup>(</sup>٢) مجلة المجمع، الدورة التاسعة القرار رقم ٨٦ (٣/ ٩).

# المبحث الثيّ الثيّ

## البدائل الشرعية لاتفاقية إعادة الشراء

المطلب الأول: التورق والتورق العكسى مع رهن الأوراق المالية.

الفرع الأول: تصوير المسألة.

الغرض من اتفاقيَّة إعادة الشراء -كما تقدَّم - هو التمويل السريع، ومن الممكن لتحقيق ذلك تطويرُ آليَّاتِ أسواقِ السِّلَع المفتوحةِ لإجراء عمليات مرابحة سريعة لتوفير السيولة أو لاستثمارها، وتعدُّ سوق لندن للمعادن الأساسية (London Metal Exchange)، والمعروفة اختصارًا بـ (LME) أكبر أسواقِ السِّلَع التي تتعامل بها المصارفُ الإسلامية في عقود المرابحاتِ في الوقت الراهن، وافتتحت مؤخَّرًا في ماليزيا بورصة السلع الماليزية (BSAS) لتداول زيت النخيل، وتجري بعض المصارف الإسلامية عقود المرابحة من خلالها. وهناك العديد من المحاولات لتطوير أسواقِ السِّلَع في بعض الدول الإسلامية؛ كالإمارات، والبحرين، وغيرهما.

والآليَّة التي يمكن من خلالها تنفيذُ بدائلَ إسلاميَّةٍ لاتفاقيَّاتِ إعادة الشراءِ من خلال المرابحة، يمكن أن تتمَّ على النحو الآتي:

أولًا: التورق مع رهن الأوراقِ الماليَّةِ لتوفير السيولة (التمول) بديلًا عن اتفاقية إعادة الشراء (الريبو).

التورق: أن يشتري مَن يحتاج إلى نقدِ سلعةً بثمنِ مؤجّلِ، ثم يبيعها على غير البائع نقدًا(١).

فإذا كان المصرف بحاجةٍ إلى السيولة، فيبرم عقد تورق مع البنك المركزي أو مع المصرف الذي تتوافر لديه السيولة، ويرهن لدى الطرف المموِّل صكوكًا إسلاميَّة، أو شهاداتِ ودائعَ إسلامية، من محفظة الاستثمار التي يملكها البنك المتمول؛ ضمانًا للدَّين الذي في ذِمَّتِه.

وفي هذه الحال، يحصل المصرف المتمول على السيولة النقدية، ويكون مَدِينًا للمصرف الممول بالثَّمَن الآجِل وهو أعلى من الثمن الأول، والفرق بينهما يعادل عائد الريبو.

ونجاح هذ الطريقةِ مرهونٌ بتوافر أسواقِ مفتوحة ومَرنَةِ بحيث يمكن الشراء والبيع لفتراتٍ

<sup>(</sup>۱) كشاف القناع ٣/ ١٨٥، شرح المنتهى ٢/ ١٥٨.

قصيرة (لليلة واحدة وأكثر)، وهذا الأمر متاح في بعض الأسواق كسُوق لندن للمعادن وبورصة السلع الماليزية.

ثانيًا: التورق العكسي مع ارتهان الأوراق المالية لاستثمار السيولة (الإيداع) بديلًا عن معكوس اتفاقية إعادة الشراء (الريبو العكسي).

التورق العكسي: شراء سلعة نقدًا، ثم بيعها لمن يحتاج إلى النَّقدِ بثمن آجِل (١).

فإذا كان لدى المصرف سيولة يريد استثمارها، فيشتري سلعة نقدًا، أو يوكل البنك المركزي أو المصرف الذي يحتاج للسيولة في شراء السلعة نقدًا، ثم يبيعها بالأجَل عليه -أي على البنك المركزي أو المصرف المتمول - ثم إنَّ هذا الأخير يبيعها نقدًا على غير البائع الأول، ولتوثقة الدين الأجِلِ يقدِّم المشتري (المتمول) أوراقًا ماليَّة إسلامية متدنية المخاطر، وقابلة للتسييل كالصكوك رهنًا لدى الطَّرَفِ الأول (الممول).

وقد أخذ عددٌ من المصارف الإسلاميَّة بهاتين الطريقتين كبديلين عن اتفاقية الريبو والريبو العكسي في تعامُلِهم مع البنوك المركزية (٢).

وفي المملكة العربية السعودية -حيث لا يُسمح لمؤسّسةِ النَّقد بالتَّعامل في سوق المعادن الدولية - تتمُّ عمليَّاتُ الشراءِ والبيع لصالح المؤسّسةِ من خلال وكيلها بنك الخليج الدولي بالبحرين، وهو مملوكٌ للمؤسّسة بالأغلبية، وبدلًا من رهن المؤسّسة سندات لصالح المصارف الدَّائنةِ، فإنها تُصدِر خطابات التزام (ضمان) بجميع الالتزاماتِ التي على بنك الخليجِ الدولي لصالح المصارفِ الدَّائنةِ.

### الفرع الثاني: الحكم الشرعي للتورُّق مع رهن الأوراقِ الماليَّةِ.

الحكم الشرعي لهذه العمليَّةِ هو الجواز إذا تَمَّ تطبيقُ التورُّقِ بصُورَتِه الصحيحةِ، وبيان ذلك أنَّ التورُّقَ الذي تُجريه المصارفُ على نوعَين:

النوع الأول: التورق العادي.

وهو المعروف عند الفقهاء المتقدِّمين؛ وصورتُه: أن يشتريَ من يحتاج إلى نقدِ سلعةٍ بثمنِ

<sup>(</sup>١) ينظر: قرار التورق المصرفي ضمن أعمال الدورة التاسعة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي. http://www.fiqhacademy.org.sa

<sup>(</sup>۲) ينظر -على سبيل المثال-: اتفاقية إعادة الشراء الإسلامية بين مصرف أبو ظبي الإسلامي وبنك أبو ظبي الوطني /http://www.nbad.com، اتفاقيات خطاب الالتزام بين عدد من المصارف الإسلامية بالمملكة مع مؤسسة النقد العربي السعودي (قرار الهيئة الشرعية لبنك البلاد رقم ۱۲ بتاريخ ۱۲ / ۲ / ۲ / ۲ ۲ ۱ هـ)، و (قرار هيئة مصرف الإنماء رقم ۲۷ بتاريخ ۶/ ۶/ ۱ ۲۳۰ / ۶ هـ).

مؤجَّلٍ ثم يبيعها على غير البائعِ نقدًا، من دون أن يكون ثم ترتيب بين الطرفين على توكيل المشتري (المتورق) للبائع (الممول) ببيع السلعة على الطَّرَف الثالثِ.

وهـ ذا النوع من التورُّقِ فيه خلافٌ معروف بين الفقهاء المتقدِّمين (١)، وليس هذا موضع بَسْطِه، وجمهور العلماء المعاصرين على الجواز، وبه صدر قرارُ مجمع الفقه الإسلامي (١)، وهو الأظهر إذا تحقَّقت شروطُه، ومنها أن يكون البيع بعد تملُّكِ السلعةِ وقبضِها، وأن تُباع على غير البائع الأوَّلِ.

## والنوع الثاني: التورُّق المنظَّم.

وفيه يقوم البائع (الممول) بترتيب عملية التورق للمشتري، بحيث يبيع سلعة على المشتري (المتورق) بثمن آجِل، ثم يتوكَّل البائع عن المشتري ببيع السلعة نقدًا لطَرَفِ آخَرَ، ويسلم الثمن النقدى للمتورِّق (٣).

وفي التورُّقِ العكسي المنظَّم يقوم المشتري (المتورق) بترتيب عملية التورقِ للبائع (الممول)، بحيث يتوكَّل المشتري عن البائع في شراء سلعةٍ من طرفٍ آخَرَ بثمنٍ نقدي يدفعه البائع، ثم يبيعها المموِّلُ على المتورِّقِ بثمنِ آجلِ أعلى (٤٠).

وقد ذهب كثيرٌ من المعاصرين إلى تحريم هذا النوع من التورُّق (٥)؛ لأنَّ ترتيب تولِّي أحدِ العاقدين بيعَ السلعة أو شراءَها نيابةً عن الطَّرَف الآخرِ في العقود التمويلية يجعل العقد صوريًا، والغرض من السلعة هو الوصول إلى التمويل النقدي، وهي -أي السلعة - لا يقصد المشتري تملُّكَها ولا قبضَها؛ ولذا يوكل البائع في بيعها، فحقيقةُ المعاملةِ مبادلةُ نقدٍ حاضرٍ بنقدٍ آجلٍ أكثر منه. وإلى هذا القولِ ذهب كلُّ من مجمع الفقه الإسلامي الدولي (٢)، ومجمع الفقه الإسلامي

<sup>(</sup>۱) ينظر: البحر الرائق ٦/ ٢٥٦، حاشية الدسوقي ٣/ ٨٨، الأم ٣/ ٧٨، إعلام الموقعين ٣/ ١٣٥، الفروع ٤/ ١٧١، ومصطلح التورق خاص عند الحنابلة دون غيرهم.

<sup>(</sup>٢) ينظر: الدورة الخامسة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي بالرابطة، مجلة البحوث الإسلامية، ع ٧، ص٥٥، أقسام المداينات، ص٧٧.

<sup>(</sup>٣) ينظر: الدورة التاسعة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي، قرار التورق المصرفي.

<sup>(</sup>٤) ينظر: أعمال الدورة التاسعة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي http://www.fiqhacademy.org.sa.

<sup>(</sup>٥) ينظر: الأبحاث المقدمة للدورة التاسعة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي الدولي، وعددها تسعة عشر بحثًا، وذهب جُلُّ الباحثين إلى التحريم.

<sup>(</sup>٦) الدورة التاسعة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي قرار التورق المصرفي. http://www.fiqhacademy.org.sa

برابطة العالم الإسلامي<sup>(۱)</sup>، والمجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسّسات المالية الإسلامية، إلَّا أنَّه استثنى من ذلك ما إذا كان النظام لا يسمح للعميل ببيع السلعة بنفسه، فيجوز له حينت في توكيل المصرف بالبيع. ونص المعيار: (ضوابط صحة عملية التورق: ٤/ ٧ – عدم توكيل العميل للمؤسسة، أو وكيلها، في بيع السلعة التي اشتراها منها، وعدم توكل المؤسسة عن العميل في بيعها، على أنه إذا كان النظام لا يسمح للعميل ببيع السلعة بنفسه إلَّا بواسطة المؤسَّسة نفسِها، فلا مانع من التوكيل للمؤسّسة على أن يكون في هذه الحالة بعد قبضِه السلعة حقيقة أو حُكمًا)(١٠)، وهذا ما أخذت به بعض الهيئات الشرعيَّة من جواز التوكيل في عقود التورق في السلع الدولية التي لا يُسمَح للعميل أن يباشر فيها البيعَ بنفسه (١٠).

وهـذا القول هـو الراجح: وعلى هذا فالأصـلُ هو منعُ التوكيلِ في عقـود التورق المصرفي، ويُستثنى من ذلك ما إذا كان النظامُ لا يسمح للمشتري بالبيع أو لا يسمح له بالشراء، فيجوز له توكيلُ الطَّرَفِ الآخَر بذلك.

وليس من التورُّقِ المنظَّم ما إذا وقع التوكيل من غير اتفاقِ أو ترتيب سابق، كأن يشتري المتورِّق السلعة بالأَجَل، ثم يُقرِّر باختياره ودون اتفاق سابق -إمَّا لعدم خبرتِه، أو لعدم قُدرتِه- توكيل البائع ببيعها على طرفِ آخَرَ.

وقد أفتى سماحة الشيخ محمد بن إبراهيم آل الشيخ (المفتي العام الأسبق للمملكة العربية السعودية) بالجواز في مثل ذلك؛ حيث سُئل رَحَهُ أللة عن رجل اشترى من تاجر سلعة بالأجَل يريد التورُّقَ ووكَّلَه ببيعها في الحراج وقبض الثمن نيابة عنه، فأجاز ذلك(٤).

وعلى هذا، يجوز تنفيذُ اتفاقيَّة إعادة الشراء وعكسها من خلال عقد التورق، مع مراعاة الضوابط الآتية:

۱ – ألّا يكون هناك اتفاقٌ أو ترتيبٌ سابق بين الطّرَفَين على توكيل البائع الأول (الممول) بالبيع في اتفاقية إعادة الشراء، أو تواطؤ على بيع السلعة من وكيل الشراء في الاتفاقية العكسية، ويغتفر التوكيل إذا كان النظام لا يسمح للمشتري بالبيع أو لا يسمح له بالشراء.

<sup>(</sup>١) قرار مجمع الفقه الإسلامي برابطة العالم الإسلامي (٤/ ١٩/٨٩ هـ).

<sup>(</sup>٢) المعايير الشرعية، معيار التورق، ص٧٦٩.

<sup>(</sup>٣) ينظر: قرار المجلس الشرعي للسوق المالية الإسلامية (International Islamic Financial Market) بشأن اتفاقية المرابحة، وقرار الهيئة الشرعية لمصرف الراجحي رقم (٥٥٣)، وقرار الهيئة الشرعية لبنك البلاد رقم (١٣)، وغيرها.

<sup>(</sup>٤) فتاوى ورسائل سماحة الشيخ محمد بن إبراهيم رَحَمُهُ اللَّهُ ٧/ ٦٤.

٢- أن يكون العقد في سلع معينة، لا موصوفة في الذمة؛ لأنَّ الموصوف في الذَّمَةِ غيرُ المقبوضِ لا يجوز بيعُه بالأَجَل؛ إذَ هو من بيع الكالئ بالكالئ، وقد ورد عن النبي صَلَّاللَهُ عَلَيْهُ وَسَلَّرَ النبي صَلَّاللَهُ عَلَيْهِ وَسَلَّرَ النبي عَلَّاللَهُ عَلَيْهِ وَسَلَّرَ النبي عَلَّاللَهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ اللهِ عَلَى الإجماع على معناه.

٣- ألّا يتصرَّف مشتري السلعة فيها بالبيع، إلّا بعد تملُّكِه لها وقبضِها القبضَ المعتبرَ شرعًا.
 ٤- أن تكون السلعة بعد الشراء وقبل البيع من ضمان المشتري؛ لئلًا يدخل في (نهيه عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ عن ربح ما لم يُضمن) (٢).

٥- ألَّا تباع السلعة على المورد الأول الذي اشتُريت منه؛ لئلَّا يدخل في بيع العِينةِ.

٦- أن يتولَّى المشتري بنفسه بيع السلعةِ على المصرف المتورِّق في التورق العكسي، بحيث الا يتولَّى المصرفُ طرفي العقد؛ تجنُّبًا للصُّورِيَّةِ في العقد (٣).

#### المطلب الثانى: القروض المتبادلة.

#### الفرع الأول: تصوير المسألة.

من البدائل المطروحة في المصارف لإدارة سيولتِها النَّقدية، مقابلة الأرصدة الدائنة بالأرصدة الدائنة يراعى فيها مقدار الرصيد بالأرصدة المدينة؛ وذلك بأن يحتسب لصالح الرصيد الدائن نقاط دائنة يراعى فيها المقدار والمدة. ومدَّة بقائه، وفي المقابل يحتسب على الرصيد المدين نقاط مدينة يراعى فيها المقدار والمدة. وتعرف هذه الطريقة في الأوساط المالية بـ(حساب النقاط)، أو (حساب النمر)(2).

وتعمد بعضُ المصارف إلى استخدام هذه الطريقة بديلًا عن عمليات الريبو والريبو العكسي في تعاملاتها مع البنك المركزي، أو مع المصارف التجارية الأخرى.

فعندما يحتاج مصرفٌ لمبلغ نقدي لليلةٍ واحدةٍ مشلًا، فبدلًا من أن يدخل في اتفاقيَّة ريبو

<sup>(</sup>۱) عبد الرزاق (۱٤٤٤)، والدارقطني (۲۹)، والبيهقي (٥/ ۲۹۰). وهذا الحديث مع ضعف إسناده، فقد تلقّت الأمة بالقبول، وأجمعوا على المنع من بيع الكالئ بالكالئ، قال الإمام أحمد: (إجماع الناس على أنه لا يجوز بيع الدين بالدين). المغني ٢/ ٢٠١، وممن حكى الإجماع أيضًا: ابن المنذر في الإجماع، ص٩٢، وابن قدامة في المغني ٢/ ٢٠١، وابن تيمية في مجموع الفتاوى ٢/ ٢/ ٥، وابن عرفة المالكي، نقل ذلك عنه المواق في التاج والإكليل ٢/ ٢٣٢، والسبكي في تكملة المجموع ١٠٧/١.

<sup>(</sup>٢) أخرجه أحمد ٢/ ١٧٤، وأبو داود (٤٠٥٥)، والترمذي (١٢٣٤)، والنسائي (٢٦٨٩)، وابن ماجه (٢١٨٨).

<sup>(</sup>٣) ينظر: المعايير الشرعية، معيار التورق، ص٧٦٩، قرار الهيئة الشرعية لمصرف الراجحي رقم (٥٥٣)، قرار الهيئة الشرعية لبنك البلاد رقم (١٣).

<sup>(</sup>٤) العمليات البنكية، جعفر الجزار، ص ٢٥٩، في فقه المعاملات المالية والمصرفية المعاصرة، د. نزيه حماد، ص ٢٩٤.

فإنه يقترض من البنك المركزي أو من مصرف آخر المبلغ النَّقدي ويقدم الضمانات لذلك، ويرده في اليوم التالي، ويلتزم بإقراض البنك المقرض مثل ذلك المبلغ لليلة، أو نصف المبلغ لِليُلتَيْنِ، وهكذا.

وعندما يتوافر لدى المصرف سيولة نقدية، فبدلًا من الدخول في اتفاقية ريبو عكسي لاستثمارها، فإنه يُقرِضُها لمدَّةٍ معيَّنة، ويلتزم المقترض بإقراضه في المستقبل مثلَ ذلك المبلغ وللمدَّةِ نفسِها، وهكذا(١).

وليس بالضرورة أن تكون القروض المتبادلة متساوية؛ أي (١: ١)، فقد يكون لأحد الطَّرَفَين أفضليَّةٌ على الآخر؛ بأن تجعل النقاط الدَّائنة لأحدهما بما يعادل ضعفها للآخر؛ أي (٢: ١)، والغالب أن يكون ذلك فيما إذا كان أحد الطرَفَين أقوى من الآخر؛ كالبنك المركزي مع المصارف التجارية، أو المصرف مع عملائه.

وقد يراعى عند احتساب النقاطِ في القروض المتبادلةِ أسعارُ الفائدةِ عند الإقراض، بحيث تُحتسَب نقاطٌ أكثرُ للقرض الذي يكون في زمنِ يكون فيه سعرُ الفائدةِ أعلى.

وفي القروض المتبادلةِ قد يتَّفِق الطَّرَفانِ على أن تتمَّ تسويةُ الحسابات والوصول إلى نقطةِ التعادل في النقاط خلالَ فترةٍ محدَّدةٍ، وقد تكون مفتوحة. وعادةً -في القروض المتبادلة - يُجعل سقفٌ أعلى للنَّقاط؛ حتى لا يستمرَّ مصرفٌ في الاقتراض من المصرف الآخرِ.

وفي المملكة العربية السعودية، تتعامل بعض البنوك مع مؤسّسة النَّقدِ بنظام القروضِ المتبادَلةِ، من خلال حسابِ يسمَّى حسابَ (cma)؛ ففي نهاية كل يوم إذا احتاج المصرفُ للسيولةِ ولم يجد خيارًا أفضلَ، فيقترض من المؤسَّسة، وإذا كان عنده فائضٌ فيودع لدى المؤسَّسة، وتسجل نقاط الإيداع والسحب طوال كلِّ شهرٍ ميلادي، على أن تتمَّ تسويةُ النقاط نهاية كلِّ شهرٍ؛ وإلى وقتٍ قريبِ كانت المقابلة بين النقاط الدائنة والمدينة بين المؤسسة والبنوك على أساس المساواة (١:١)؛ إلَّ أنَّ المؤسَّسة عدَّلت الاتفاقيَّة لتُصبح المقابلةُ بنسبةِ معدَّلِ الريبو إلى معدل الريبو العكسي، وهي الآن تعادل (٨: ١)؛ أي كل نقطةٍ دائنة للمؤسَّسة يعادلها ثماني نقاطٍ من البنك التجاري.

الفرع الثاني: الحكم الشرعي للقروض المتبادلة بالشرط.

المسألة الأولى: حكم القروض المتبادلة بالشرط، إذا كانت على أساس المساواة بين الطَّرَ فَين.

اختلف أهلُ العلم في هذه المسألة على قولين:

<sup>(</sup>١) أسس العمل المصرفي، ص١٩٢.

القول الأول: تحريم القروض المتبادلة بالشرط. وهذا هو قول المالكيَّةِ والشافعيَّة والحنابلة؛ ويسمى المالكيَّةُ هذه المعاملةَ: أَسلِفْني أُسلِفْك.

جاء في «مواهب الجليل»: (ولا خلافَ في المنع، من أن يُسلِفَ الإنسانُ شخصًا؛ ليُسلِفَ بيسلِفَ الإنسانُ شخصًا؛ ليُسلِفَه بعد ذلك)(١).

وفي «حاشية الشرواني على تحفة المحتاج»: (وليس المعنى أن يُقرِضَ المقترض المقرضَ؛ لأنه حينتلِ يجرُّ نفعًا للمقرض، فلا يصحُّ)(٢).

وفي «المغني»: (وإن شرط في القرض أن يؤجِّرَه داره، أو يبيعه شيئًا، أو أن يُقرِضَه المقترضُ مرَّةً أخرى، لم يجز)(٣).

وأمَّا الحنفيَّةُ؛ فلم أقف على كلامهم. وذهب بعضُ الباحثين (٤) إلى أنَّ القول بالمنع يمكن تخريجُه على نصوصِهم بتحريم كلِّ قرضٍ جَرَّ نَفْعًا للمُقرِض (٥)، ويظهر لي أنَّ هذا التخريج محلُّ نظرٍ؛ فإنَّ محلَّ الخلافِ هو هل هذا الشرطُ فيه منفعةٌ للمقرض أم لا؟ والقائلون بالجواز يتَّفِقون على تحريم الشرطِ الذي يجرُّ منفعةً للمُقرض ولكنَّهم يُنازِعون في تحقُّقِه في هذه المسألةِ.

### استدلَّ أصحابُ هذا القولِ بما يلى:

الدليل الأول: أنَّ هذا الشرطَ فيه منفعةٌ للمُقرِض (٢)، ولا خلافَ بين أهل العلمِ أنَّ كلَّ قرضٍ جرَّ نفعًا مشروطًا للمُقرِض فهو محرَّمُ (٧).

نوقش: بأنَّ المنفعة هنا لا يختصُّ بها المُقرِضُ وحدَه، بل هي من قَبِيل النَّفعِ المشتركِ للمُقرِضِ والمقترضِ على حدٌّ سواء، ويحقِّقُ مصلحةً عادلةً للطرَفين، وهذا ليس بمنصوصٍ على تحريمه ولا في معنى المنصوصِ، فلزم إبقاؤه على الأصل وهو الإباحة (٨).

<sup>(</sup>١) مواهب الجليل ٤/ ٣٩١. وينظر: المقدمات الممهدات ٢/ ١٩٥٥، بلغة السالك ٣/ ١١٧.

<sup>(</sup>٢) حاشية الشرواني على تحفة المحتاج ٥/ ٤٧، وينظر: حاشية الجمل على شرح المنهج ٣/ ٢٦٢.

<sup>(</sup>٣) المغني ٤/ ٢١١. وينظر: كشاف القناع ٣/ ٣١٧.

<sup>(</sup>٤) العقود المالية المركبة، ص١٢٠.

<sup>(</sup>٥) مثل قول الكاساني: (وأما الذي يرجع إلى نفس القرض، فهو ألاً يكون فيه جرُّ منفعةٍ، فإن كان لم يجز مثلُ ما إذا أقرضه وشرط شرطًا له فيه منفعة). بدائع الصنائع ٧/ ٣٩٥.

<sup>(</sup>٦) الإجماع، لابن المنذر، ص٩٥، التمهيد ٤/ ٦٨، مراتب الإجماع، ص٩٤، المغني ٦/ ٤٣٦.

<sup>(</sup>٧) حاشية الشرواني على تحفة المحتاج ٥/ ٤٧.

 <sup>(</sup>A) في فقه المعاملات المالية والمصرفية المعاصرة، ص٩٩٥.

الدليل الثاني: قول النبي صَالَاللَهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لَا يَحِلُّ سَلَفٌ وَبَيْعٌ »(١).

ووجه الدلالة: أنه نَهَى عن الجمع بين السلف والبيع، فكذلك اشتراط قرض في قرض (٢).

نوقش: بأنَّ الجمع بين البيع والسلف في هذه المسألةِ غيرُ متحقِّق لا بالمنطوق و لا بالمفهوم؛ فأمَّا المنطوق فظاهر، إذ لا يوجد بيعٌ البتَّة في هذه المعاملةِ؛ وأمَّا المفهوم، فلأنَّ علة النَّهي عن الجمع بين السلف والبيع (أنَّ اقترانَ أحدِهما بالآخر ذريعةٌ إلى أن يُقرِضَه ألفًا ويبيعَه سلعة تساوي ثمانمئة بألفٍ أُخرى، فيكون قد أعطاه ألفًا وسلعة بثمان مئة ليأخذ منه ألفَين، وهذا هو معنى الربا)(٣). وهذه العلَّة غيرُ متحقِّقةٍ في هذه المعاملةِ(٤).

الدليل الثالث: ما روى أبو هريرة رَضَيَلِيَّهُ عَنهُ؛ أنَّ النبي صَلَّالَتَهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نَهَى عن البيعتيْن في بيعة)(٥).

ووجه الدلالة: أنَّ القروض المتبادَلة فيها اشتراطُ عقدِ في عقد، فهي مشمولة بالنَّهْي عن البيعتين في بيعة (٢).

نوقش: بأنَّ القروض المتبادلة بالشَّرطِ ليست من البيعتين في بيعةٍ، لا منطوقًا ولا مفهومًا.

أمَّا المنطوق فظاهرٌ؛ لأنها قروضٌ وليست بيوعًا، وأمَّا المفهوم؛ فلأنَّ أهل العلمِ اختلفوا في تأويل الحديث؛ فمنهم مَن فسَّرَه باشتراط عقدِ في عقد (٧)، ومنهم من فسَّره بقلب الدين في صُورةِ بيع الدين المؤجَّل على المدين إلى أجَلٍ آخَرَ بزيادةٍ عليه (٨)، ومنهم من فسَّره بأن يبيع السلعة بتسعةٍ نقدًا، أو بعشرةٍ نسيئةً، ونحو ذلك من غير بَتِّ (٩)، ومنهم مَن فسَّره ببيع العِينة (١٠).

والراجح: أنَّ المرادبه النَّهيُ عن اجتماع عقدَيْنِ، كلَّ واحدٍ منهما مباحٌ في حالِ انفرادِه، وإذا جمع بينهما ترتَّب على اجتماعهما الوقوعُ في محظورٍ؛ من ربا (كالعِينة، والجمع بين القرض

<sup>(</sup>۱) أبو داود (۲۵۰٤)، والترمذي (۱۲۳٤)، والنسائي (۲۱۱۱).

<sup>(</sup>٢) ينظر: المغني ٤/ ٢١١.

<sup>(</sup>٣) إعلام الموقعين ٣/ ١١٣، وينظر: مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩/ ٥٥ - ٦٢، الموافقات ٣/ ٢٠٠، معالم السنن ٥/ ١٤٤، تحفة الأحوذي ٤/ ٤٣١، نيل الأوطار ٥/ ٢٠٢.

<sup>(</sup>٤) في فقه المعاملات المالية والمصرفية المعاصرة، ص٢٩٩.

<sup>(</sup>٥) أحمد ٢/ ٤٣٢، وأبو داود (٣٤٦١)، والترمذي (١٢٣١)، والنسائي (٤٦٣٢).

<sup>(</sup>٦) المغني ٢١١/٤.

 <sup>(</sup>٧) فتح القدير ٦/ ٨٠، الأم ٣/ ٧٨، المغني ٦/ ٣٣٢، المحلى ٩/ ١٥.

<sup>(</sup>A) معالم السنن ٥/ ٩٨، نيل الأوطار ٦/ ٢٣٥.

<sup>(</sup>٩) معالم السنن ٥/ ٩٨، نيل الأوطار ١٠/ ٤٤.

<sup>(</sup>١٠) الفتاوي الكبرى لابن تيمية ٦/ ٥١، تهذيب السنن ٥/ ١٤٨، إعلام الموقعين ٣/ ١٣٥.

والبيع)، أو غرر (كما في: بِعْتُكَ بتسعة نقدًا، أو بعشرة نسيئة من غيرِ بَتِّ)، ومما يؤيِّدُ ذلك ما جاء في بعض طرق الحديث: «مَنْ بَاعَ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ فَلَهُ أَوْكَسُهُمَا، أَوِ الرِّبَا»(١)؛ أي أنَّ اجتماعَ البَيْعتَين يؤدِّي إلى الربا.

وكلُّ المعاني السابقةِ لا يتحقَّقُ أيُّ منها في المسألة التي بين أيدينا(٢).

القول الثاني: جوازُ القروضِ المتبادلة بالشرط إذا كانت مبنيَّةً على أساس المساواة بين الطَّرَفَين. وقد أخذ بهذا الرأي عددٌ من الهيئات الشرعيَّة (٢٠)، وبعضُ الباحثين المعاصِرِين (٤٠).

وجاء في الفتوى السادسة لندوة البركة الحادية عشرة للاقتصاد الإسلامي بجدَّة، ما نصُّه: (يجوز الاتفاقُ بين البنك الإسلامي، وبنكِ يتعامل بالفائدة، على أنَّه إذا كان للبنك الإسلامي أرصدةً لدى البنك الربوي، ولكن يُودعُ لديه أموالًا لدى البنك الربوي، ولكن يُودعُ لديه أموالًا على أساس حساب النمر، وذلك للتخلُّصِ من دَفْع فوائدَ ربوية عن المبالغ التي انكشف الحسابُ بقَدْرِها، ولا تنطبق في هذه الحالة قاعدةُ: «كلُّ قرضٍ جرَّ نفعًا فهو ربًا»؛ لأنَّ النَّفع المحرَّم هو ما ترتَّب عليه ضررٌ وخسارةُ بالطَّرفِ الآخِر، وهذه المعاملةُ النَّفعُ مشتركٌ فيها بين الطرَفين، والضَّررُ منت في فيها، وعلى افتراض الاشتباهِ بانطباقها، فإنَّ الحاجة العامَّةَ التي تنزل منزلةَ الضرورةِ، تدعو إلى هذا التعاملِ مع البنوكِ المراسِلةِ، ولا سبيلَ إلى التَّعامل معها على وجهِ شرعيًّ إلَّا بمثل هذا الاتّفاقِ الذي يقصد تجنُّبُ الفائدةِ، وليس التعامل بها) (٥٠).

#### استدل أصحاب هذا القولِ بما يلي:

<sup>(</sup>١) هي رواية أبي داود في الموضع السابق.

<sup>(</sup>٢) في فقه المعاملات المالية والمصرفية المعاصرة، ص٢٠٠.

<sup>(</sup>٣) مثل الهيئة الشرعية لمصرف الإنماء (قرار الهيئة رقم ٢٥)، وبنك البلاد (قرار الهيئة رقم ٩٥)، ورأت الهيئة الأخذَ بالقروض المتبادلة بالشرط في حال تعذر خيارات أخرى أفضل، وبنك فيصل الإسلامي السوداني، والبنك الإسلامي الأردني، وبيت التمويل الكويتي، والهيئة الشرعية الموحدة لمجموعة البركة المصرفية. ينظر: فتاوى الخدمات المصرفية، ص٣٣٧ – ٤٤٢، الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية، ص٤٨٤، ينظر: فتاوى الشرعية لمجموعة البركة المصرفية، ص٣٤٣. ونص المعيار الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة (معيار المتاجرة في العملات) على جواز (القروض المتبادلة بعملات مختلفة بدون أُخِذِ فائدة أو إعطائها، شريطة عدم الربط بين القرضين). فهذا يحتمل الجواز ولو كان أحدهما مشروطاً بالآخرِ إذا كان كلَّ منهما بعقدٍ منفصل، ويحتمل المنع باعتبار أنَّ الاشتراط نوع ربط.

<sup>(</sup>٤) منهم د. نزيه حماد: في فقه المعاملات المالية والمصرفية المعاصرة، ص ٢٩٤، ود. محمد الفزيع: تبادل الاقتراض بين المؤسسات المالية والمصارف التقليدية.

<sup>(</sup>٥) فتاوى ندوات البركة، ص١٩٢.

الدليل الأول: قياسُ القروض المتبادلةِ على السُّفتَجة (١)؛ فإنَّ مَن أجاز السفتجة من الفقهاء -وهو الراجح- فمِن مقتضى أصلِه إجازةُ القروضِ المتبادلةِ بالشرط، بجامع أنَّ المنفعةَ المشروطةَ في كليهما لا تخصُّ المقرضَ وحدَه، بل هي مشتركةٌ بينهما(٢).

فمستندُ القائلين بجواز السفتجة، هو أنَّ المنفعة في القرضِ إذا كانت لا تخصُّ المقرِضَ وحدَه، بل تعمُّ المقرضَ والمقترضَ معًا، فلا حرجَ في اشتراطها في عقد القرضِ؛ قال ابنُ قدامة رَحَمَهُ اللَّهُ: (ورُوي عنه -أي الإمام أحمد - جوازُها؛ لكونها مصلحةً لهما جميعًا، وقال عطاءً: كان ابنُ الزبير يأخذ من قوم بمكة دراهم، ثم يكتب لهم بها إلى مصعبِ بن الزُّبير بالعراق، فيأخذونها منه، فسُئل عن ذلك ابنُ عبَّاسٍ، فلم يَرَ به بأسًا، ورُوي عن علي رَضَيَّ الله شئل عن مثل هذا، فلم يَر به بأسًا، وممن لم يَرَ به بأسًا: ابن سيرين، والنخعي ... والصحيح جوازُه؛ لأنَّه مصلحةٌ لهما من غير ضرَر بواحدٍ منهما، والشرع لا يَردُ بتحريم المصالحِ التي لا مضرَّة فيها، بل بمشروعيَّتها؛ ولأنَّ هذا ليس بمنصوصِ على تحريمه، ولا في معنى المنصوصِ، فوجب إبقاؤه على الإباحة (٢٠).

وقال ابن تيميَّة رَحَمَهُ أَللَهُ: (ولكن قد يكون في القرضِ منفعةٌ للمُقرِض، كما سبق في مسألة السُّفتَجة؛ ولهذا كَرِهَها مَن كرهها، والصحيحُ أنها لا تُكرَه؛ لأنَّ المقرض ينتفع بها أيضًا؛ ففيها منفعةٌ لهما جميعًا إذا أقرضه)(٤).

وقال أيضًا: (والصحيحُ: الجواز؛ لأنَّ المقرض رأى النَّفعَ بأمنِ خطرِ الطريقِ في نَقْلِ دراهمِه إلى ذلك البلدِ، وقد انتفع المقترضُ أيضًا بالوفاء في ذلك البلدِ وأمنِ الطريق، فكلاهما مُنتفِعٌ بهذا الإقراض، والشارعُ لا يَنهَى عمَّا ينفعُهم ويُصلِحُهم، وإنما يَنهَى عمَّا يضرُّهم)(٥).

نوقش: بأنه قياسٌ مع الفارق؛ فإنَّ مَن أجاز السفتجة شرطَ ألَّا يكون هناك في المقابل قرضٌ مشروط، وألَّا يكون فيه مئونةٌ على المقترض، بينما القرض المتبادَلُ مشروطٌ، وفيه مئونة (١٠).

الدليل الثاني: أنَّ الربا إنما حُرِّمَ شرعًا؛ لأنَّه ظلمٌ من المُقرِض للمقترض، أمَّا الاتفاقُ على

<sup>(</sup>١) السفتجة -قيل بضم السين وقيل بفتحها-: كتاب صاحب المال لوكيله أن يدفع مالاً قرضًا يأمن به من خطر الطريق، والجمع: السفاتج. المصباح المنير، ص ٢٨٠.

<sup>(</sup>٢) ينظر: في فقه المعاملات المالية والمصرفية المعاصرة، ص٩٥٥، الأجوبة الشرعية في التطبيقات المصرفية، ص٢٦٣.

<sup>(</sup>٣) المغنى ٢١٢/٤.

<sup>(</sup>٤) مجموع الفتاوي ۲۰/ ٥١٥.

<sup>(</sup>٥) مجموع الفتاوى ٢٩/ ٥٣٠. وينظر: إعلام الموقعين ١/ ٢٩٥.

<sup>(</sup>٦) ينظر: القروض المتبادلة، د. رفيق المصري، ص٩٩، العقود المالية المركبة، د. عبد الله العمراني، ص١٢٣.

الإقراض المتبادلِ بين المقرض والمقترض بمبالغ متساويةٍ، ولِمُدَدِ متماثلةٍ، فليس فيه ظلمٌ لأيِّ من الطّرفين (١٠).

نوقش: بأنَّ الظُّلمَ أحدُ أسبابِ تحريمِ الربا، والأصلُ في مشروعيَّة القرضِ الإرفاقَ بالمقترض لا طلب النَّفع بشرط الإقراض، فإذا شرط فيه القرض خرج عن موضوعه(٢).

#### الترجيح:

بالنَّظَر في الأدلة والمناقشات السابقة، فإنَّ جوهرَ المسألةِ في النَّفْعِ المتحقِّق للمُقرض من هذا الشرط، فالفريقُ الأوَّلُ يرى أنَّ هذا الشرطَ يحقِّق نَفْعًا للمُقرِض زائدًا عن أصل القرض، فيعدُّ من القرض بفائدةِ مشروطةٍ للمُقرِض، بينما الفريق الثاني يرى أنَّ هذا الشرطَ فيه نفعٌ مشترَكَ، ولا مَزِيَّة لأحدهما فيه على الآخرِ، فلا يخرج به عقدُ القرض عن كونه للإرفاق.

وعند التأمُّل، فإنَّ إلحاق القروضِ المتبادلةِ بالشَّرطِ بالقَرْضِ بفائدةٍ محلُّ نظرٍ؛ لما يلي:

١ - في القروض المتبادلة بالشرط، لا يمكن أن يوصَفَ أيٌّ من الطَّرَفَين بأنَّه مستفيدٌ على حسابِ الآخر، فعندما يوقع مصرفانِ اتفاقيَّة ودائع أو قروضٍ متبادلة، فكلاهما على درجة سواء، ولا مَزِيَّة لأيٌّ منهما على الآخر، وقد يكون أحدُهما مُقرِضًا مرَّة ومقترضًا مرَّة أخرى، بينما في القرض بفائدة لا يختلف اثنانِ أنَّ المُقرض هو المستفيد وحدَه دون المقترض.

٢- أنَّ الغرض من اتفاقياتِ القروض المتبادلةِ المتساويةِ بين المصارف، هو ضبطُ التعامُلِ فيما بينها، بحيث لا يستغلُّ أيُّ من الطرَفَين الآخَرَ، فليست تهدف إلى الربحيَّةِ؛ ولـذا لا تَقبل بها المصارفُ مع عملائها إلَّا مع التفاوتِ، كأن تكونَ النسبةُ في احتساب النِّقاط (٢: ١).

٣- أنَّ القروض المتبادلة بالشرط تختلف عن مسألة (أسلِفْني أُسلِفْك) التي تحدَّث عنها الفقهاءُ المتقدِّمون؛ وبيان ذلك أنَّ (أسلِفْني أُسلِفْك) معاملةٌ واحدةٌ فيها شرطٌ لصالح المقرِضِ؛ ولـذا قيـل بتحريمها، بينما القروضُ المتبادَلةُ منظومةٌ عقديَّة تهدف إلى تحقيق التعاونِ بين طَرَفَين، إذا احتاج أحدُهما للنَّقدِ أقرَضَه الآخرُ، وتُحتَسَبُ النِّقاطُ لأجلِ الضَّبطِ؛ فالشرطُ: (أسلفك) يمكن أن يكون مرَّة لصالح الأول ومرَّة أخرى لصالح الثاني؛ إذ كلُّ منهما مُقرِضٌ ومُقترِض.

وبناءً على ما سبق: يترجَّحُ القولُ بجواز القروض المتبادلة، إذا كانت مبنيَّةً على أساس المساواةِ بين الطرَفَين.

ولا يجوز في هذه الحالِ مراعاةُ أسعارِ الفائدةِ عند احتساب النِّقاطِ، فشرطُ الجوازِ أن يكون

<sup>(</sup>١) في فقه المعاملات المالية والمصرفية المعاصرة، ص٢٩٧.

<sup>(</sup>٢) ينظر: العقود المالية المركبة، ص١٢٣.

القرضُ المتبادَلُ مساويًا للقرض الأوَّلِ في المقدار وفي المُدَّةِ، بغضً النَّظَر عن تفاوت أسعارِ الفائدةِ بين القرضَيْن، والله أعلم.

المسألة الثانية: القروض المتبادلة بالشرط مع التفاوت بين الطرفين.

إذا تضمَّنت اتفاقيَّةُ القروض المتبادلةِ تفاوتًا بين الطرَفَين؛ كأن يتَّفِق على أن يكون احتساب النقاط (٢: ١)؛ أي إقراض ألف ليوم يقابلُه إقراضُ ألفَيْن ليوم أو ألف ليوميْن، فلا أعلمُ خلافًا على تحريم هذا الشرط؛ لأنَّ فيه زيادةً محضةً للمُقرِض، فهو داخلٌ في الإجماع على تحريم كلِّ قرض يجرُّ منفعةً مشروطة للمُقرِض. والقائلون بجواز القروضِ المتبادلة بالشَّرطِ -ممن وقفتُ على قولهم - متَّفِقون على أنَّ شرطَ الجوازِ التَّساوي في القروض؛ بأن تكون لمبالغَ متساويةٍ، ولِمُدَدٍ متماثلة (١).

وأمَّا ما جاء في فتوى هيئة الفتوى والرقابة الشرعية لبيت التمويلِ الكويتي، ونصُّه: (تبادلُ القرضُ المتبَّبَعُ في المصارف الإسلاميَّةِ عند التعاملِ مع البنوكِ الربويَّةِ جائزٌ، ولو كان القرضُ المقدَّم من المصرف الإسلامي أكثرَ من القرض المقابل؛ لجواز القرضِ في جهةٍ أو جهتَيْن، ولا يُعتبر هذا قرضًا جرَّ نفعًا)(٢)، فليس فيه ما يدلُّ على وقوع ذلك على سبيل الاشتراط، والله أعلم.

وخلاصة ما سبق: أنَّ من البدائل المشروعة لاتِّفاقيَّة إعادةِ الشراء، القروض المتبادَلة بالشرط من خلال حسابِ النِّقاطِ الدَّائنةِ والمدينة، وذلك بالضوابط الآتية:

١ – أن يكون احتسابُ النّقاطِ على أساس المساواة بين الطرفين؛ بأن يكون القرضُ المتبادَلُ مساويًا للقرض الأوَّلِ من حيث المقدارُ والمدَّة؛ فلا يجوز أن يكون لأحدهما أفضليَّة؛ سواءٌ أكانت بأصلِ الشرطِ، كأن تُحتَسَبَ النِّقاطُ لأحدِهما بضعفِ ما للآخرِ، أو كانت على سبيل الشَّرطِ الجزائي؛ كأن يتَّفق على أنه إذا تأخَّر المقترِضُ في تسوية ما عليه من نقاطٍ مدينة عن مُدَّةٍ معيَّنة، فيتضاعف عددُ النِّقاطِ المدينة التي يطالب بها؛ سواءٌ سُمي ذلك فائدةً، أم غرامةً، أم غيرَ ذلك.

٢- لا يجوز أن تتحوَّل المعاملةُ إلى التعويض النَّقدِي، فلا يجوز أن يتَّفق -مثلًا- على أن تتحوَّل النِّقاطُ إلى مبالغ نقديَّة عند عدم الوفاء بها.

٣- أن يراعى عند احتساب القرضِ المتبادَلِ أصلُ القرضِ ومُدَّتُه فقط، ولا يجوز احتسابُ فوائدِ تلك القروض.

<sup>(</sup>۱) ينظر: في فقه المعاملات المالية والمصرفية المعاصرة، ص ٢٩٥، تبادل الاقتراض بين المؤسسات المالية والمصارف التقليدية، ص ٢٦، قرار الهيئة الشرعية لمصرف الإنماء رقم ٢٥، قرار هيئة بنك البلاد رقم ٩٥، فتاوى ندوات البركة، ص ١٩٢.

<sup>(</sup>٢) الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية، ص٤٧٠.

## المطلب الثالث: الودائع المتبادلة بدون شرط<sup>(۱)</sup> (المعاملة بالمثل بدون فوائد). الفرع الأول: تصوير المسألة.

المقصود بالودائع المتبادلة: أن يتَّفِق مصرفانِ أو أكثرُ على أن يفتح كلَّ منهما لدى الآخرِ ودائع جارية، مع التزام كلِّ منهما على عدم احتساب فوائد، سواءٌ على الرَّصيدِ الدائن أو المدين.

فالمصرفُ الذي يكون حسابُه دائنًا لدى الآخَرِ، لا تُحتَسَبُ له فوائدُ ولا نقاطٌ دائنة، والمصرف الذي يكون رصيدُه مَدِينًا لا تُحتَسَبُ عليه فوائدُ ولا نقاطٌ مدينة؛ أي يلتزم كلٌ منهما بألَّا يطالِبَ الآخَرَ بدَفْع فوائدَ عن أرصدته الدَّائنةِ، كما لا يُطالَب أيُّ منهما بدَفْع فوائدَ في حال انكشافِ حسابِه.

والفرقُ بين هذه الطريقةِ والقروض المتبادلة، أنَّ المعاملة بالمثل ليس فيها اتَّفاقٌ على الإقراض المتبادَلِ؛ فصاحبُ الرَّصيدِ الدائن، وإنما فيها اتَّفاقٌ على إسقاط احتساب الفوائدِ فيما بينهما.

#### الفرع الثاني: الحكم الشرعي.

لا يظهر في طريقة الودائع المتبادلةِ على أساس المعاملةِ بالمثلِ محظورٌ شرعي، بل إنَّ هذا هو المتعيَّن في تعامُل المصرفِ الإسلامي مع المصارف الأخرى.

والوديعة الجارية وإن كانت تُكيَّفُ شرعًا على أنَّها قرضٌ (٢)، إلاَّ أنَّ هذه المعاملة لا تعدُّ من القروض المتبادَلةِ بالشرط، فليس فيها إلزامٌ للمصرف الذي ينكشف حسابُه بإقراض المصرف الدَّائن، وإنما غايةُ ما فيها الاتفاقُ على عدم احتساب الفوائدِ.

وقد نَصَّ على جواز هذه المعاملةِ العديدُ من الهيئات الشرعية؛ ففي المعيار الشرعي الصادر من المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسَّساتِ الماليَّةِ الإسلامية: (درءًا لدفع الفائدة بين المؤسَّسةُ مع غيرِها من البنوك المراسلةِ على تغطيةِ ما انكشف من حساباتِ أحدِهما لدى الآخر من دون تقاضى فوائد).

وجاء في مستند المعيار: (مستند جواز كشفِ الحسابات بين المؤسَّسات ومراسليها هو الحاجة العامَّة، وأنَّ المنفعة الحاصلة من جرَّاءِ ذلك لا تخصُّ المُقرِضَ وحدَه، بل هي منفعةٌ متماثلة، وأنها ليست من القرض ذاته، وإنما من الإقدام على التعامل مع من يعاملك، فلا ترد مسألة:

<sup>(</sup>۱) تختلف المصارف في تسميتها لهذه المعاملة، فالبعض يسميها: (المعاملة بالمشل)، والبعض: (القروض المتبادلة بدون شرط). وتسميتها بالودائع المتبادلة؛ لأن هذه الطريقة إنما تستخدم بين طرفين يكون بينهما حسابات جارية؛ كالبنك مع مراسليه، والبنك المركزي مع البنوك التجارية.

<sup>(</sup>٢) ينظر: قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم ٩٠/٣/ د٩، المعايير الشرعية: معيار القرض، ص٧٢٥.

FAS

(أَسْلِفْنِي أُسلِفْك)(١).

وفي الفتوى العاشرة لندوة البركة الثامنة: (إذا اتَّفق بَنْكَانِ على أن يوفِّرَ كلُّ منهما للآخرِ المبالغَ التي يطلبها أيُّ منهما على سبيل القرض، من نفس العُملةِ أو من عُملةٍ أخرى، فإنَّ هذا الاتفاق جائزٌ؛ تفاديًا للتعامل بالفائدة أخذًا وإعطاءً على الحسابات المدينة بين البنكيْن، شريطةً عدمِ توقُّفِ تقديم أحدِ القرضَيْنِ على الآخرِ)(٢).

## المطلب الرابع: ييع أوراق مالية مع وعد من المشتري ببيعها للبائع.

#### الفرع الأول: تصوير المسألة.

من الحلول المطروحةِ لتكون بديلًا عن اتفاقية إعادة الشراء، البيعُ الحقيقي لأوراقِ ماليَّةٍ مملوكةٍ للمؤسَّسةِ، مع الالتزام بإعادةِ شرائها من المشتري في وقتٍ لاحقِ<sup>٣)</sup>.

فإذا احتاجت مؤسّسةٌ ماليَّة للسيولة، فإنها تبيع أوراقًا ماليَّة مملوكة لها -كصكوكِ إسلاميَّة أو أسهم - بثمن نقدي، وتنقل مِلكِيَّهُا للمشتري مِلكيَّة تامَّة، بما لها وما عليها من حقوق، بما في ذلك قبضُ الأرباح وحضور الجمعيات العمومية في الأسهم، والتصويت والمشاركة في زيادة رأسِ المال، وتعديل عقدِ التأسيس والنظام الأساسي للشركة مُصدِرةِ الأسهم، وكافَّة التصرُّفاتِ القانونية النَّاشئةِ عن مِلكيَّة هذه الأوراقِ.

ويقترن عقدُ البيع بوعدِ من قِبل المشتري ببيع هذه الأوراق للمالك الأوَّلِ (البائع) خلالَ فترةٍ محدَّدةٍ. والوعدُ بالبيع إمَّا أن يكون:

١- بالقيمة الاسمية، مع عائدٍ محدَّدٍ يُحسَب على أساسِ سنوي؛ مثل ٥٪ سنويًّا.

٢- أو بالقيمة السُّوقية؛ أي بحسَبِ قيمةِ الأسهم السوقية في تاريخ تنفيذ الوعد.

والفرق بين هذه الاتفاقية واتفاقية إعادة الشراء التقليدية، أنَّ انتقالَ الملكيَّةِ هنا حقيقي؛ إذ يثبت للمشتري كلُّ الحقوقِ المتعلِّقةِ بالأسهم المبيعةِ باعتباره مالكًا، بينما في الاتفاقية التقليدية ليس هناك تملُّكُ حقيقي.

#### الفرع الثاني: الحكم الشرعي.

يختلف الحكمُ الشرعي لهذه العمليَّةِ بحسَبِ القيمةِ التي يقع الوعد بالبيع بها. وذلك على النحو الآتى:

<sup>(</sup>۱) المعايير الشرعية، معيار القرض، ص٥٣٧.

<sup>(</sup>٢) فتاوي ندوات البركة، ص١٤٢. وينظر: قرار هيئة الراجحي رقم (١٦)، وقرار هيئة البلاد رقم (٩٥).

<sup>(</sup>٣) ينظر: معالجة تعثر المؤسسات المالية باتفاقية إعادة الشراء، ص١٥.

المسألة الأولى: الحكم الشرعي إذا كان الوعد بالبيع بالقيمة الاسمية.

إذا كان الوعد بالبيع بالقيمة الاسمية، فلا يخلو من حالتين:

الحال الأولى: أن يكون الوعد بالبيع بالقيمة الاسمية فقط بدون عائد.

أي يَعِدُ المشتري (الممولُ) البائعَ (المتمولَ) ببيعها عند تنفيذ الوعد -أي عند طلب البائع-بمثل الثَّمَن الأوَّلِ الذي اشتراها به بدون زيادةٍ.

فهذه المعاملةُ بهذه الصورةِ تُخرج على بيع الوفاء الذي سبق بيانُه، وهو البيع بشرط أنَّ البائعَ متى ردَّ الثمن يرد المشتري المبيعَ إليه (١٠).

وقد سبق بيانُ الخلافِ في بيع الوفاء في المبحث الثاني، وأنَّ الراجع تحريمه، وهو قولُ الجمهور؛ لما فيه من الحيلة على الربا.

وقديقال: بأنَّ ثمة فرقًا بين هذه المعاملةِ وبيع الوفاء، من جهة أنَّ هذه المعاملة تجمع بيعًا مع وعدٍ من طَرَفٍ واحدٍ، بينما بيعُ الوفاءِ يجمع بيعًا وشرطًا، إلَّا أنَّ الذي يظهر أنَّ هذا الفرقَ غيرُ مؤثِّرٍ؛ لأمرين:

الأول: في بيع الوفاء لا يلزم البائع بردِّ الثَّمنِ؛ فغايتُه أنه إذا لم يردَّ الثمنَ لم يردَّ المشتري إليه العينَ، فالإلزامُ فيه من طَرَفِ واحدٍ.

والثاني: أنَّ الوعد إذا كان معلَّقًا على شرط -كما في هذه المسألة - يكتسب قوة الشرط من حيث الإلزام والتعهد؛ وقد نَصَّ فقهاءُ الحنفيَّةِ على ذلك، كما في القاعدة الفقهية: (المواعيد بصورة التعاليق تكون لازمةً) (٢٠). ويقول الشيخ مصطفى الزرقاء رَحَمَهُ اللهُ: (فقهاء الحنفية لحظوا أنَّ الوعد إذا صدر معلَّقًا على شرط، فإنه يخرج عن معنى الوعدِ المجرَّدِ، ويكتسي ثوب الالتزام والتعهُّد، فيُصبح حينَهُذِ مُلزِمًا لصاحبه) (٢٠).

الحال الثانية: أن يكون الوعد بالبيع بالقيمة الاسمية مع عائدٍ محدَّدٍ.

كأن يكون الوعدُ بالبيع بالقيمة الاسمية مع عائد ٥٪ تُحسَب على أساس سنوي.

فهذه المعاملة بهذه الصورة تُخرج على مسألة عكس العِينةِ التي سبق بيانُها، وهي: أن يبيع سلعةً بنقدِ ثم يشتريها بأكثرَ منه نَسيئةً.

وقد سبق ذِكرُ الخلافِ وترجيح ما ذهب إليه جمهورُ الفقهاءِ من تحريم بيع العِينةِ وعكسها؛ لأنها حيلة على الربا.

<sup>(</sup>١) تبيين الحقائق ٥/ ١٨٤، البحر الرائق ٦/ ٨.

<sup>(</sup>۲) درر الحكام ۱/۷۷. (۳) المدخل الفقهي العام ۲/ ۱۰۳۲.

وقد ذهبت بعض الهيئات الشرعية إلى جواز هذه المعاملة بهذه الصورة (١١) ، ولم تبين مستندَها الفقهي الذي بَنَتْ عليه القولَ بالجواز، ولعلَّ مستندَهم في ذلك أنَّ الوعد هنا مُلزِمٌ من طَرَفٍ واحدٍ - وهو المشتري (الممول) - أي أنَّ تنفيذ الوعدِ بالبيع مرهونٌ بطلب الموعودِ وهو البائع (المتمول)، فلو رأى في تاريخ التَّنفيذ أنَّ القيمة السوقيَّة للأسهم أقلُّ من القيمة الموعود بها، فلن ينفَّذ عما يَعني أنَّ البيع الثاني محتمَلٌ وليس حتميًّا.

فمثلًا: لو باع الصكوكَ أو الأسهم بـ (١٠٠) مع وعدٍ من المشتري بإعادة بيعِها للبائع بعد سنةٍ بـ (١٠٠)، فلو كانت قيمتُها السُّوقيَّة في تاريخِ تنفيذِ الوعد (٩٠)، فلن ينفذ الموعود (البائع الأول) هذا الحقَّ؛ لأنَّ شراءَها من السُّوقِ أفضلُ من شرائها من الواعد.

والراجع: أنَّه حتى مع كونِ الوعدِ مُلزِمًا من طَرَفِ واحدٍ، فإنَّ هذه المعاملةَ تخرج على عكس العِينةِ؛ فقد سبق معنا أنَّ العِينةَ محرَّمَةٌ اتَّفاقًا في حال وجودِ شرطٍ في العقد الأول بالدخول في العقد الثاني، أمَّا إذا كان ذلك عن مواطأة أو عُرفِ، فهذا هو محلُّ الخلافِ، والجمهورُ على التحريم، وهو الراجح، ووجود الوعدِ دليلُ المواطأة، بل يرى الجمهور تحريم العقدِ الثاني ولو بلا مواطأة.

جاء في «تبيين الحقائق» (٢٠ - في معرض حديثه عن العينة -: (ولو اشتراه مَن لا تجوز شهادتُه له؛ كولده، ووالده، وعبدِه، ومُكاتِبه؛ فهو بمنزلة شراءِ البائع بنفسه... وكذا لو وكَّل رجلًا ببيع عبدِه بألفِ درهم فباعه، ثم أراد الوكيلُ أن يشتريَ العبدَ بأقلَّ مما باع لنفسه أو لغيره بأمره قبل نَقْدِ الثمن، لم يجز... وكذا لو اشترى من وارث مُشتَرِيهِ بأقلَّ مما اشترى به المورث، لم يَجُزُ لقيامِ الوارثِ مقامَ المورث).

وفي «حاشية الدسوقي» (٣) في شروط بيوع الآجالِ التي تتطرَّقُ إليها التهمة - ومنها العِينة-: (وأن يكون المشترى أولًا أو من تنزل منزلتَه، والبائع ثانيًا هو المشترى أولًا أو من تنزل منزلته، والبائع أولًا هو المشتري ثانيًا أو من تنزل منزلته، والمنزَّلُ منزلة كلِّ واحدٍ وكيلُه، سواءٌ عَلِمَ الوكيلُ ببيع الآخِرِ أو شرائه، أو جَهِلَه).

وفي «كشاف القناع»(٤): (ومَن باع سلعةً بنَسيئةٍ؛ أي بثَمَنِ مؤجَّلٍ أو بثمنِ حالٌ لم يقبضه، صحَّ الشراء، حيث لا مانعَ، وحرُمَ عليه -أي: على بائعها- شراؤها ولم يصحَّ منه شراؤها نصًّا،

<sup>(</sup>١) معالجة تعثر المؤسسات المالية باتفاقية إعادة الشراء، ص١٦.

<sup>(</sup>٢) تبيين الحقائق ٤/٤٥. وينظر: بدائع الصنائع ٥/ ١٩٩٠.

<sup>(</sup>٣) حاشية الدسوقي ٣/ ٧٧. وينظر: شرح مختصر خليل للخرشي ٥/ ٩٥.

<sup>(</sup>٤) كشاف القناع ٣/ ١٨٥. وينظر: المغني ٦/ ٢٦٣.

بنفسه أو بوكيله، بنقدٍ من جنس الأوَّلِ أقـلَ مما باعها به بنقدٍ -أي حالً - أو نَسيئةً، ولو بعد حِلِّ أَجَلِه ... وإن قصد بالعقد الأوَّلِ العقدَ الثاني، بطلا؛ أي: العقدان).

المسألة الثانية: الحكم الشرعي إذا كان الوعدُ بالبيع بالقيمة السُّوقيَّة.

والحكم على هذه المسألة يستدعي النظرَ في أمرَيْن:

الأمر الأول: علاقة هذه المسألة ببيع العِينة.

إذا كان البيع الثاني بالقيمة السوقية للأوراق المالية وليس بقيمتها الاسمية، فليست من بيع العينة أو عكسها؛ لأنَّ العِينة وعكسها يكون الثمنُ في العقد الثاني فيهما مرتبطًا زيادة أو نقصانًا بالثمن في العقد الأول، ومن هنا اعتُبِرَتًا حيلةً على الربا؛ لأنَّ الزيادة المؤجَّلةَ مضمونةٌ، أمَّا إذا كان العقدُ الثاني بحسَبِ سعرِ السُّوقِ، فليس من العِينة؛ لأنَّ السعرَ قد يَزيد أو ينقص، شريطةَ أن يكون العقدُ الثاني بعد مُضِيِّ مدَّةٍ تتغيَّرُ معها صفةُ العينِ المبيعةِ. وعلى ذلك نَصَّ أهلُ العلم في بيع العينة.

قال في «المبسوط»: (وكذلك لو دخل في المبيع عيبٌ ثم اشتراه البائعُ بأقلَّ من الثمنِ الأول؛ لأنَّ الملك لم يَعُدْ إليه على الهيئة التي خرج عن مِلكِه، فلا يتحقَّق فيه رِبحُ ما لم يُضمَن، ولكن يجعل النقصان بمقابلة الجزء الذي احتبس عند المشتري؛ سواءٌ كان النُّقصانُ بقَدْرِ ذلك أو دونَه)(١).

وفي «الشرح الكبير» للدردير: ((كتغيُّرها) أي السلعة المبيعة المقومة، تغيُّرًا (كثيرًا) حالَ شرائها بزيادةٍ كسِمَنِ، أو نقصِ كهُزَالٍ، فتجوز الصُّوَرُ كلُّها)(٢).

وفي «شرح المنتهي»: ((إلَّا إن تغيَّرت صفَّته) أي المبيع؛ مثل إن كان عبدًا فهَزَلَ، أو نَسِيَ صنعةً، أو عَمِيَ ونحوُه، فيجوز بيعُه بدون الثَّمَن الأوَّلِ ويصحُّ)(٣).

وعلى هذا؛ ففي الأوراق المالية كالصكوك والأسهم، حيث لا يتعذَّر عادةً معرفةُ تغيُّرِ صفةِ الأصولِ التي تمثِّلُها تلك الأوراقُ الماليَّةُ، فيُكتفى بمضيِّ مدَّةٍ يغلب على الظنِّ تغيُّرُ تلك الأصولِ خلالها.

الأمر الثاني: مدى لزوم الوعد بالبيع.

إذا كان الوعدُ غيرَ مُلزِم لأيِّ من العاقدَيْنِ، فالذي عليه جماهيرُ العلماء المعاصرين وعامَّةُ الهيئات الشرعية، هو الجواز، أمَّا إذا كان مُلزِمًا لأحدهما -وهو الوعد الملزم- أو لهما معًا -وهو المواعدة الملزمة- فاختلفوا فيه على ثلاثة أقوال.

<sup>(1)</sup> المبسوط 17×17.

<sup>(</sup>٢) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٣/ ٨٢.

<sup>(</sup>٣) شرح منتهى الإرادات ٢/ ٢٥. وينظر: كشاف القناع ٣/ ١٨٥.

القول الأول(''): تحريم الوعدِ الملزِمِ والمواعدة الملزِمة؛ لأنَّ لهما حُكمَ العقدِ، فإذا وعد بالبيع وعدًا ملزمًا وهو لا يملك فهو كالبيع، فيشمله نَهْيُ النبيِّ صَالَّلَتُهُ عَلَيْوَسَلَّمَ بقوله: «لَا تَبعُ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ»('').

والقول الثاني (٢): جواز الوعد الملزم والمواعدة الملزمة؛ لأنهما يختلفان حقيقةً وحكمًا عن العقد، ولا يترتب عليهما آثارُه، فالعقد يفيد انتقالَ الملكِ في الحال، بخلاف الوعدِ والمواعدةِ؛ ففيهما التزامُّ بإبرام العقدِ في المستقبل.

والقول الثالث(2): يجوز الوعدُ الملزِمُ لأحد الطرَفَين دون المواعدةِ الملزمةِ لهما، وهذا ما تضمَّنَه قرارُ مجمع الفقهِ الإسلامي، والمعيار الصادر عن المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسَّسات الماليَّة الإسلامية، وبه أخذ أكثرُ الهيئاتِ الشرعيَّة للمؤسَّسات الماليَّة.

وحجة هذا القول: أنَّ المواعدة الملزمة لكلا الجانبَيْنِ تُشبه العقدَ نفسَه، فلا تصحُّ، بخلاف الوعدِ الملزم من جانبِ واحد؛ ويؤيد ذلك ما ذهب إليه المالكيَّةُ من التفرقة بين العِدَةِ والمواعدةِ:

فالعِلَةُ: أَن يَعِدَ أحدُهما الآخَرَ، وهي لازمةٌ إذا كانت على سبب ودخول الموعودِ في كلفةٍ ببها.

والمواعدة: أن يَعِدَ كلُّ منهما الآخَرَ، وهي لا تصتُّ عندهم فيما لا يصتُّ وقوعُه في الحال، فأجرَوْا عليها حُكمَ البيع(٥).

وفي المسألة التي بين أيدينا، يترجَّحُ القولُ الثالث، وهو تحريم المواعدةِ الملزِمةِ للطرَفَين دون الوعدِ الملزم لطَرَفِ واحدٍ؛ لأنَّ المواعدةَ الملزمةَ لها حُكمُ العقدِ نفسِه.

ومن المعلوم أنه لا يجوز تعليقُ بيع الأوراقِ الماليَّةِ على مُضِيِّ الفترةِ المتَّفَقِ عليها؛ لأنَّ موجودات هذه الأوراقِ ستتغير صفتُها زيادةً ونقصانًا، ما بين إبرام العقدِ وتنفيذه، فيكون العقدُ واقعًا على عينٍ مجهولةٍ؛ فإذا حرم البيع فتحرم المواعدة الملزمة للطرَفَين؛ لأنَّ لها حُكمَ البيع، والله أعلم.

وخلاصة القول مما سبق: أنَّ مِن بدائل اتفاقية الشراء، بيعَ الأوراقِ الماليَّةِ مع الوعدِ بإعادة بيعِها للبائع الأوَّلِ، أو الوعد بشرائها من المشتري الأول، وذلك بالشروط الآتية:

<sup>(</sup>١) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الخامسة ٢/ ١٠٦١ وما بعدها، نيل المآرب ٣/ ٦٣.

<sup>(</sup>۲) أبو داود (۳۰ ۹۳)، والترمذي (۱۲۳۲)، والنسائي (۲۱۸۳)، وابن ماجه (۳۱۸۷).

<sup>(</sup>٣) ينظر: ندوة خطة الاستثمار في البنوك الإسلامية، ص ٤٢٠ وما بعدها.

<sup>(</sup>٤) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الخامسة ٢/ ٩٩٥١، المعايير الشرعية: معيار الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك، الدليل الشرعي للمرابحة، ص ٤٠٠.

<sup>(</sup>٥) مواهب الجليل ٣/ ٤١٣.

أ- أن يكون البيع الأوَّلُ حقيقيًّا يترتب عليه جميعُ آثارِ الملكِ في حقِّ المشتري.

ب- أن يكون الوعدُ بالبيع، أو بالشراء بالقيمة السُّوقيَّةِ للأوراق المالية.

ج- أن تمضي مدَّةٌ بين البيع الأولِ والثاني، يغلب على الظنِّ تغيُّرُ صفةِ موجوداتِ تلك الأوراقِ الماليَّةِ.

د- ألَّا يكون الوعدُ من قبيل المواعدةِ الملزِمةِ للطرَفَين.

ومِن أنسَبِ الوسائل لتفعيل هذا البديل: أن يقوم البنك المركزي بإصدار صكوكٍ إسلاميَّةٍ متوافِقةٍ مع الضوابط الشرعية، وتكون لآجالٍ قصيرةٍ على غرار أذونات الخزينة، بحيث تكون هذه الصكوك هي الأصل الذي يتم تداولُه لتنفيذ عمليات الريبو.

#### المطلب الخامس: الوكالة في الاستثمار.

#### الفرع الأول: تصوير المسألة.

تعدُّ الوكالة في الاستثمار أحدَ أهمِّ الوسائلِ المناسبةِ لإدارة السيولة؛ وصورتُها: أنَّ المصرفَ إذا احتاج للسيولة، فيدخل في عقد مضاربةٍ أو مشاركة، يكون فيه هو العامل مع مصرفِ آخَرَ (رب المال) لديه فائضُ سيولةٍ، وتتمُّ التَّصفيةُ وحسابُ الأرباح والخسائر بشكلٍ يومي من خلال التقويم الدوري (التصفية الحكمية) لموجودات المضاربة، فيستفيد المصرفُ العاملُ بالحصول على التمويل، ويستفيد المصرف ربُّ المالِ من الرِّبح المتحقِّقِ.

وفي المقابل، إذا كان لدى المصرفِ فائضُ سيولةٍ، فيدخل في عقد وكالةٍ في الاستثمارات قصيرةِ الأجَل؛ إمَّا مضاربةً، أو مشاركةً مع مصرفٍ آخَرَ بحاجةٍ للسيولة.

ويتطلَّب تطبيقُ هذه الطريقةِ، وجودَ حسابِ للمضاربة لدى المصرفِ العاملِ (الوكيل)، بحيث تُجمَع الأموال في هذا الحسابِ، وتُستثمَر في الأدوات الاستثمارية المختلفة(١٠).

#### الفرع الثاني: الحكم الشرعي.

الأصل هو جوازُ الوكالةِ في الاستثمار إذا تحقَّقت شروطُها الشرعيَّةُ. ويتعلَّقُ بهذه الطريقةِ عِدَّةُ مسائلَ:

#### المسألة الأولى: تكييفها الشرعى.

يكيَّف العقدُ في هذه المعاملة، إمَّا على المضاربة، أو الشركة؛ فإذا كان المصرف العاملُ

<sup>(</sup>١) ينظر -على سبيل المثال-: اتفاقية حساب البلاد في بنك البلاد. وهو حسابٌ استثماري على أساس المضاربة بين البنك وعملائه.

مشارِكًا ببعض مالِه في حساب الاستثمارِ، فالعقدُ شركةُ عنانِ؛ إذ تُعرف شركة العنان بأنها: اشتراكُ اثنين فأكثر بمالَيْهِما وعملَيْهِما والربح بينهما، أو يعمل فيه أحدُهما وله من الربح أكثر من ربح ماله(١).

وإن لم يشارك المصرفُ العامل بماله، فالعقد مضاربة، وهي: دفعُ مالٍ لمن يتَّجِر به بجزءِ من ربحه (٢).

وعلى هذا، تجب مراعاةُ شروطِ الشركةِ والمضاربةِ من حيث كونُ رأسِ المالِ معلومًا، وحصةُ كلَّ منهما من الرِّبحِ مشاعةٌ معلومةٌ، وغيرُها من الشروط التي ذكرها الفقهاءُ في هذا الباب(٣). المسألة الثانية: ضمان رأس المال.

لا خلافَ بين أهل العلم على أنه لا يجوز أن يضمن العاملُ الربح، ولا رأسَ المال لربِّ المال؛ وأنَّ اشتراطَ الضمانِ على المضارِبِ أو الشريك شرطٌ باطلٌ (٤٠).

### ومن الأدلَّةِ على ذلك:

١ – أنَّ اشتراطَ ضمانِ رأس المال، يجعل العقد قرضًا؛ ذلك أنَّ الفرقَ بين القرضِ والمضاربة، أنَّ المالَ في الأول مضمونٌ وفي الثاني غيرُ مضمونٍ، فإذا كان ربُّ المال شريكًا في الربح، فهو قرضٌ جرَّ نَفْعًا فيكون رِبًا(٥).

٢ – ولأنَّ هـذا الشرط يخالف مقتضى العقدِ فيُحكم ببطلانه؛ وذلك لأنَّ أصلَ المضاربةِ والمشاركة موضوعانِ على الأمانة، فإذا شرط فيهما الضمان، فذلك خلاف موجبِ أصلِهِما، والعقدُ إذا ضَامَه شرطٌ يخالف موجِبَ أصلِه، وجب بطلائه (٢).

ويجوز أن يضمن المصرف الخسارة تطوُّعًا، إذا لم يكن ذلك مشروطًا في العقد. قال في «حاشية الدسوقي»: (وأمَّا لو تطوَّع العاملُ بالضمان؛ ففي صحة ذلك القراض وعدمِها خلافٌ)(٧).

<sup>(</sup>١) ينظر: كشاف القناع ٣/ ٤٩٧، الروض المربع، ص٢٩٦.

<sup>(</sup>٢) الروض المربع، ص٢٩٧.

<sup>(</sup>٣) ينظر تفاصيل هذه الشروط في: بدائع الصنائع ٨/ ٩، بداية المجتهد ٢/ ٢٨٥، مغني المحتاج ٣/ ٤٠٥، المغنى ٧/ ١٠٩.

<sup>(</sup>٤) المبسوط ١٥/ ٨٤، البهجة شرح التحفة ٢/ ٢١٧، الحاوي الكبير ٩/ ١١٣، المغني ٧/ ١٧٩، قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم ٤/ ٣/ ٢١٦٣.

<sup>(</sup>٥) المنتقى شرح الموطأ ٧/ ٧٢.

<sup>(</sup>٦) المغني ٥/ ٤١.

<sup>(</sup>٧) حاشية الدسوقي ٣/ ٥٢٠، وينظر: حاشية العدوي ٦/ ٢٠٦.

وقاسوا جواز ذلك على ما إذا تطوَّع الوديعُ والمُكتَري بضمان ما بيده إذا كان هذا التطوعُ بعد تمام العقدِ(١).

وجمهورُ المالكيَّةِ على التحريم حتى ولو تطوَّع بالضمان بعد العقد؛ لأنَّه يكون متهمًا برغبته في استدراج ربِّ المالِ، وإبقاءِ رأسِ المال بيده (٢).

والأقرب -والله أعلم- الجواز؛ لأنَّ المحرَّم هو أن يكون الضمانُ مشروطًا، أمَّا إذا كان تطوعًا بعد العقدِ، فلا يظهر المنع.

وقد يقال: إنَّ عدمَ ضمانِ المال، قد يُقلِّلُ من إقدام المصارفِ على الوكالة في الاستثمار.

والجواب: أنَّ المضاربة أو الشركة، وإن لم يكن المالُ فيهما مضمونًا من الناحية التعاقديَّة، إلَّا أنهما إذا عُقِدَا مع طرفٍ موثوقِ -كالمصرف- وفي نشاطِ واضح المعالم، فإنَّ المخاطرة تكون متدنِّيةً.

المسألة الثالثة: اشتراط حافز أداء للعامل.

من التطبيقات المعمولِ بها في بعض عقودِ الوكالة في الاستثمار، اشتراطُ حافزِ أداءِ للعامل، بحيث إذا زادت الأرباحُ عن نسبةٍ معيَّنةٍ، فالزيادةُ تكون للعامل وحدَه، باعتبارها حافزَ أداءٍ.

وقد اختلف العلماء المعاصرون في هذا الشرط على قولين:

القول الأول: التحريم (٢)؛ واستدلَّ أصحابُ هذا القول بما يلي:

1 – أنَّ هـذا الشرط يؤدِّي إلى قَطْعِ المشاركة بين الشَّرِيكين في جزء من الربح. وقد نَصَّ أهـلُ العلمِ على تحريم أيِّ شرطٍ يؤدِّي إلى قَطْعِ المشاركة في الربح؛ قال ابنُ المنذر: (أجمَعَ كلُّ مَن نحفظ عنه من أهل العلم على إبطال القراض، إذا شرط أحدُهما –أو كلاهما– لنفسه دراهمَ معلومةً)(2).

٢- أنَّ مقدار الحافزِ مجهولٌ، وشرط العوضِ أن يكون معلومًا.

والقول الثاني: الجواز(٥)؛ ومن أدلة هذا القول:

١ - ما رواه البخاري تعليقًا عن ابن عباس رَضَالِتُهُ عَنْهَا؛ أنَّه قال: لا بأسَ أن يقول: بعْ هذا الثوب،

<sup>(</sup>۱) شرح الزرقاني مع حاشية الرهوني ٦/ ٣٢٣.

<sup>(</sup>٢) شرح الزرقاني مع حاشية الرهوني ٦/ ٣٢٣.

 <sup>(</sup>٣) د. وهبة الزحيلي، عائد الاستثمار، ص ٣٠، ود. رفيق المصري، بحوث في فقه المعاملات المالية، ص ١٧٧.

<sup>(</sup>٤) الإجماع، لابن المنذر، ص٩٨، وينظر: مراتب الإجماع، ص٩٢، بدائع الصنائع ٦/ ٨٥، تبيين الحقائق ٥٤ .

<sup>(</sup>٥) د.الضرير، الغرر، ص١٩٥، د.غريب الجمال، المصارف والأعمال المصرفية، ص٣٧٩.

فما زاد على كذا وكذا فهو لك. وقول الصحابي حجةٌ إذا لم يخالف نصًّا، أو يخالفه صحابيٌّ آخَرُ. وقال ابن سيرين: إذا قال: بِعْهُ بكذا، فما كان من ربحٍ فلك، أو بيني وبينك، فلا بأسَ به(١).

٢ - ولأنَّ هذا الشرط لا يؤدِّي إلى قَطْعِ المشاركةِ في جميع الربح؛ فإنَّ العامل يتقاسم مع ربِّ المالِ الرِّبحَ إلى النسبةِ المتَّفَقِ عليها، ثم يأخذ الزائدَ؛ فالمشاركةُ حاصلةٌ ابتداءً، وليس في ذلك ما يُنافى مقتضى العقدِ.

والراجع: هو القول الثاني؛ لقوَّةِ أدلَّتِه، ولأنَّ الأصل في العقود والشروط هو الصحة، وليس في كتاب الله ولا في سُنَّةِ نبيَّه صَلَّاللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّم، ما يحرم هذا الشرط، وليس في هذا الشرط ما يؤدِّي إلى قَطْع المشاركة في الربح.

و قولهم بأنَّ الحافز مجهولٌ يناقش بأنَّ الحافز يكيَّفُ شرعًا بأنه جُعلٌ، وفي الجعالة تُغتَفَر جهالةُ الجعلِ، إذا كانت لا تمنع التَّسليمَ على الصحيح من أقوال أهلِ العلم؛ نحو: أن يقول الجاعل: مَن ردَّ ضالَّتي فله ثلثُها؛ قال في «المغني»: (ويحتمل أن تجوز الجعالةُ مع جهالة العوض، إذا كانت الجهالة لا تمنع التَّسليمَ، نحو أن يقول: مَن رَدَّ عبديَ الآبقَ فله نِصفُه، ومَن ردَّ ضالَّتي فله ثلثُها؛ فإنَّ أحمد قال: إذا قال الأمير في الغزو: من جاء بعشرةِ رؤوسٍ فله رأسٌ؛ جاز. وقالوا: إذا جعل جعلًا لمن يدلُّه على قلعةٍ، أو طريق سهلٍ وكان الجعلُ من مال الكفَّار؛ جاز أن يكون مجهولًا، كجارية يعيُّنها العاملُ فيخرج هاهنا مثله)(٢).

والجهالة هنا في مقدار حافز الأداء، لا تمنع التسليم؛ فإنَّ الحافز يُعلم مقدارُه عند التَّصفية؛ وعلى هذا فلا مانع من أن يشترط العاملُ أَخْذَ ما زاد عن حَدِّ معيَّنِ من الربح كحافز أداء مقابلَ أدائه. والحمد لله أولًا وآخرًا، وظاهرًا وباطنًا، وصلى الله وسلم على نبيًّنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

0,000,000,0

<sup>(</sup>١) الأثران أخرجهما البخاري تعليقًا (كتاب الإجارة، باب أجرة السمسار) (٤/ ٥١ مع الفتح).

<sup>(</sup>٢) المغني ٦/ ٢١، وينظر: شرح المنتهى ٢/ ٤٧٠.

## الخاتمة

## وتشتمل على أبرز نتائج البحث؛ وأُوجِزُها فيما يلي:

١ - اتفاقية إعادة الشراء (الريبو) هي: بيع أوراقٌ ماليَّةٌ أو أصولٌ قابلة للتسييل بسعرٍ محدَّدٍ،
 مع التعهُّدِ بشرائها من المشتري في تاريخ محدَّدٍ وسعرٍ محدَّدٍ يُذكر في الاتفاقية.

٢ - معكوس اتفاقية إعادة الشراء (الريبو العكسي)، هو: شراء أوراق ماليَّة، أو أصولِ قابلة للتسييل بسعرٍ محدَّدٍ، مع التعهُّدِ ببيعها على مَن اشتُريت منه في تاريخٍ محدَّدٍ وسعرٍ محدَّدٍ يُذكر في الاتفاقية.

٣- تعـدُ اتفاقية إعادة الشراء من أهـم الأدوات التي تستخدمها البنوك المركزية في تنفيذ سياستِها النقدية، ومن أهم أدوات المصارفِ التجارية في إدارتها لسيولتها النقدية؛ سواءٌ في حالات وجودِ الفائضِ أو العجز.

٤ - الراجح في التكييف الشرعي لاتفاقية إعادة الشراء وعكسها التقليديتين، أنها قروضٌ بفوائد مع رهن الأوراقِ الماليَّة، ولا يصحُّ تخريجُها على بيع الوفاءِ، ولا على بيع العِينةِ.

٥ - اتفاقية إعادةِ الشراءِ التقليدية وعكسها محرَّمتانِ؛ لاشتمالهما على القرض بفائدة؛ ولأنَّ الغالب في الأوراق الماليَّةِ محلِّ العقدِ، أنها محرَّمةٌ؛ كالسندات، وأذونات الخزينة، وشهادات الإيداع.

٦- من البدائل المشروعة لاتفاقية إعادة الشراء وعكسها، ما يلى:

أولًا: التورُّقُ والتورق العكسي، مع رهن الأوراق المالية؛ ويجب في هذه الحالِ مراعاةُ الضوابطِ الآتية:

- أ- ألَّا يكون هناك اتفاقٌ أو ترتيبٌ سابقٌ بين الطَّرَفَين على توكيل البائع الأول (الممول) بالبيع في اتفاقية إعادة الشراء، أو تواطؤ على بيع السلعة من وكيل الشراء في الاتفاقية العكسية؛ وذلك لتجنُّبِ أن يكون التورُّقُ من التورقِ المنظَّم.
  - أن يكون العقد في سِلَع معيَّنةٍ، لا موصوفةٍ في الذِّمَّة.
- ج- ألَّا يتصرَّف مشتري السلعةِ فيها بالبيع، إلَّا بعد تملُّكِه لها وقبضها القبضَ المعتبرَ شرعًا.
  - د- أن تكون السلعة بعد الشراء، وقبل البيع من ضمان المشتري.

هـ- ألَّا تُباع السلعةُ على المورد الأول الذي اشتُريت منه؛ لئلا يدخلَ في بيع العينة.

و- أن يتولَّى المشتري بنفسه بيع السلعة على المصرف المتورِّق في التورق العكسي، بحيث لا يتولَّى المصرفُ طرفَي العقد؛ تجنُّبًا للصُّورِيَّةِ في العقد.

ثانيًا: القروض المتبادلة بالشرط من خلال حساب النقاط الدَّائنةِ والمدينة، وذلك بالضوابط الآتية:

١ – أن يكون احتسابُ النِّقاطِ على أساس المساواة بين الطرفين؛ بأن يكون القرض المتبادَلُ مساويًا للقرض الأول من حيث المقدارُ والمدَّة؛ فلا يجوز أن يكون لأحدهما أفضليَّةٌ، سواءٌ أكانت بأصل الشرطِ، أو كانت على سبيل الشرط الجزائي عند التأخُّرِ في القرض المقابل.

٢- لا يجوز أن تتحوَّل المعاملة إلى التعويض النقدي؛ كأن يتَّفِقَ على أن تتحوَّل النِّقاطُ إلى مبالغ نقدية عند عدم الوفاء بها.

٣- أن يراعى عند احتساب القرض المتبادلِ أصلُ القرضِ ومُدَّتُه فقط، ولا يجوز احتسابُ فوائدِ تلك القروض.

ثالثًا: الودائع المتبادَلةُ بدون شرطٍ، وذلك باتفاق طرَفَين على فتح حساباتٍ جاريةٍ بينهما بدون فوائد، وفي حال انكشاف أيِّ من الحسابَيْنِ فلا تُحتَسَب فوائد من دون أن يكون هناك اتفاقٌ على قرض مقابل.

رابعًا: بيع الأوراق الماليَّةِ مع الوعد بالبيع أو بالشراء، ويشترط لذلك ما يلي:

أ- أن يكون البيع الأوَّلُ حقيقيًّا يترتب عليه جميعُ آثارِ الملكِ في حقِّ المشتري.

ب- أن يكون الوعد بالبيع أو بالشراء بالقيمة السُّوقية للأوراق الماليَّةِ.

ج- أن تمضي مُدَّةُ بين البيع الأولِ والثاني، يغلب على الظنِّ تغيرُ صفةِ موجوداتِ تلك الأوراقِ الماليَّةِ.

د- ألَّا يكون الوعدُ من قبيل المواعدةِ المُلزِمة للطَّرَفَين.

خامسًا: الوكالة في الاستثمار، إمَّا على سبيل المشاركةِ أو المضاربةِ، ولا يجوز أن يضمن العاملُ رأسَ المالِ ولا الربح، ويجوز أن يتطوع بذلك من غير شرطٍ، وأن يكون له حافزُ أداءٍ؛ بأَخْذِ ما زاد من الرَّبح عن حَدِّ معيَّن.



## إفلاس الشركات وإعسارها في الفقه والنظام

بحث مُحكَّم نُشر في عام ١٤٣٢هـ– ٢٠١١م





الحمد لله، والصلاةُ والسلام على رسول الله صَالَاللهَ عَالَيْهُ وَلَلَّهُ مَا لَيْهُ وَلَلَّهُ مَا

أمَّا بعدُ:

فهذه بعضُ الأحكامِ الفقهيَّةِ المتعلِّقةِ بإفلاس الشركات وإعسارها، مقارنةً ببعض الأنظمة والقوانين المعاصرة.

أسأل اللهَ أن يُجنِّبنا الزَّلَل، وأن يوفَّقنا لِما يُرضيه من القول والعمل.









## المبحث الأول

## تعريف الإفلاس والإعسار في الفقه وشروط التفليس

#### المطلب الأول: تعريف الإفلاس.

الإفلاس في اللغة: مصدر أفلس؛ يقال: أفلسَ الرجلُ؛ إذا صار إلى حالٍ ليس له فلوس. ومنه الحديث المشهور: «مَا تَعُدُّونَ الْمُفْلِسَ فِيكُمْ؟» قالوا: مَن لا درهمَ له ولا متاع.. الحديث (١)، أو أنه صار ذا فلوسِ بعد أن كان ذا دراهم، فهو مُفلِس، والجمع: مفاليسُ (١).

ويقصد بالإفلاس في الاصطلاح الفقهي: أن يكون الدينُ الحالُّ الذي على المدين أكثرَ من أمواله (٣٠).

وإنما قيَّد الفقهاءُ الدينَ هنا بكونه حالًا؛ لأنَّه الذي يطالب به المدين، أمَّا إذا كان مؤجَّلًا فلا يعدُّ ذلك إفلاسًا، ولو كان أكثرَ من ماله الموجودِ؛ لأنه غيرُ مطالَبِ به، واستثنى المالكيَّةُ من ذلك ما إذا كان مالُ المدين يَزيد على دَينِه الحالِّ، ولكن تلك الزيادة لا تَفِي بالدين المؤجَّلِ فيفلس، ولو أتى بضامن، إلَّا إن كان يُرجى من تنميته لتلك الزيادةِ وفاءُ المؤجَّلُ (١٤).

والمعتبَر في الإفلاس أن يكون الدينُ أكثرَ من المال الموجودِ، سواءٌ لم يكن للمدين مالً أصلًا، أم كان ذا مالٍ ولكنّه أقلَّ من دَينه؛ قال البهوتي: (سُمي مفلسًا وإن كان ذا مالٍ؛ لأنَّ مالَه مُستحَقُّ الصَّرفِ في جهةِ دينِه، فكأنَّه معدومٌ، أو باعتبار ما يتول من عدم ماله بعد وفاء دينه، أو لأنه يمنع من التصرُّفِ في ماله إلَّا الشيء التافه الذي لا يعيش إلَّا به، كالفلوس ونحوها)(٥٠).

وبمفهوم المحاسبة المعاصرة، فإنَّ الشركة تُعَدُّ مفلسةً فقهيًّا، إذا تجاوزت المطلوبات (في قائمة الخصوم) مجموع أصول الشركة؛ وعلى القيد الذي ذكره فقهاء الشافعية والحنابلة، لا تكون الشركة مفلسةً إلَّا إذا زادت المطلوباتُ المتداوَلةُ على مجموع الأصول.

<sup>(</sup>۱) مسلم (۲۵۸۱).

<sup>(</sup>٢) المصباح المنير، ص٤٨١.

 <sup>(</sup>T) حاشية الدسوقي ٣/ ٢٦١، مغني المحتاج ٣/ ٩٨، المغني ٤/ ٢٦٤.

<sup>(</sup>٤) حاشية الدسوقي ٣/ ٢٦٤، مغنى المحتاج ٣/ ٩٨، المغنى ٤/ ٢٦٤.

<sup>(</sup>٥) كشاف القناع ٣/ ٤٨١.

وزيادة المطلوبات على الأصول تَعني وجودَ خسائرَ مسجَّلةٍ ضمن حقوقِ الملَّاكِ في قائمة الخصوم، مما يجعل حقوقَ الملكيَّةِ تظهر بالسالب.

#### علاقة الإفلاس بالتَّفليس:

التفليس: مصدرُ فلَّستُ الرجلَ، فهو مُفلَّس؛ إذا نَسَبْتَه إلى الإفلاس(١). ويُراد به في الاصطلاح الفقهي: جعلُ الحاكمِ المدينَ مُفلَّسًا(٢)؛ بمنعه من التصرُّفِ في ماله(٣).

والفرق بين الإفلاس والتَّفليس أنَّ الإفلاس يكون بفعلِ المدين نفسِه، فيتحمَّلُ من الديون ما يزيد على أمواله، وأمَّا التفليسُ فهو حكمُ القاضي عليه بأنَّه مُفلِسٌ، فالأوَّلُ سببٌ للثاني.

ولما كان من آثار التفليس الحجرُ على المدين في أمواله، أَدرَجَه الفقهاءُ في باب الحجرِ؛ لأنَّ الحجرَ قد يكون لحظً المحجورِ؛ كالصبي، والمجنون، والسَّفيه، وقد يكون لحظً غيره كالمفلس.

#### علاقة الإفلاس بالتصفية:

تصفية الشركة تَعني بيعَ أصولِها وتحويلها إلى نقودٍ لغرض إنهاء الشركة؛ وهذا ما يعبِّر عنه الفقهاء بـ(التنضيض)(٤).

والعلاقة بين التصفية والإفلاس في الفقه علاقة عموم وخصوص مُطلَق؛ فإفلاسُ الشركةِ بمنظورِ فقهي، ينتهي حتمًا بتصفيتها لتسديد ديونها، وليس كُلُّ تصفيةِ يكون سببُها الإفلاس؛ فقد تكون التصفية اختياريَّة بإرادة الشركاء، وقد تكون إجبارية كما في الإفلاس؛ والعلاقة بينهما في النظام علاقة عموم وخصوص وجهي؛ إذ لا تَلازُمَ بينهما، فالتصفية قد تكون بسبب الإفلاس وقد تكون طواعية كما تقدم، وكذلك الإفلاس قد ينتهي بالتصفية، وقد تبقى الشركة تزاول نشاطها مع الحكم عليها قانونًا بالإفلاس، كما سيأتي بيانه.

## المطلب الثاني: تعريف الإعسار وصِلتُه بالإفلاس.

الإعسار في اللغة: مصدر أعسر يُعسِر إعسارًا؛ أي صار ذا عُسرةٍ، وهو ضد اليسار. والعُسرُ: اسم مصدر بمعنى الضِّيق والشِّدة، ومنه: الفقرُ وقِلَّةُ ذاتِ اليد(٥)؛ قال تعالى: ﴿ وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ وَغَسْرَةٍ الله وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ الله وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ الله وَإِن كَانَ دُو عُسْرَةً الله وَالله وَلّه وَالله وَا

<sup>(</sup>۱) المصباح المنير، ص٤٨١، نهاية المحتاج ٤/ ٣١٠.

<sup>(</sup>٢) قال في نهاية المحتاج ٢/ ٣١٠: (ينبغي ضبطُه بفتح الفاء وتشديد اللام؛ لأنه الموافق لقول عبل: مصدر فلسه، لا بضم الميم وسكون الفاء).

<sup>(</sup>٣) نهاية المحتاج ٤/ ٣١٠، شرح المنتهى ٢/ ١٥٤.

<sup>(</sup>٤) الفروع ٤/ ٣٨٩، قواعد ابن رجب، ص١١٢.

<sup>(</sup>٥) المغرب، ص٣١٥. (٦) سورة البقرة، الآية: ٢٨٠.

وفي الاصطلاح الفقهي: يطلق الإعسار بالمعنى الأعمِّ، ويراد به: عدمُ قدرةِ المكلَّفِ على أداء ما عليه من الحقوق الماليَّةِ، سواءٌ أكانت من حقوق الله كالزكاة والنَّذْر، أم من حقوق العبادِ كالنَّفقة والدين، وسواء أكان عنده مالٌ يَفِي ببعض تلك الحقوقِ أم لم يكن عنده مالٌ أصلًا. والإعسار بهذا المعنى أعمُّ من الإفلاس، فكل مفلس معسر، ولا عكس.

ويطلق الإعسار بالمعنى الأخص ويراد به: ألَّا يكون عند المدين مالٌ يَفِي بالدين الذي عليه؛ وهو بهذا المعنى أخصُّ من الإفلاس(١).

وإيضاحًا لذلك، يقسم الفقهاء المدينين من حيث القدرة على سداد الديون إلى ثلاثة أقسام:

### أولًا: المدين المليء.

وهو مَن عنده مالٌ زائدٌ عن الديون والالتزامات التي عليه؛ فهذا يجب عليه الوفاءُ بما عليه من الديون عند حلول أجَلِها بطلب الدائن؛ لقول النبي صَلَّاللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلُمٌ»(٢).

ويحتُّ للدَّائن مطالبتُه وملازمته وشكايته إلى القضاء، وما غرمه الدائن بسبب مَطلِه فعلى المماطل، ويجب على الحاكم -إذا ثبت لديه ملاءتُه - أن يأمره بالوفاء بطلبِ غريمه، ولا يحجر عليه؛ لعدم الحاجةِ لذلك، وإذا أبى وفاءَ ما عليه بعد أمرِ الحاكمِ له، جاز حبسُه وتعزيرُه؛ لقوله صَلَّاللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَمَ: «لَيُّ الْوَاجِدِ ظُلْمٌ، يُحِلُّ عِرْضَهُ وَعُقُوبَتَهُ» ("). ويكرر حبسه وتعزيره حتى يقضيك، وإذا أصرَّ على عدم القضاءِ مع ما سبق، باع الحاكمُ مالَه وقضى ما عليه من الديون(١٤).

#### ثانيًا: المَدين المُعسِر.

وهو من ليس عنده أيُّ مالٍ يَفِي بشيءٍ من الديون التي عليه؛ فهذا إذا ثبت إعسارُه يجب إنظارُه؛ لقول الله تعالى: ﴿ وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾ (٥). ولا يجوز حبسه ولا الحجرُ عليه (٢).

وتكاد تكون حالة الإعسار -بهذا المفهوم- معدومةٌ في الشركات؛ إذ لا يُتصوَّر وجودُ شركةٍ ليس لها أيُّ أصولٍ نقديَّةِ أو عينيَّة إلَّا في حالات نادرة.

<sup>(</sup>١) ينظر: نهاية المحتاج ٤/ ٣٣١، المغني ٤/ ٢٩١.

<sup>(</sup>٢) متفق عليه من حديث أبي هريرة رَضَاً لِللَّهُ عَنَّهُ.

<sup>(</sup>٣) وأبو داود (٣٦٢٨).

<sup>(</sup>٤) ينظر: فتح القدير ٩/ ٢٧٢، حاشية الدسوقي ٣/ ٢٦٣، مغني المحتاج ٣/ ١٠٩، شرح المنتهي ٢/ ١٥٨.

<sup>(</sup>٥) سورة البقرة، الآية: ٢٨٠.

<sup>(</sup>٦) المغني ٤/ ٢٩١، مغني المحتاج ٣/ ١١٩، كشاف القناع ٣/ ٤٢١.

#### ثالثًا: المدين المفلس.

وهو مَن لديه مالٌ إلَّا أنَّ الدين أحاط بماله؛ أي يزيد على ماله، فاختلف أهلُ العلمِ في حُكمِه؛ فذهب المالكية والشافعية والحنابلة وصاحبا أبي حنيفة -وهو المفتى به عند الحنفية- إلى أنه إذا طلب الغُرَماءُ الحجرَ عليه، وجب على الحاكم تفليسُه بالحجر عليه، وللحاكم أن يبيع ماله ليوفى به الدينَ لغُرَمائه(۱).

واشترط المالكية لوجوب التفليس ألَّا يمكن للغرماء الوصولُ إلى حقِّهم إلَّا به. أمَّا إذا أمكن الوصولُ إلى حقِّهم بغير ذلك كبيع بعضِ ماله، فإنه لا يُصار إلى التَّفليس.

وذهب الإمام أبو حنيفة إلى أنّه لا يُحجَر عليه؛ لأنه كاملُ الأهليَّةِ، وفي الحجر عليه إهدارٌ لأهليَّةِ، ولي الحاكم أن يبيع مالَه بغير إذنِه، إلَّا إذا كان دينُه نقودًا وفي المال نقود، فتُدفع للدَّائنين جبرًا وإن اختلف الجنسُ أو العملة؛ لأنهما كجنس واحد، وفيما عدا ذلك لا يُباع مالُه جبرًا عنه؛ لأنّه تجارةٌ عن غير تراضِ فتكون باطلةً بالنَّص، وإنما يُحبس أبدًا حتى يبيعَه في دينه (٢).

والقول الأول هو الأظهر؛ لما روى كعبُ بنُ مالكِ رَعَوَاللَّهُ عَنهُ: (أن النبي صَالَاللَهُ عَلَيْهِ وَسَلَمْ حَجَرَ على معاذِ مالَه وباعَه في دين كان عليه) (٣). وقياسًا على الحجر على المريض مرضَ الموتِ فيما زاد على الثلث لحقِّ الورثةِ، وهو مُجمَعٌ عليه؛ فلأَنْ يُحجر عليه ويُمنع من التصرف في أمواله لحقِّ الغرماءِ أَوْلى (١).

#### المطلب الثالث: شروط التفليس.

يُشترط للحجر على المفلس عند القائلين به ثلاثةُ شروطٍ:

الشرط الأول: أن يطلب الغرماء أو بعضُهم الحجرَ عليه؛ فلو طالبوا بديونهم ولم يطلبوا الحجرَ، لم يحجر عليه؛ ويرى الشافعية -خلافًا للمالكية والحنابلة - جوازَ الحجرِ على المدين بطكبِه أو طلب وكيلُه ولو لم يطالب الغرماء بذلك. قالوا: لأنَّ له غرضًا ظاهرًا في ذلك، وهو صرفُ ماله إلى ديونه.

الشرط الثاني: أن يكون الدينُ الذي يطالب به المدينُ حالًا، فلا حجرَ بالدين المؤجَّلِ؛ لأنَّه لا يطالَبُ به في الحال، ولو طولِبَ به لم يلزمْه الأداءُ.

<sup>(</sup>۱) فتح القدير ٩/ ٢٧١، حاشية الدسوقي ٣/ ٢٦٤، مغنى المحتاج ٣/ ٩٧، شرح المنتهى ٢/ ١٦٠.

<sup>(</sup>٢) الهداية ٩/ ٢٧٢.

<sup>(</sup>٣) أخرجه الدارقطني في سننه (٢٥٥١).

<sup>(</sup>٤) المغني ٤/ ٢٦٥.

الشرط الثالث: أن تكون الديون على المفلس أكثر من ماله، فلا يُفلس بدينٍ مساوٍ لماله إلا على قولٍ مرجوحٍ عند الشافعيَّةِ في حال ما إذا كانت نفقتُه من ماله ولم يكن كسوبًا.

ويرى المالكية أنه إذا كان مالُ المدينِ يَزيد على دَينه الحالِّ ولكن تلك الزيادة لا تَفِي بالدين المؤجَّلِ فيُفلس، إلَّا إن كان يُرجى من تنميته لتلك الزيادةِ وفاءُ المؤجَّلِ (١٠).

0,00,00,0

<sup>(</sup>١) ينظر: حاشية الدسوقي ٣/ ٢٦٤، مغني المحتاج ٣/ ٩٧، المغني ٤/ ٢٦٥، شرح المنتهي ٢/ ١٦٠.



# المبحث الثَّاين

## تعريف الإفلاس والإعسار في النظام

#### المطلب الأول: تعريف الإفلاس.

يعرف قانون الإفلاس الأمريكي (Bankruptcy Reform Act of 1978) إفلاس الشركات بأنه: عجزُ الشركةِ عن أداء الالتزاماتِ الماليَّةِ التي عليها بسبب اضطرابِ أوضاعِها الماليَّة (١٠)؛ وعلى غرارِ هذا التعريفِ سارت معظمُ القوانين الغربية (٢٠)، وكذلك قوانين الإفلاس العربية؛ ففي قانون التجارة المصري: (يعدُّ في حالة إفلاس كلِّ تاجرٍ ملزم بموجب أحكامِ هذا القانون بإمساك دفاتر تجارية، إذا توقَّف عن دَفْع ديونِه التجاريَّة إثرَ اضطرابات أعمالِه المالية) (٢٠).

ونصَّ قانون التجارة الكويتي على أنَّ (كلَّ تاجرٍ اضطربت أعمالُه الماليَّة، فوقف عن دَفْعِ ديونِه التجارية، يجوز شهرُ إفلاسِه)(٤).

ومثلُ ذلك ما جاء في نظام (التسوية الواقية من الإفلاس) السعودي: (يجوز لكل تاجرِ -فردًا كان أو شركة - اضطربت أوضاعُه المالية على نحوٍ يُخشى معه توقُّفُه عن دفع ديونِه، طلب الصلح للوقاية من الإفلاس)(٥).

والإفلاس بهذا المفهوم أوسعُ من مفهومه في الفقه؛ إذ ليس بالضرورة أن تَزيد ديونُ الشركةِ المفلسةِ على أصولها، فقد يكون لديها من الأصول ما يزيد على ديونها، ولكن عجزها بسبب نقصِ السيولة؛ لعدم كفايةِ الأصول التي يمكن تسييلها لسداد ديونها المستحَقَّة، ويظهر مثلُ هذا العجزِ في الغالب عندما تكون الموجودات المتداولة -وتشمل النقود والأصول القابلة للتسييل خلال أقلَّ من سنة - أقل من المطلوبات المتداولة، ويقصد بها الديون المستحَقَّة خلال أقلَّ من سنة.

وخلافًا لما يئول إليه تفليسُ المدينِ في الفقه مِن مَنْعِه من التصرُّفِ في أمواله وتصفيتها من قبل المحكمة؛ فإنَّ الإفلاس في القوانين الوضعية ليس بالضرورة أن يئول إلى التصفية، أو إقفال

www.uscourts.gov/bankruptcycourts (1)

www.legal-encyclopedia.com (Y)

<sup>(</sup>٣) قانون التجارة المصرى، المادة (٥٥٠/١).

<sup>(</sup>٤) قانون التجارة ٦٨/ لعام ١٩٨٠، المادة (٥٥٥).

<sup>(</sup>٥) نظام التسوية الواقية من الإفلاس السعودي المادة (١).

النشاط؛ فقد تستمر الشركة في نشاطها مع بقاء حُكمِ الإفلاسِ عليها، وأُشير هنا إلى اتجاهين أخذت بهما القوانين الوضعية:

الاتجاه الأول: اتجاه القانون الأنجلوسكسوني، الذي يُعطي الشركة المفلسة حماية أكثر من دائنيها؛ ففي حال عجزِها عن السَّدادِ يكون لها الحقُّ ابتداءً وللدائنين كذلك طلبُ تفليسِ الشركة من المحكمة المختصَّةِ، وبحسَب مقدارِ عجزِ الشركة يكون للشركة الحقُّ عند التفليس في اختيار إمَّا التصفية التِّلقائيَّة وإقفال النشاط، وذلك في حال ما إذا كان عجزُ الشركةِ كبيرًا ولا تتمكن من الاستمرار في مزاولة أعمالها، وفي هذه الحال تُصفَّى الشركةُ وتسدَّد ديونُها بالمحاصَّة بين الدَّائِنِين حسَب ترتيب أولوية الديون، وتُسقط الديون التي لا تَفِي أصولُ الشركةِ بسدادِها باستثناء بعض أنواع الديون التي لا تفي أصولُ الشركةِ بسدادِها باستثناء بعض

والخيار الثاني: أن تختار الشركة الاستمرار في مزاولة نشاطها، وذلك في حال ما إذا كان عجزُها المالي مؤقتًا بسبب ظروفٍ استثنائية طارئة، ويتوقع تمكنُها من عودتها إلى وضعها الطبيعي. وهذا الخيار مشروط بموافقة المحكمة بناءً على تقديرها لعجز الشركة ومَدَى قُدرَتِها على التَّعافي، وألَّا يكون الإفلاسُ تقصيريًّا أو احتياليًّا، وعلى الشركة في هذه الحالِ تقديمُ خطةٍ ماليَّةٍ تَقبَلُ بها المحكمةُ، تشتمل على إعادة هيكلتِها وإعادة جدولة ديونها، والمدَّة الزمنيَّة المتوقَّعة للخروج من الإفلاس، فإذا أَذِنَتْ لها المحكمةُ بذلك، تبقى أموالُ الشركة مِلكًا لها لا للدَّاثِنِين، وتُزاول نشاطَها تحت مراقبة المحكمةِ وسُلطَتِها القضائيَّة، وتظلُّ في حُكمِ التَّفليسِ تحت إشراف المحكمة حتى تسدد جميع ديونها خلال المدة الزمنية المقرَّرةِ، وإلَّا فإنها تُصفَّى وتُسدَّد الديون (۱۰).

ويُعَدُّ قانونُ الإفلاس الأمريكي أشهرَ القوانين التي أخذت بهذا الاتجاه، حيث يحقُّ للمدين المفلس، فردًا كان أم شركة، أن يختار تطبيق أحكام الفصل السابع (7 Chapter) من القانون أو الفصل الثالث عشر (11 Chapter)؛ وفقًا لشروطٍ خاصَّةٍ بكلِّ فصلٍ، وبحسَب حالِ المدين:

ففي الفصل السابع يكون التفليس بالتصفية (liquidation)، وطبقًا لهذا الفصل تمنع الشركة وبيع المفلسة من التصرف في أموالها (الحجر عليها)، ويُعيَّن وصيُّ من قِبل المحكمة لحلَّ الشركة وبيع جميع أصولها، ويسدَّد منها للدَّائنين، فإن بقي شيءٌ من أموال الشركة فيوزع على مُلَّاك الشركة، وإذا لم تَفِ مبالغُ التصفية لسداد جميع الديون فتسقط الديون المتبقية، باستثناء بعض أنواع الديون، فيما عدا الشركات ذات المسؤولية المحدودة؛ وإذا كان المفلس فردًا فيُستثنى من التصفية بعضُ الأموال

الضروريَّةِ؛ من ملابس، وأدواتٍ شخصيَّةٍ، وأدوات الحرفة(١).

وفي الفصل الثالث عشر يكون التفليسُ بإعادة جدولةِ الدفعات (repayment plan)، وهو يتناسب مع الأفراد الذين لهم دخلٌ ثابت، وبمقدورهم تسديدُ الديون بعد إعادة جدولتِها وَفقَ دفعاتِ لا تتجاوزُ خمسَ سنواتٍ، فتُصدر المحكمةُ بعد اقتناعها بإمكانية ذلك حُكمًا بتفليسه، يَحمِيه من مطالبة الدَّائِنِين خلالَ هذه المدَّةِ حتى يُسدِّدَ، أو يعامل وفق الفصل السابع (٢).

وفي الفصل الثالث عشر يكون التفليس بإعادة الهيكلة (reorganization)، وهو بمثابة الملاذ الآمن للشركة المفلسة من خطر التَّصفية، ومع أنَّ هذا الفصلَ يمكن أن يلجأ إليه الأفرادُ والشركات، إلَّا أنَّ الغالب عدمُ تحقُّقِ شروطِ تطبيقِه إلَّا في الشركات التي تواجه عجزًا عارضًا وليس كليًّا؛ إذ يتوقف قَبولُ طلبِ التفليس تحت هذا الفصلِ على قبول المحكمةِ المختصَّةِ لخطَّةِ الإنقاذ التي تقدمها الشركة المفلسة لإعادة هيكلتها، ومدى قُدرَتِها على الخروج من العجز.

وبناءً على ذلك، تمنحها المحكمة حمايةً من الدائنين تمتدُّ في العادة لسنواتٍ حسَبَ الخطَّةِ الزمنية، وتصفَّى الأصولُ الزائدةُ التي لا يؤثر بيعُها على استمرار الشركةِ في نشاطها، ويُسمح للشركة بإعادة تنظيم نفسِها في إطار قوانين الإفلاس الأمريكية؛ وتبقى في أغلب الأحيانِ تحت سيطرةِ المدين وإدارته، ولكن تظلُّ تحت مراقبةِ المحكمة.

وتستطيع الشركةُ الحصولَ على تمويلِ وقروضِ ميسَّرةِ، بشرط إعطاءِ المموِّلِين الجُدُدِ أُولويَّةً في الحصول على أرباح الشركة، كما قد تعطي الحقَّ في فَسْخِ أو إلغاء بعضِ العقودِ التي أُولويَّةً في الحصول على أرباح الشركة، كما قد تعطي الحقّ لي يسمح بها النظامُ في الأحوال أَبرَ مَتْها قبل التَّفليس، وفي التخفُّفِ من بعض الأعباء المالية التي لا يسمح بها النظامُ في الأحوال الاعتياديَّة؛ مثل: تسريح الموظَّفِين، وإلغاءِ بعض الوكالات، ونحو ذلك (٣).

ويعدُّ بنك ليمان براذرز (Lehman Brothers) أكبرَ شركةٍ تلجأ إلى الفصل الحادي عشر بأصولِ تتجاوز ٢٩٠ مليار دولار، وفي قطاع الصناعة تعدُّ شركة جنرال موتورز (General Motors) أكبرَ شركةٍ صناعيَّةٍ تلجأ إلى هذا الفصل بأصولِ تتجاوز ٨٢ مليار ريال(٤).

وفي بريطانيا وأستراليا تتضمَّن قوانينُ الإفلاسِ أحكامًا مماثلةً لتلك التي في أمريكا، ولكنَّها أكثرُ تشدُّدًا مع الشركات، فلا يُسمح باستمرار نفسِ الإدارة في الشركة المتعثِّرةِ، ولكن تُعيِّن

www.uscourts.gov/bankruptcycourts/bankruptcybasics/chapter7 (\)

www.uscourts.gov/bankruptcycourts/bankruptcybasics/chapter13 (Y)

www.uscourts.gov/bankruptcycourts/bankruptcybasics/chapter11 (\*\*)

www.legal-encyclopedia.com (ξ)

المحكمةُ أو الدَّائنون مديرًا آخَرَ؛ ولذا توصَف الشركةُ التي تمرُّ بهذا الظرفِ بأنها (تحت الإدارة)(١).

الاتجاه الثاني: اتجاه القانون اللّاتيني (فرنسا – مصر وغيرها)، الذي ينتهج أسلوب التّسوية بين الدَّائِنين والمدين؛ لحمايته من التفليس، فإذا شعرت الشركةُ المدينةُ بخطر الإفلاس، فلها أن تطلب من المحكمةِ المختصَّةِ دعوةَ الدائنين للتفاوض معهم لإجراء تسويةٍ بشأن الديون، قد تتضمَّن تقسيطَ الديون، أو تأجيل مواعيدِ استحقاقِها، أو الإبراء من جزءٍ منها، أو هذه الأمور مجتمعة، ويُشترط لانعقاد التسويةِ موافقةُ أغلبيَّةِ الدَّائنين، وفي حال مصادقةِ المحكمة على التسوية تكون مُلزِمةً لكلِّ الأطراف، أمَّا إذا لم تتمَّ التسويةُ فيَحِقُّ للدَّائِنين وللشركة نفسِها طلبُ شهرِ إفلاسِها إذا كانت عاجزةً عن سداد ديونها، وتمنع الشركة المفلسة من التصرُّفِ في أموالها، وتغلُّ يدَها عن إدارتها، ويُعيَّنُ لها مُصَفِّ لبَيْعِ أصولها، والتسديد للدائنين منها، ولا يرتفع عنها حكمُ التَّفليسِ حتى السَّدَدَ جميعُ الديون.

ومعظمُ القوانين العربية تأخذ بهذا الاتجاه؛ ففي قانون التجارة المصري تضمَّن الفصلُ الخامس منه إجراءاتِ وأحكامِ الصُّلحِ الواقي من الإفلاس<sup>(۲)</sup>، وعلى غرار ذلك سارت معظمُ القوانينِ والأنظمة العربية؛ ففي المملكة العربية السعودية صدر نظام (التسوية الواقية من الإفلاس)<sup>(۳)</sup>، وفي الكويت تضمَّن الفصل الثاني من الباب الثالث من قانون التجارةِ الأحكامَ المتعلِّقة بالصُّلح القضائي مع المفلس<sup>(3)</sup>، ومثلُ ذلك في البحرين وغيرِها، وجميعُها تتَّفق في معظم بنودِها مع القانون المصري.

#### أنواع المفلسين في القانون:

يقسم القانون المفلسين إلى ثلاثة أنواع:

الأول: الإفلاس الحقيقي؛ ويكون فيمن اشتغل بالتجارة وفق الأصول التجارية المتعارف عليها، ولم يبذر أو يجازف في تجارته، ولم يمارس أيَّ نوعٍ من الاحتيال، ولَحِقَه الإفلاسُ بأمرِ ظاهرٍ؛ من غرق، أو حريق، أو سرقة، أو كساد، أو خسارة ظاهرة، ونحو ذلك.

والثاني: الإفلاس التقصيري؛ وهو ما يكون ناشئًا عن إسراف أو هدر للأموال، أو مجازفة ظاهرة في التجارة، أو تصرف التاجر في أمواله بعد عجزِه بقَصْدِ إقصاءِ هذه الأموالِ عن الدائنين، أو لم يبين عجزه في حينه، بل كتمه عن دائِنيه، واستمرَّ في نشاطه.

www.legal-encyclopedia.com (\)

<sup>(</sup>٢) قانون التجارة المصرى المواد (٦٦٢-٧١١).

 <sup>(</sup>٣) نظام التسوية الواقية من الإفلاس، الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/ ١٦ في ٤/٩/٤ هـ.

<sup>(</sup>٤) قانون التجارة (٦٨/ ١٩٨٠) المواد (٦٨٧ – ٧٠٦).

والثالث: الإفلاس الاحتيالي؛ وهو من استعمل ضربًا من ضروب الاحتيال في تجارته، أو قيدًا أو أقر بديونٍ غيرِ واجبةٍ عليه، وهو يعلم ذلك، أو أخفى دفاتِرَه أو أتلفها أو غيَّرها، أو أخفى بعضَ أمواله، أو حصل على الصُّلح بطريق التدليس(١).

ويشمل التقسيم السابق الأفرادَ والشركات، وتُرتِّبُ عامَّةُ القوانين عقوباتٍ للنوعين الثاني والثالث تحت مسمَّى جرائم الإفلاس.

#### التفليس في القانون:

يعبر عن التفليس في القانون بـ(التفليسـة)، ويراد بها الحكمُ القضائي بشهر إفلاسِ المدينِ، والآثار المترتِّبة عليه(٢).

#### المطلب الثاني: مفهوم الإعسار في القانون.

الإحسار (Default) في القانون: وضعٌ يكون فيه الطَّرَفُ المدينُ غيرَ قادرٍ على تسديد الفائدة، أو تسديد المبلغ الذي اقترضه عندما يَحِينُ موعدُ السَّدادِ.

والإعسار بهذا المفهوم أقلُّ من الإفلاس، ولا يتطلَّب التنفيذ على أموال المدين شهرَ إفلاسِه أو إعسارِه، وإنما يستوفي الدائنون حقوقَهم؛ إمَّا بحُكم قضائي يُلزِمُ المدينَ بالسَّداد، أو بالتنفيذ على الأموال الضامنة للدَّينِ، أو دون الحاجة لاستصدار حُكم قضائي؛ وذلك بتنفيذ الدَّائنِ على أموالِ المدين الضامنة للدين في حال كونِ الضمانِ تأمينًا نقديًّا، أو رهنًا لأوراقِ ماليَّةٍ ونحوِها من الأموال النَّقدية وشِبه النقدية، التي لا يتوقَّف تسييلُها على حُكم قضائي.

وبمقارنة مفهوم الإفلاس في القانون بمفهوم الإعسار في الفقه، نجد أنَّ الإفلاس في القانون يتطابق مع الإعسار في الفقه بمعناه الأعمِّ؛ إذ المرادُ في كليهما عجزُ المدينِ عن أداء الالتزاماتِ الماليَّةِ التي عليه؛ أمَّا الإعسارُ في الفقه بالمعنى الأخصِّ الذي يَعني عدمَ المالِ؛ فهو أضيقُ من الإفلاس قانونًا، الذي لا يلزم منه انعدامُ المالِ بيد المدينِ.

وقد يَرِدُ بين مفهوم الإعسار في الفقه -بمعناه الأخص- والإنظار الجبري (إعادة الهيكلة) الذي تأخذ به القوانين الأنجلوسكسونية -حسب الوصف السابق- نوعُ توافق، من حيث إنَّ الدَّائنين يُجبَرون بقوَّة القانون على إنظار الشركةِ المفلسةِ، إلَّا أنَّ الإعسار في الفقه يختلف في حقيقته و أثَرِه عن هذا النَّوع من التفليس:

أمًّا مِن حيث الحقيقةُ؛ فالمعسِرُ في الفقه: مَن ليس لديه مالٌ يَفِي به شيئًا من ديونه، فهو مُعدِمٌ

<sup>(</sup>١) ينظر: القوانين السابقة.

<sup>(</sup>٢) ينظر: القوانين السابقة.

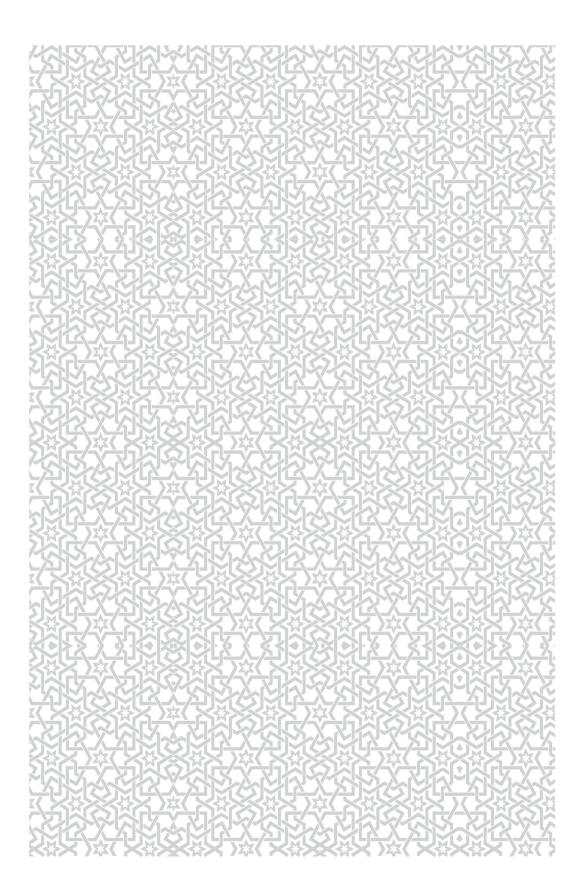
﴿ ١٤ ٥ ﴾ ------- أبحاث في قضايا مالية معاصرة

فيجب إنظارُه، بينما الشركة المفلسةُ التي تطلب إعادةَ الهيكلةِ يكون لديها أصولٌ، وتطلب الحماية من تصفيتها.

وأمَّا من حيث الأثرُ؛ فالمعسِرُ يجب شرعًا إنظارُه بدون زيادةٍ عليه، بينما تعطي القوانينُ الحقَّ للدائنين بإعادة جدولةِ ديوزِهم على الشركة المتعثّرةِ بزيادةٍ.

0,00,00,0

الفصل الثاني الآثار المترتبة على إفلاس الشركات في الفقه والنظام



## المبحث الأول

## الآثار المترتبة على الإفلاس في الفقه

يترتب على تفليس الشركة المدينة الآثار الآتية:

الأول: تعلَّقُ حقِّ الدائنين بأموالها، ومنعها من التصرف فيها، أو الإقرار عليها؛ لتعلق حق الغرماء بالمال كتعلُّق حقِّ الراهن بالمال المرهون، فلا ينفذ تصرُّفُ الشركةِ المفلسةِ في مالها ببيع ولا غيره، ولا يُقبَل إقرارُه عليها؛ وسواءٌ في ذلك المالُ الموجودُ عند الحكم عليها بالتفليس، أو ما يتجدَّدُ لها من مالِ ما دام التفليس قائمًا.

ويصحُّ تصرُّفُ الشركةِ المفلسةِ في ذِمَّتِها بشراءٍ، أو بيعٍ، أو إجارةٍ، ونحوِ ذلك؛ لأنَّ الحَجْر يتعلق بمالها لا بذِمَّتِها، ولأنه لا ضررَ فيه على الغرماء، وتتبع به بعد انتهاء حُكم التَّفليس عنها(١).

الثاني: حلول الدين المؤجّل، وهذا قولُ المالكيَّةِ في المشهور عندهم؛ لأنَّ التفليس يتعلَّقُ به الدين بالمال، فيسقط الأجَل، كالموت، قالوا: ما لم يكن المدين قد اشترط عدمَ حلولها بالتفليس. وذهب الحنفيَّةُ، والشافعية، والحنابلة -في الرواية المعتمدة - إلى أنَّ الديون المؤجَّلةَ لا تَحِلُّ بالتَّفليس؛ لأنَّ الأجَلَ حتُّ للمُفلِس، فلا يسقط بفلسه، كسائر حقوقه؛ ولأنه لا يوجب حلول ما له فلا يوجب حلول ما له فلا يوجب حلول ما عليه، وليس هو كالموت؛ فإنَّ الموت تخرب به الذَّمَّة، بخلاف التفليس.

فعلى هذا القول: لا يشارك أصحابُ الديونِ المؤجَّلةِ أصحابَ الديون الحالَّة، إلَّا إنْ حَلَّ المؤجَّل قبل قسمة المال، فيشاركونهم (٢).

والذي يترجح للباحث: أنَّ الديون المؤجَّلة تَحِلُّ في الحالات الثلاث الآتية:

الأولى: إذا كان المتبقي من أصول الشركة بعد التصفية لا يكفي لقضاء تلك الديون؛ وذلك لئلًّا تَضِيعَ حقوقُ الدائنين.

والثانية: إذا ترتَّب على شهر إفلاس الشركة حلُّها (إنهاؤها)؛ قياسًا على حلول الدَّينِ المؤجَّل بموت المدين.

<sup>(</sup>١) رد المحتار ٦/ ١٥٠، مواهب الجليل ٥/ ٣٥، نهاية المحتاج ٣/ ٣١٨، شرح المنتهي ٢/ ١٦٠.

<sup>(</sup>٢) فتح القدير ٩/ ٢٧١، حاشية الدسوقي ٣/ ٢٦٤، مغني المحتاج ٣/ ٩٧، المغني ٤/ ٢٩١، كشاف القناع ٣/ ٤١١.

والثالثة: إذا كان الدائن قد اشترط حلولَ الدينِ المؤجَّل في حال إفلاس المدين؛ لقول النبي صَلَّالتَهُ عَلَيْ هُرُوطِهِمْ»(١٠).

وفيما عدا الحالات الثلاث السابقة تبقى الديون المؤجَّلةُ على آجالها.

الثالث: بيعُ الحاكمِ أموالَ الشركةِ المفلسةِ؛ لسداد ما عليها من الديون؛ واستحبَّ أهلُ العلمِ حضورَ المفلسِ وغُرَمَاته البيعَ، ويراعى في البيع مصلحةُ المدين؛ بأن تباع كلُّ سلعةٍ في سُوقِها بثمنِ مثلِها، وترتب في أولوية البيع حسَب الأحظِّ له.

واتَّف ق أهلُ العلم على أنه يترك للمفلس الحد الأدنى من أمواله التي لا بدَّ له منها، واختلفوا في تفاصيل ذلك؛ فممَّا ذكروه: قُوتُه الضروري، وثيابُه وثيابُ عيالِه، وآلةُ صنعتِه، وكتبه؛ ونصَّ الحنابلة على أنه يُترَكُ له رأسُ مالِ التجارة إذا لم يكن يُحسِنُ الكسبَ إلَّا به.

واختلفوا في دار السُّكنى؛ فقال مالك والشافعي: تُباع دارُ المفلس ويُكترى له بدلُها؛ وقال أحمد وإسحاق: لا تُباع دارُه التي لا غِنى له عن سُكناها؛ فإن كانت الدارُ نفيسة، بيعت واشتري له بعض ثمنها مسكن يَبِيت فيه، ويُصرَف الباقي إلى الغرماء. ونَصَّ أهلُ العلم على أنه يجب على الحاكم أن يُنفِقَ من مال المفلس عليه -أي على المفلس وعلى مَن تَلزم المفلس نفقتُه بالمعروف، وهو أدنى ما يُنفَق على مثله، إلى أن يقسم مالُه(٢).

وهل يمكن أن يُقاس على ما ذكره أهلُ العلم؛ من استثناء آلة صنعةِ المفلسِ، ورأسِ مال تجارته من التصفية، استثناءُ الأصولِ الضرورية للشركة المفلسةِ التي يؤدي بيعُها إلى حلِّها وإغلاق نشاطها؟

في نظري: المسألةُ محتملة، وسيأتي الإشارة إليها لاحقًا بإذن الله.

الرابع: استحقاق الدائن أَخْذَ عينِ مالِه إن وجدها: فإذا وجد أحدُ الدَّاثِنين عينَ مالِه التي الرابع: استحقاق الدائن أَخْذَ عينِ مالِه إن وجدها: فإذا وجد أحدُ الدَّاثِنين عينَ مالِه التي المَّفْلِسِ بعقدِ بيع أو قرضٍ أو غير ذلك، فهو أحقُّ بها؛ لقول النبي صَالَّتَهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مَنْ أَذْرَكَ مَالَهُ بِعَيْنِهِ عِنْدَ رَجُلٍ -أَوْ إِنْسَانٍ - قَدْ أَفْلَسَ، فَهُ وَ أَحَقُّ بِهِ مِنْ غَيْرِهِ» (٣). وقد ذكر أهل العلم لهذه الأحقيَّة شروطًا ليس هذا موضعَ ذِكرِها (٤).

وتَرِدُ هذه المسألةُ فيما إذا كانت الشركةُ المفلسة قد اشترت عقاراتٍ، أو سياراتٍ، أو غيرَها

<sup>(</sup>۱) الترمذي (۱۲۷۲)، وأبو داود (۳۱۲۰).

<sup>(</sup>٢) رد المحتار ٦/ ١٥٣، مواهب الجليل ٥/ ٣٣، نهاية المحتاج ٣/ ٣١٥، المغني ٤/ ٢٨٧، شرح المنتهى ٢/ ٣١٥.

<sup>(</sup>٣) البخاري (٢٤٠٢)، ومسلم (١٥٥٩).

<sup>(</sup>٤) مواهب الجليل ٥/ ٣٨، نهاية المحتاج ٣/ ٣٢٥، شرح المنتهي ٢/ ١٦٦.

من السلع بالتقسيط، فيكون البائع أحقَّ بها إن كانت بحالها لم تتغيَّر بزيادةٍ أو نقصٍ أو تعديل، وبشرط ألَّا يكون البائعُ قد قبض من ثمنها شيئًا؛ وعلى هذا فلو كانت السلعُ المشتراةُ أَسهُمًا فلا أُحقِّيَةٌ للبائع؛ لأنَّ موجوداتها تتغيَّرُ آنيًّا.

الخامس: انقطاع المطالبة عنها؛ فمَن أقرضَها، أو باعَهَا شيئًا عالمًا بالتفليس، لم يملك المطالبة؛ لتعلُّق حقَّ الغُرَماءِ أثناء التفليس بعينِ مالِها، ولأنه هو المتلِفُ لماله بمعاملةِ مَن لا شيء معه، لكن إن وجد المقرض أو البائع أعيانَ مالهما، فلهما أخذُها إن لم يعلما بالحَجْر (١١).

ولا يترتب على التفليس سقوطُ ديونِ الفلسِ التي لم تَفِ أموالُ المفلسِ بها، بل تبقى في ذِمَّتِه. واختلف أهلُ العلمِ فيما إذا فُرَقَ مالُ المفلسِ وبقيت عليه بقيَّةٌ وله صنعةٌ، فهل يُجبِرُه الحاكم على التكسُّبِ ليقضيَ دينَه؟ قولان لأهل العلم في ذلك؛ فالجمهور على أنه لا يُجبَر، بينما يرى الحنابلة إجبارَ المفلسِ المحترفِ على التكسُّبِ حتى يقضيَ جميعَ ديونِه (٢).

والأظهر -والله أعلم-: أنه لا يُجبر؛ لما روى أبو سعيدِ الخدري رَضَالِلَهُ عَنْهُ، أنَّ رجلًا أصيب في ثمارِ ابتاعها، وكثُرَ دَينُه، فقال النبي صَالَللَهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «تَصَدَّقُوا عَلَيْهِ»، فتصدقوا عليه، فلم يبلغ وفاء دينه، فقال النبي صَالَللَهُ عَلَيْهِ وَسَلَمَ: «خُذُوا مَا وَجَدْتُمْ، وَلَيْسَ لَكُمْ إِلَّا ذَلِكَ» (٣٠).

وبناءً على ذلك؛ فلا يجبر الشركاء في الشركة المفلسة بعد تصفيتها على الاستمرار في النشاط لسداد بقية الديون.

#### انتهاء التفليس:

ينتهي التفليس عند جمهور الفقهاء بأحد أمرَيْن:

الأول: سداد جميع الديون التي في ذِمَّةِ المفلسِ؛ لزوال المعنى الذي شرع لـ الحجر، والحكم يدور مع عِلَّتِه.

والثاني: رفع الحجر عنه بحكم القاضي، ولو مع بقاء بعض الدين؛ لأنَّ حكم القاضي بفكِّه مع بقاء بعض الدين، لا يكون إلَّا بعد البحث عن فراغ مالِه، والنظرُ في الأصلح من بقاء الحجر وفكِّه.

ويرى المالكيَّةُ أنَّ حَجْرَ المفلسِ ينفكُّ بمجرَّدِ قسمةِ الموجود من ماله، بينما يرى الشافعية والحنابلة أنه لا ينفكُّ مع بقاء بعضِ الدين بدون حُكمٍ؛ لأنه ثبت بحكمٍ فلا يزول إلَّا به؛ لاحتياجه إلى نظرِ واجتهاد.

<sup>(</sup>١) كشاف القناع ٣/ ٤٤٢.

<sup>(</sup>٢) المغني ٤/ ٢٨٨.

<sup>(</sup>٣) رواه مسلم (٢٥٥١).

﴿ ٥٢ ه ﴾

وإذا انفكَّ الحجرُ عن المفلس، ثم ثبت أنَّ عنده مالًا غير ما قسم، أو اكتسب بعد فَكِّ الحجرِ مالًا، يُعاد الحجر عليه بطلب الغرماء، وتصرُّفُه حينئذِ قبل الحجر صحيحٌ(١).

010010010

<sup>(</sup>۱) حاشية الدسوقي % (۲٦٥، نهاية المحتاج % (۳۲۰، شرح المنتهى % (۱۷۱.

# المبحث الثَّاين

## الإجراءات والآثار المترتبة على الإفلاس في القانون

تنصُّ عامَّةُ القوانين على الإجراءات المتبَّعةِ للحُكمِ بشَهْرِ الإفلاس والآثار المترتبة على ذلك، وهي تتشابه إلى حَدِّ كبيرٍ فيما بينها باستثناء حالة إعادة الهيكلة التي تأخذ بها بعضُ القوانين كما سبق بيانها.

ويمكن تلخيص إجراءات إفلاس الشركات وآثاره في القانون وفق النقاط الآتية:

### تصرفات الشركة السابقة لشهر الإفلاس:

تقضي عامة القوانين بإبطال بعض تصرفات الشركة المفلسة التي تمت في فترة الريبة: أي من تاريخ توقفها عن الدفع وحتى تاريخ صدور الحكم بشَهْر إفلاسِها، ومنها: التصرفات والتبرعات المجانية باستثناء الهدايا الصغيرة التي يجري بها العُرف، وفاء الديون قبل استحقاقها، وفاء الديون المستحقّة بغير الشيء المتّفَق عليه، وإنشاء تأمين رضائي أو قضائي، أو رهن عقاري على أموال المدين.

#### شهرالإفلاس:

١ - يجوز شهرُ إفلاسِ الشركة إذا تعثَّرت عن دَفْعِ ديونِها بسبب اضطرابِ أوضاعِها الماليَّةِ؛
 ويعد توقُّفُ الشركةِ عن دَفْع الدين دليلًا على الإفلاس، ما لم يثبت خلافُ ذلك.

٢- يجوز طلبُ شهر الإفلاس بناءً على طلب أحدِ الدائنين، أو بناءً على طلب الشركةِ
 المتعثرة نفيها.

٣- لا تنشأ حالة الإفلاس إلَّا بحُكم قضائي بشَـهْرِ الإفلاس؛ ويجوز للمحكمة إجراءُ حجزٍ تحفُّظِيِّ على أموال الشركة المتعثِّرةِ حتى يتمَّ الفصلُ في شهر الإفلاس.

٣- شهر إفلاس الشركة يترتب عليه شهر إفلاس جميع الشركاء المتضامِنِين فيها.

٤ - يجوز للمحكمة أن تؤجِّلَ شهرَ إفلاسِ الشركة، إذا كان من المحتمل دعمُ مركزِها المالي؛ وفي هذه الحالة تأمر المحكمة باتخاذ ما تراه من تدابير للمحافظة على موجودات الشركة.

#### إدارة الشركة المفلسة:

١ - بمجرَّدِ صدورِ حُكمِ شهرِ الإفلاس، تُغَلُّ يدُ الشركةِ المفلسة عن التصرف في أموالها

الخاضعة للتفليس، وعن إدارتها، باستثناء الأموال التي لا يجوز الحجز عليها قانونًا، والحقوق المتعلقة بأشخاص المفلسين.

٢- يُعيِّنُ قاضى التفليس مديرًا (أمينًا) أو أكثر للتفليس؛ لإدارة التفليس، ويكون من مهامِّه:

- حصر أموال الشركة المفلسة، وإدارتها.
  - وضع الأختام على محلاتها التجارية.
- اتخاذ الأعمال التحفُّظيَّة اللَّازمة لصيانة حقوق الشركة.
  - تحصيل ديونها، والمطالبة بحقوقها.
- مباشرة الدعاوى المرفوعة منها أو ضدها، وإبطال جميع الدعاوى الفردية تجاه الشركة.
  - حصر الديون المستحقَّة عليها، والتحقق منها.
  - له بعد موافقة قاضى التفليس بيعُ الأشياء القابلة للتَّلف.
- وله كذلك بإذن القاضي الاستمرارُ في تجارة الشركة حتى انتهاء التفليس، إذا كان ذلك من مصلحة الشركة والدائنين.
- ٣- يدفع أمينُ التفليسِ من أموال الشركة وقبل سداد ديونها الأجورَ والمرتَّباتِ للعاملين في الشركة لمدَّة يحدِّدُها النظام.
  - ٤ يُعيِّن قاضي التفليس مراقبًا أو أكثرَ من بين الدائنين، ممن يرشِّحون أنفسَهم لذلك.
- ٥ للشركة المفلسة -بإذنٍ من قاضي التفليس ممارسةُ تجارةٍ جديدة بغير أموال التفليس.
   وهذا يتفق مع ما ذكره الفقهاء من أن حجر المفلس يتعلَّقُ بعينِ مالَه لا بذِمَّتِه.

#### حلول الديون واقتضاؤها:

- ١ بشهر الإفلاس تحلَّ جميعُ الديون المؤجَّلة، سواءٌ أكانت ديونًا عادية، أم مضمونة برهن أو امتيازِ عامٌ أو خاص، ويوقف سريان فوائد الديون العادية دون الديون المضمونة؛ إلَّا أنَّ فوائد الديون المضمونة لا يجوز تحصيلُها إلَّا من المبالغ الناتجة من بيع الأموال الضامنة لهذه الديون.
- ٢- لا يجوز للدائنين العاديين، أو بامتيازِ عام، التنفيذُ بصفةٍ فردية على أيِّ من أموال الشركة المفلسة، ويجوز للدائنين برهن أو امتيازِ خاصًّ التنفيذُ على الأموال الضامنة لحقوقهم.
- ٣- تكون الأولوية عند سداد الديون للدائنين بديونٍ مضمونة برهنٍ، كلَّ بقَدْرِ ثمنِ بيع الرهن الضامن لدينه، ثم للدائنين ذوي الامتياز ثم للديون العادية.

## العقود المبرَمة قبل شهر الإفلاس:

١ - لا تنفسخ العقودُ الملزمة التي أبرمتها الشركة المفلسة قبل شهر الإفلاس، كما لو كانت مستأجرة لعقار، وعقود التوظيف؛ وللأمين أن يفسخ العقد، ويكون للطَّرَف الآخرِ التعويضُ، أو يمضى فيه شريطة أن يقدم ضمانًا كافيًا يقبله المؤجِّرُ بالأُجرةِ المستقبَلةِ.

٢- يجوز استردادُ السلعةِ الموجودة بعينها إذا كانت في حيازة الشركة المفلسةِ على سبيل الوديعة، أو كانت بموجب عقدِ بيع تمَّ فسخُه قبل شهر الإفلاس، أو إذا أفلس المشتري قبل دَفْعِ الشمنِ والسلعةُ لا تزال عند البائع؛ أمَّا إذا دخلت مخازنَ المشتري، فلا تُستردُ ولو كانت بعينها، والبائعُ أُسوةُ الغُرَماءِ.

#### مسؤولية إدارة الشركة عن ديونها:

إذا تبيَّن بعد إفلاس الشركة أنَّ موجوداتها لا تكفي لوفاء نسبةٍ معيَّنةٍ من الديون (تحدَّد في كثيرٍ من الأنظمة بـ ٢٠٪ من الديون)، جاز للمحكمة أن تقضيَ بإلزام جميع أعضاء مجلس الإدارة، أو المديرين، أو بعضهم، بالتضامن بدَفْعِ ديونِ الشركة كلِّها أو بعضِها، إلَّا إذا أثبتوا أنَّهم بذلوا في تدبير شؤون الشركة العناية الواجبة.

#### انتهاء التفليس:

لا ينتهي التفليس قانونًا إلَّا بصدور حُكمٍ قضائي بذلك؛ ويكون ذلك بأحد الأمور الآتية: ١- زوال مصلحة جميع الدائنين؛ بتسديد كلِّ الديونِ المستحَقَّةِ لهم.

Y - الصُّلح القضائي؛ وذلك بإبرام صُلح قضائي بين الشركة المفلسة والدائنين بإبراء الشركة من بعض الديون، أو تأجيلها، أو هما معًا، أو بتخلِّيها عن أموالها كلِّها أو بعضِها لصالح الدائنين، ولا يقع الصُّلحُ إلَّا بموافقة أغلبية الدائنين الذين قبلت ديونهم، بشرط أن يكونوا حائِزينَ للدائنين، فلا يقع الصُّلحُ إلَّا بموافقة أغلبية الدائنين الذين قبلت ديونهم، بشرط أن يكونوا حائِزينَ للثُلُثيُ هذه الديون، وبتصديق المحكمةِ على الصلح تزولُ جميعُ آثارِ التَّفليسِ عن الشركة، ويكون الصُّلحُ القضائي نافذًا في حقِّ جميع الدائنين بديونِ عاديةٍ، ولو لم يشتركوا في إجراءاته، أو لم يوافقوا عليه.

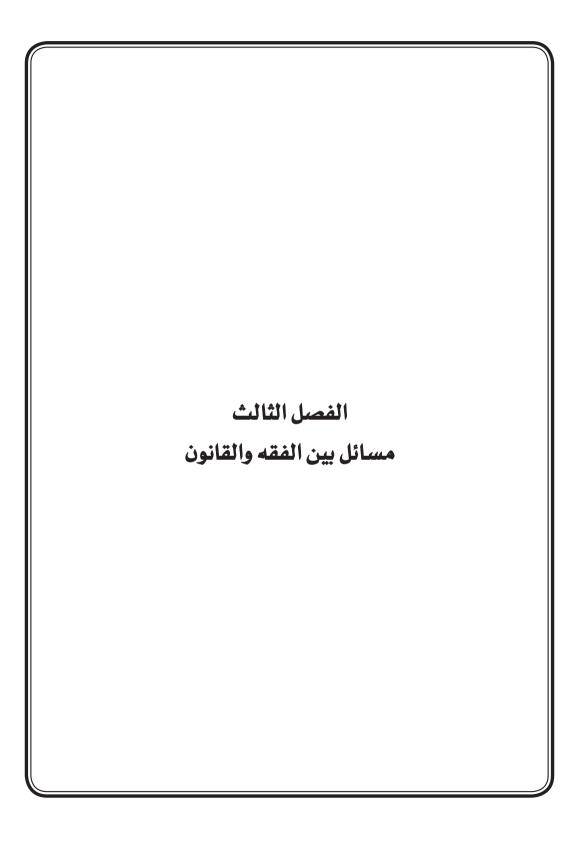
٣- قيام حالة اتحاد الدَّائِنِين، وذلك في حال ما إذا لم يتمَّ الصُّلحُ القضائي مع الشركة، فيدعو القاضي جميع الدائنين للمداولة في شؤون التفليس، والنظر في إبقاء أمين التَّفليس أو تغييره، وتصدر قرارات الاتحاد بالأغلبية، ويقوم مدير الاتحاد الجديد مقام أمين التفليس السابق ويزاول مهامَّه، وللاتحاد أن يُقرِّر الاستمرار في تجارة الشركةِ المفلسةِ، أو الصلح وقبول التحكيم، أو

﴿ ٢٤ ٥ ﴾ ...... أبحاث في قضايا مالية معاصرة

التنفيذ على أموالها ببيعها وتوزيع ثمنِها على الدَّائِنِين محاصَّةً بينهم(١).

010010010

<sup>(</sup>۱) ينظر في آثار الإفلاس في القانون القانون القانون التجارة الكويتي، أموال المفلس والإفلاس في القانون التجاري com، قانون التجارة الكويتي، أموال المفلس والإفلاس في القانون التجاري المصري للباحث ناصر المصري، الإفلاس والصلح الواقي منه د. علي حسن يونس، الإفلاس د. عبد الحميد الشواربي، القانون التجاري المصري د. محسن شفيق.





## مسائل بين الفقه والقانون

المسألة الأولى: تفليس الشركة بالعجز ولولم تستغرق الديون أصولها.

تقدَّم معنا، أنَّ القانون يُجيز شهرَ إفلاسِ الشركةِ بالعجز نتيجةَ اضطرابِ أوضاعِها الماليَّةِ، ويُرتب على ذلك الحجرُ عليها؛ بمنعها من التصرُّفِ في أموالها، بينما التفليسُ في الفقه لا يكون إلَّا في حال إحاطةِ الديون بمال المدين؛ أي عندما تزيد الديونُ على الأصول، ويشترط عامَّةُ الفقهاءِ لجواز الحجرِ على المدين أن تكون ديونُه الحالَّةُ التي عليه أكثرَ من أمواله، وأمَّا إذا كانت مساويةً أو أقلَّ، فيُعَدُّ مَدِينًا مماطلًا لا مفلسًا، فيُجبِرُه الحاكم على الوفاء، فإن أبى عاقبَه، فإنْ أصرَّ باع الحاكمُ ماله؛ قالوا: ولا يُحجر عليه؛ لعدم الحاجةِ إلى ذلك(١).

والأظهر -والله أعلم-: أنَّ الإجراء القانوني ليس فيه محظورٌ شرعي؛ لأمرين:

الأول: أنَّ الشركة التي يُشهر إفلاسُها، إنما تمنع من التصرف في أموالها الخاضعةِ للتفليس فقط، وهي أموالٌ تعلَّق بها حقُّ الغُرَماء، دون بقيَّةِ أموالها.

والثاني: أنَّ ما ذكره الفقهاءُ في ضابط المفلسِ اجتهادٌ منهم رَجَهُمُولَلَهُ للاستدلال على مدى القُدرةِ على الوفاء، وليس ثَمَّة نصُّ شرعي –فيما أعلم – ولذا علَّلوا المنع من الحجر إذا لم تستغرق الديون المال بعدم الحاجة لذلك؛ لقُدرةِ المدينِ على الوفاء؛ إذ كان المدين في السابق بإمكانه أن يبيع بعضَ مالِه خلالَ مدَّةٍ وجيزةٍ ويَفِي بما عليه.

قال في «نهاية المحتاج»: (وإلَّا بأن لم يزد الدينَ على ماله، فلا حجرَ؛ لأنَّ دينه يمكن وفاؤه بكماله، فلا ضرورة إلى طلب الحجر)(٢). ويُفهَم من هذا التعليلِ أنَّ مناطَ الحُكمِ هو القدرة على الوفاء من عدمِها، فمَن كان قادرًا على الوفاء فلم يفعل، جاز الحجرُ عليه، ومن لم يكن قادرًا لم يجز؛ ولذا ذهب بعضُ أهلِ العلم إلى جواز الحجر بالمماطلة مطلقًا وإن لم تستغرق الديون المال؛ لأنه قد حصل المقتضى لذلك، وهو عدمُ المسارعةِ بقضاء الدين (٣).

والحال أنَّ الشركة التي تضطرب أوضاعُها الماليَّةُ على نحوٍ تتوقَّفُ فيه عن دَفْعِ الديون تكون غيرَ قادرةِ على السداد خلالَ فترةٍ وجيزة؛ لأنَّ تسييل الأصولِ الثابتةِ التي قد تصل قيمتُها إلى

<sup>(</sup>۱) فتح القدير ٩/ ٢٧٢، حاشية الدسوقي ٣/ ٢٦٣، مغني المحتاج ٣/ ١٠٩، شرح المنتهى ٢/ ١٥٨.

<sup>(</sup>٢) نهاية المحتاج ٤/ ٣١٤.

<sup>(</sup>٣) سبل السلام ٢/ ٧٩، نيل الأوطار ٥/ ٢٩٢.

ملايين، وأحيانًا مليارات الريالات، يتطلَّب شهورًا، بل سنواتٍ، فيصدق على الشركة أنها غيرُ قادرةٍ على الوفاء حين المطالبة.

## المسألة الثانية: استمرار الشركة المفلسة في مزاولة أعمالها.

تقدَّم معنا، أنَّ بعضَ القوانين -ومنها القانون الأمريكي - تَحمي الشركة المفلسة وفق شروطٍ معيَّنةٍ من التَّصفية إذا اختارت التفليسَ طبقًا لأحكام إعادة الهيكلة (reorganization) تحت الباب الحادي عشر، شريطة أن تتقدَّم بخطَّة إنقاذٍ تَقبَلُ بها المحكمة، فتستمر الشركة في عملها، وتبقى أموالها تحت تصرُّفها بإشرافٍ من محكمة الإفلاس حتى تُسدَّد الديونُ التي عليها، ومثلُ ذلك في القانون الإنجليزي إلَّا أنَّه لا يُسمح باستمرار الإدارةِ السابقةِ، وإنما تُعيِّن المحكمة أو الدائنون إدارة جديدة.

والمعمول به في معظم القوانين العربية، أنَّ الإذن باستمرار الشركة المفلسة في مزاولة أعمالها، يتطلَّبُ موافقة أغلبيَّةِ الدَّائنين؛ إمَّا بالصُّلح القضائي مع الشركة المفلسة، أو بقرارٍ من اتحاد الدَّائِنين وَفقَ ما سبق بيانُه.

ومن حيث الأصل، لا شكَّ أنَّ الاتجاه الثاني هو الأقرب إلى قواعد الشريعة؛ فإنَّ الديون إذا حلَّت، كان للغرماء المطالبةُ بها، وليس لأيِّ جهةٍ أن تُقرِّرَ تأجيلَ استيفائها إلَّا أن يختاروا هم ذلك.

ويجب على الشركة أن تبادر إلى دَفْعِ هذه الديونِ، ولو أدَّى الأمرُ إلى تصفيةِ أصولِها وتوقُّفِها عن النَّسَاطِ؛ لأنَّ «ما لا يتمُّ الواجبُ إلَّا به فهو واجبٌ». وحمايةُ الشركة المفلسة من التَّصفيةِ ليس بأوْلى من حماية حقوقِ الدَّائِنِين، بل قد تكون التصفيةُ أصلحَ للطَّرَفَين جميعًا، فالشركة تعجِّل قضاءَ ديونها قبل أن تتراكم عليها، والدائنون يستوفون حقوقَهم، ثم إنَّ الدائنين أحرصُ من أيِّ طَرَفٍ على ما يحفظ حقوقَهم ويمكِّنُهم من استرداد جميع ديونِهم، ولو كان استمرارُ الشركةِ في أعمالها أصلحَ لهم من التَّصفيةِ لَمَّا عدَلُوا عن الموافقة عليه في مفاوضَتِهم للشركة.

فهذا الذي يجب أن يكون قاعدة عامَّة لمعالجة حالاتِ الإفلاس، وبه تتحقَّقُ مصلحة الأطرافِ جميعًا، ومع ذلك لا يظهر للباحث ما يمنع من وجود تنظيم لحماية الشركاتِ المفلسة من التَّصفيةِ بقوَّة القضاءِ، وذلك في حالاتِ استثنائيَّةِ ضيَّقةٍ تُقدَّرُ بناءً على المصلحة العامَّةِ أو في حالات الجوائح العامة أو غيرها مما يدخل تحت السلطة التقديرية للقضاء.

وأرى أن من تلك الحالات الاستثنائية:

١ – إذا كانت الشركة من الشركات العامة العملاقة، ومرَّت بظروفِ طارئةِ بحيث لا يعدُّ عجزُها كليًّا، ويتوقع تحسُّن وضعِها في المنظور القريب، فقد تقتضى المصلحةُ العامَّةُ حمايةَ هذه

الشركةِ من التصفيةِ؛ لما قد يترتب عليها من تسريح آلافِ العامِلِين، وإفلاس العديد من الشركات المرتبطة بها، وربما الإضرار بالاقتصاد الكلِّي للدولة؛ والمسوِّغ لهذه الحمايةِ القاعدةُ الشرعية: «المصلحة العامة مقدَّمة على المصلحة الخاصة»؛ أي الخاصة بالدائنين.

٢- إذا كان إفلاسُ الشركةِ لجائحةٍ عامَّةٍ، وهي ما يُعبَّر عنها في القانون بـ(القوة القاهرة)
 (Force major)؛ كالكساد العام، والكوارث الطبيعية، وكالأزمة الماليَّةِ الرَّاهنةِ. ومسوِّغُ ذلك أمرُ النبيِّ صَلَّاللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بوضع الجوائح.

٣- إذا كانت الشركة بصَدَدِ الحصولِ على دعمٍ لمركزها المالي؛ إمَّا من صفقاتٍ أبرَ مَتْها، أو زيادةٍ في رأس المال، ونحو ذلك.

وفي جميع الحالات الاستثنائية يجبُّ توافرُ الشروط الآتية:

الأول: أن يكون عجزُ الشركةِ طارتًا، بحيث يتوقع تحسُّن وضعِها وقُدرَتِها على قضاء الديون خلال فترة الحماية؛ ويرجع في تقدير ذلك إلى أهل الخبرة.

والثاني: أن يثبت لـدى القضاء أنَّ إفلاس الشركة ليس تقصيريًّا أو احتياليًّا، وعلى الشركة عبء إثباتِ ذلك.

والثالث: أن تكون الحماية للأصول الضرورية للشركة، وهي التي يترتب على بيعها توقفُ النشاطِ كالمصانع والأصول الثابتة، أمَّا الأصول الاستثماريَّةُ ونحوُها فيجب تصفيتُها بمطالبة أغلبيَّةِ الدَّائنين، إذا لم يمكن الوفاءُ إلَّا منها.

والرابع: أن تكون الحماية مؤقَّتةً بمدَّةٍ معلومةٍ، فإذا لم تتمكَّن من الخروج من الإفلاس خلالَ هذه المدَّةِ، فيُمكَّن الدائنون من تصفية أصولها وفق الإجراءاتِ المتَّبعةِ قضاءً، أو الاستحواذ عليها.

ويتأيَّد القولُ بجواز الحمايةِ القضائيَّةِ للشركة المفلسةِ في الحالات السابقةِ، بما ذكره الفقهاء من أنه يُترَك للمفلس من أمواله ما لا بدله منها، ومن ذلك: آلةُ صنعتِه، ورأسُ مال تجارته؛ ويمكن أن تقاس الشركة المفلسةُ بشخصيَّتِها الاعتباريَّةِ على المفلس الآدمي، فيُستثنى من تصفية أموالها الأصولُ الضروريَّةُ التي لا بُدَّ للشركة منها.

## المسألة الثالثة: المسؤولية المحدودة في الشركات.

تنصُّ عامَّةُ القوانين على أنَّ الشركاء في الشركة ذاتِ المسؤوليَّةِ المحدودةِ، تكون مسؤوليتهم عن ديون الشركة (١٠). عن ديون الشركة بمقدار ما يملكون فيها، فلا يتحمَّلون في ذِمَمِهم الخاصَّةِ شيئًا من ديون الشركة (١٠).

<sup>(</sup>١) ينظر: الوجيز في النظام التجاري السعودي، ص٢٢٧.

ومن الناحية الشرعية، فإنَّ الأصل في عقود الشركاتِ أنَّ الشركاء متضامِنُون تمتدُّ المسؤولية عن ديون الشركة والتزاماتها إلى أموالهم الخاصة؛ قال في «بدائع الصنائع»: (وأمَّا القِسمُ الذي ليس للمضارب أن يعمله إلَّا بالتنصيص عليه في المضاربة المطلقة، فليس له أن يستدين على مال المضاربة؛ لأنَّ ثمن المشترى برأس المالِ في باب المضاربةِ مضمونٌ على ربِّ المال، بدليل أنَّ المضارب لو اشترى برأس المال ثم هلك المشترى قبل التسليم، فإنَّ المضاربَ يرجع إلى ربِّ المال بمثله) (۱).

ومع ذلك، فلا يظهر ما يمنع شرعًا من اشتراط الشركة على مَن يتعامل بها تحديدَ مسؤوليَّاتِ الشركاء فيها بمقدار أموالهم؛ فليس في هذا الشرط مصادمةٌ لنصِّ شرعي، أو مخالفةٌ لقاعدةٍ شرعية؛ والأصل في العقود والشروط هو الصحة، كما هو مقرَّر عند أهل العلم.

وتحديدُ المسؤوليَّة في حقيقته إبراءٌ معلَّق من دينٍ مجهول؛ فإنَّ دائني الشركة يُبرِّئون الشركاء من مقدار الدين الزائد عن أموال الشركة، وهذا المقدار مجهولٌ عند العقد؛ وقد اختلف أهل العلم في حُكم تعليق الإبراء، وفي كون الدينِ المبرأ منه مجهولًا؛ وسببُ اختلافهم هو اختلافهم في حقيقة الإبراء: هل هو تمليكٌ أم إسقاط؟ فمن قال: إنه تمليكٌ، اشترط أن يكون منجزًا والدين المبرأ منه تُفضى إلى الغرَر.

ومن قال: إنه إسقاط، لم يشترط التنجيزَ ولا العِلمَ؛ لأنَّ الرضا لا يستلزم التنجيز، والجهالةُ مغتفَرةٌ في عقود التبرُّ عاتِ(٢).

والأظهر: أنَّ الإبراء إسقاطٌ، وأنه يصحُّ معلَّقًا من دينٍ مجهولٍ؛ لما روى مسلم في «صحيحه» عن أبي اليَسَر صاحبِ رسولِ الله صَّالِللهُ عَنَالَةِ، أنه قال لغريمه: إن وجدتَ قضاءً فاقْض، وإلَّا فأنت في حِلِّ (٣). ولِمَا رَوَتْ أمُّ سَلَمَةَ رَضَالِللهُ عَنَاهُ؛ أنَّ النبي صَاَّللهُ عَلَيْهِ وَسَلَمَ قال لرَجُلَين اختَصَمَا إليه في مواريثَ دَرَست: «اقْتَسِمَا، وَتَوَخَّيَا الْحَقَّ، ثُمَّ اسْتَهِمَا، ثُمَّ تَحَالًا» (٤). فدلَّ الحديثان على جواز الإبراءِ المعلَّقِ، والإبراءِ من الحقوق المجهولة، ومن ذلك إبراءُ الشُّرَكاءِ من الديونِ الفاضلةِ عن أموالهم في الشركات ذاتِ المسؤولية المحدودة.

<sup>(</sup>۱) بدائع الصنائع ۲/ ۹۰.

 <sup>(</sup>۲) ينظر: تبيين الحقائق ١٣/٤، البحر الرائق ٦/١٩٤، مجمع الأنهر ٢/١١١، روضة الطالبين ٤/٣٠٠، المنثور في القواعد ١/١٨، أسنى المطالب ٢/ ٣٦٩، الأشباه والنظائر، للسيوطي، ص٣١٣، المغني ٦/١٤١، الإنصاف ٧١/٣٠، نظرية العقد، ص٣٢٨، إعلام الموقعين ٣/ ٣٠١، ١/٤٤.

<sup>(</sup>۳) مسلم (۳۰۰۶).

<sup>(</sup>٤) أخرجه أبو داود (٣٥٨٣) من حديث أم سلمة رَيَّوَالِيَّهَ عَهَا، والحديث صحَّحه الألباني في إرواء الغليل ٥/ ٢٥٢.

وبهذا القول صدر قرارُ مجمع الفقهِ الإسلامي؛ وأرى أنَّ من المتعيَّن أن تُقيَّد صحةُ الإبراءِ بألَّا يكون الشارط -وهو الشريك هنا- اتخذ من هذا الشرطِ أداةً للتلاعب بأموال الناسِ والمجازفة بها وتضييع حقوقِهم، فإذا ثبت استغلاله لهذا الإبراءِ فإنَّه لا يبرأ؛ معاملةً له بنقيض قصدِه، وقياسًا على ما رجَّحه جمعٌ من المحقِّقين من أهل العلمِ في مسألة (البيع بشرط البراءة من العيوب)؛ بأنَّ الشرط صحيحٌ ولازمٌ للمشتري، ما لم يكن البائع يعلم بالعيب وكتَمَه عند البيع؛ لما في ذلك من الغِشِّ والمخادعة (۱).

## المسألة الرابعة: إعفاء الشريك الضامنِ من الديون الزائدةِ عن أمواله وأموال الشركة.

تنصُّ بعضُ القوانين - لا سيَّما القوانين الأنجلوسكسونية - كقانون الإفلاس الأمريكي، وقانون الإفلاس البريطاني، على أنه إذا تم تفليسُ المَدينِ بالتَّصفيةِ (liquidation)، أو بإعادة الجدولة (repayment plan) فيُعفَى من باقي الديونِ الزائدةِ عن مبلغ التصفية، أو الزائدة عن الدفعات المُجَدُولَة، باستثناء بعضِ أنواع الديون التي يثبت تعدِّيه أو تقصيرُه فيها، ولا يحقُّ للدَّائنين مطالبةُ المفلسِ بالديون المعفاةِ حتى بعد رَفْعِ التفليس عنه (٢)؛ ولذا فإنَّ طلبَ شَهْرِ الإفلاسِ في تلك المحاكم قد يكون من الدائنين لاستيفاء ديونِهم.

ويشمل هذا الإجراءُ الشَّريكَ الضامنَ في الشركات التضامنية، فلا يطالب بالديون الفاصلة عن أمواله الخاصَّةِ وأموال الشركة بعد التَّصفية، أو الدفعات المجدولة.

وأمَّا في الشرع؛ فإنَّ ذِمَّةَ المدينِ تبقى مشغولةً بالدين ولو تَم تفليسُه حتى يوفيَه كاملًا، ويحتُّ للدَّائنِ الذي لم يَستوفِ جميعَ دينِه أن يطالبه به ولو بعد رَفْع حُكمِ الإفلاس عنه؛ فإنَّ هذا الحقَّ له، ولا يملك القاضى أو غيرُه إسقاطَه؛ وهذا ما عليه عامَّةُ الفقهاء (٣).

يدلُّ على ذلك: قول الله تعالى: ﴿ وَإِن كَانَ ذُوعُسْرَةِ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾ (٤). فالمُعسِرُ الذي لا مالَ له، الواجبُ إنظارُه لا إبراؤه.

وقولُ النبيِّ صَالَللَهُ عَلَيْهِ وَسَالَمَ: «نَفْسُ الْمُؤْمِنِ مُعَلَّقَةٌ بِدَيْنِهِ حَتَّى يُقْضَى عَنْهُ»(٥)، فإذا كان الميت الذي خَربَتْ ذِمَّتُه غيرَ مُعفَى من الدين؛ فالمفلِسُ من باب أَوْلى.

<sup>(</sup>١) المنتقى شرح الموطأ ٦/ ٦٨، الاختيارات الفقهية، ص١٨٤، إعلام الموقعين ٣/٣٠٣، الإنصاف ١١/ ٢٥٥.

www.uscourts.gov/bankruptcycourts/\circ www.legal-encyclopedia.com: (Y)

<sup>(</sup>٣) ردالمحتار ٦/ ١٥٩، مواهب الجليل ٥/ ٥، نهاية المحتاج ٣/ ٣٣٤، المغني ٤/ ٢٩٥، شرح المنتهي ٢/ ١٦٨.

<sup>(</sup>٤) سورة البقرة، الآية: ٢٨٠.

<sup>(</sup>٥) الترمذي (١٠٧٨)، وابن ماجه (٢٤١٣).

و لا يُشكِلُ على ذلك ما روى أبو سعيدِ الخدري رَضَيَّاتِنَهُ عَنْهُ؛ أنَّ رجلًا أُصيب في ثمارِ ابتاعَها، وكَثُر دَينُه، فقال النبي صَالَّللَهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «تَصَدَّقُوا عَلَيْهِ»، فتصدقوا عليه، فلم يبلغ وفاء دينه، فقال النبي صَالَّللَهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «خُدُوا مَا وَجَدْتُمْ، وَلَيْسَ لَكُمْ إِلَّا ذَلِكَ »(۱)؛ فالمرادُ منه: ليس لكم إلاَّ ذلك الآن؛ لعدم يسار المشتري حينيْدِ بباقي الثمن (۱).

#### المسألة الخامسة: حلول الديون المؤجَّلةِ.

تذهب عامَّةُ القوانين المعاصرةِ إلى أنَّ الديون المؤجَّلةَ تحلُّ بشَهْرِ الإفلاسِ، وتُصبح واجبةَ الدَّفعِ؛ فإن كانت ديونًا عادية فتسقط فوائدها المؤجَّلةُ، وتُحتَسَب الفائدةُ عليها إلى حين شهرِ الإفلاسِ، وإن كانت ديونًا مضمونة برهن أو امتيازٍ، فيستمر احتسابُ الفوائدِ إلى حين سدادِ تلك الديون، إلَّا أنَّ هذه الفوائد لا تحصل إلَّا من المبالغ الناتجةِ من بَيْعِ الأموالِ الضامنةِ لهذه الديون، فإذا بيعت يستنزل أصل الدين أولًا ثم الفوائد المستحقَّة قبلَ الحكمِ بشَهْرِ الإفلاس، ثم الفوائد المستحَقَّة قبلَ الحكمِ بشَهْرِ الإفلاس، ثم الفوائد المستحَقَّة بعد صدوره.

وغنيٌّ عن القول، أنَّ الفوائدَ المحتسَبةَ على القروضِ محرَّمةٌ شرعًا، لا تجوز مطالبةُ المدينِ بها، سواءٌ أفلَسَ أم لم يُفلِس، وسواءٌ وثق الدين برهنِ أم لم يوثق، وإنما الكلام على ما إذا كان على الشركة المفلسةِ ديون مؤجُّلةٌ؛ من بيع آجِلٍ، أو عقدِ سَلَم، أو استصناع؛ فاختلف أهل العلم في حلول هذه الديونِ بالتفليس، وقد سبق بيانُ الخلافِ في هذه المسألةِ، وما رجَّحَه الباحثُ أنَّ الديون المؤجَّلةَ تَحِلُّ إذا كان المتبقي من أصول الشركةِ بعد التَّصفيةِ لا يكفي لقضاء تلك الديون؛ أو إذا ترتَّب على شَهْرِ إفلاسِ الشركةِ تصفيتُها بالكامل، أو إذا كان الدائنُ قد اشترط حلولَ الدَّينِ المؤجَّلِ في حال إفلاسِ المدينِ؛ وفيما عدا ذلك، تبقى الديونُ المؤجَّلةُ على آجالها.

وعلى القول بحلول الدَّينِ المؤجَّلِ، فإنَّ مقتضى العدلِ أن يستنزل من الدين بقَدْرِ الرَّبِحِ المؤجَّلِ، فإنَّ مقتضى العدلِ أن يستنزل من الدين بقَدْرِ الرَّبِحِ المؤجَّلِ بالوفاة المؤجَّل، سواءٌ أكان دينًا عاديًّا أم مضمونًا؛ وهذا هو رأيُ الحنفيَّةِ في حلول الدَّينِ المؤجَّلِ بالوفاة أو بتعجيل سدادِه، واختار هذا القولَ مِن المتأخِّرين الشيخانِ؛ عبدُ الرحمن السعدي، وابن عثيمين رَحَهُ مُاللَّهُ ").

قال في «الدر المختار»: (إذا قضى المديون الدينَ المؤجَّلَ قبلَ الحلولِ، أو مات فحلَّ بموته فأخذ من تركته، لا يأخذ من المرابحة التي جَرَتْ بينهما إلَّا بقَدْرِ ما مضى من الأيام...) قال

<sup>(</sup>۱) رواه مسلم (۲۵۵۱).

<sup>(</sup>۲) نهاية المحتاج ٤/ ١٥٤.

 <sup>(</sup>٣) المجموعة الكاملة لابن سعدي ٧/ ٢٧٤، الشرح الممتع على زاد المستقنع ٩/ ٣٥٦.

في الشرح: (صورتُه: اشترى شيئًا بعشرةٍ نقدًا، وباعَهُ لآخَرَ بعشرين إلى أَجَلٍ هو عشرةُ أَشهُرٍ، فإذا قضاه بعد تمام خمسةٍ، أو مات بعدها، يأخذ خمسة ويترك خمسة...؛ لأنَّ الأجَلَ وإن لم يكن مالًا، ولا يقابله شيءٌ من الثمن لكن اعتبروه مالًا في المرابحة إذا ذكر الأجَل بمقابلةِ زيادةِ الثَّمنِ، فلو أخذ كل الثمن قبل الحلول، كان أَخْذُه بلا عوضٍ)(١).

#### المسألة السادسة: الاسترداد.

تُجيز قوانين الإفلاس للبائع استردادَ السلعةِ المبيعةِ الموجودة بعَيْنِها، إذا أفلس المشتري قبل دَفْعِ الثمنِ والسلعةُ لا تزال في مخازن البائع أو وكيله، أمَّا إذا دخلت مخازنَ المشتري أو وكيلِه، فلا تُسترَدُّ ولو كانت بعَيْنها، والبائعُ أُسوةُ الغُرماءِ.

والذي يقتضيه الحكمُ الشرعي في هذه المسألةِ، أنَّ البائعَ أحقُّ بها إذا وجدها بعَيْنِها، ولو كانت في حيازة المشتري؛ لقول النبي صَلَّاللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَمَّ: «مَنْ أَدْرَكَ مَالَهُ بِعَيْنِهِ عِنْدَ رَجُلٍ -أَوْ إِنْسَانٍ- قَدْ أَفْلَسَ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ مِنْ غَيْرِهِ»(٢)؛ فظاهرُ قولِه: «مَنْ أَدْرَكَ» أنَّ المال في حيازة المشتري(٣).

وشرطُ الأحقِّيَّةِ في الاسترداد، أن تكون السلعةُ بعَيْنِها لم تتغيَّر بزيادةٍ ولا نقصانٍ ولا تعديل، وألَّا يكون البائعُ قد قد قبض بعض الثمنِ؛ فعلى هذا لو كانت الشركة المفلسةُ قد اشترت السلعة بالتَّقسيط ودفعت بعض الأقساطِ؛ فالبائعُ أسوةُ الغرماءِ على ما ذهب إليه فقهاءُ الحنابلةِ، واحتجوا بما جاء في بعض روايات الحديث السابقِ قوله: (ولم يكن اقتضى من ماله شيئًا، فهو له)(أ). وعند الشافعية: للبائع أن يرجع في قَدْرِ ما بَقِيَ من الثمن؛ وعند المالكيَّة: هو مخيَّر، إن شاء ردَّ ما قَبَضَه ورجع في جميع العين، وإن شاء حاص الغرماء ولم يرجع؛ وأمَّا الحنفيَّةُ فلا يرون أنَّ للبائع أحقيَّة في الاسترداد أصلًا، قبض شيئًا من الثمن أم لم يقبض (٥).

## المسألة السابعة: الأولوية في تسديد الديون.

ترتب الديون في القانون عند تصفيةِ أموالِ الشركة وفق الآتي(٦):

أولًا: مصروفات التَّصفية؛ إذ بدونها لا يمكن السَّيرُ في إجراءات التَّصفية.

<sup>(</sup>١) الدر المختار ٦/ ٧٥٧.

<sup>(</sup>٢) البخاري (٢٤٠٢)، مسلم (١٥٥٩).

 <sup>(</sup>٣) مواهب الجليل ٥/ ٣٨، نهاية المحتاج ٣/ ٣٢٥، شرح المنتهى ٢/ ١٦٦.

<sup>(</sup>٤) أخرجه الإمام أحمد (١٠٧٩٤).

<sup>(</sup>٥) المغنى ٤/ ٢٧٩.

<sup>(</sup>٦) الشركات التجارية -دراسة قانونية مقارنة- د. لطيف كوماتي، قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لعام المركات الأردني رقم (٢٢) لعام

ثانيًا: أجور العاملين في الشركة.

ثالثًا: ديون الامتياز العام؛ وتشمل: الرسوم الحكومية، والضرائب، والجمارك، والمبالغ المستحَقَّة للخزينة العامة للدولة.

رابعًا: الإيجارات المستحَقَّة لمالكِ أيِّ عقارِ مؤجّر للشركة.

خامسًا: الديون المضمونة برهن، أو تأمين، أو امتياز خاصٍّ.

سادسًا: قروض الشركاء المضمونة برهن، أو تأمين، أو امتياز خاص.

سادسًا: الديون العادية؛ وتشمل الديون والقروض غير المضمونة برهن أو امتياز.

سابعًا: القروض العادية من الشركاء.

ويتَّفق ترتيبُ سدادِ الديونِ في القانون بما في الفقه في جملةٍ من النقاط؛ حيث تُرتَّب الديونُ في الفقه على النحو الآتي(١):

أولًا: يبدأ بإعطاء أُجرةِ مَن يصنع ما فيه مصلحةٌ لمال المفلس؛ من مُنَادٍ، وسمسارٍ، وحافظٍ، وحمَّال وكيَّال ووزَّان، ونحوِهم.

ثانيًا: ثم يُقضى دينُ مَن له رهنُ لازمٌ -أي مقبوض- فيختصُّ بثمنه إن كان قدر دينه؛ لأنَّ حقَّه متعلِّقٌ بعين الرهنِ وذِمَّةِ الراهن؛ وما زاد من ثمن الرهنِ رُدَّ على المال، وما نقص شارك فيه مع بقيَّة الغرماءِ مُحاصَّةً.

ثالثًا: ثم يقضى مَن في حيازته مالٌ للمدين بعقدِ إجارةٍ، أو كِراءٍ، أو استصناعٍ، بما يقابل عوضه. وهذا عند المالكية، فقد ذكروا أنَّ الصانع أحقُّ من الغرماء بما في يده إذا أفلس ربُّ الشيءِ المصنوع بعد تمام العملِ حتى يستوفي أُجرَته منه؛ لأنَّه وهو تحت يدِه كالرهن؛ وقالوا كذلك: مَن استأجر دابَّةً ونحوَها -كسفينةٍ - وأفلس، فرَبُّها أحقُّ بالمحمول عليها من أمتعة المكتري، يأخذه في أُجرةِ دابَّتِه وإن لم يكن ربُّها معها، ما لم يقبض المحمول ربُّه -وهو المكتري - قَبْضَ تسلُّمٍ؛ وهذا بخلاف مكتري الحانوت ونحوِه، فلا يختصُّ بما فيه، والفرقُ أنَّ حيازة الظهر لِمَا فيها من الحمل والنقل، أقوى من حيازة الحانوت والدار.

وقالوا أيضًا: المكتري لدابَّةٍ ونحوِها، أحقُّ بها حتى يستوفيَ من منافِعِها ما نقده من الكراء؛ سواءٌ أكانت معيَّنةٍ أو غيرَ معيَّنةٍ، إلَّا أنَّها إن كانت غير معيَّنةٍ لم يكن أحقَّ بها ما لم يقبضها قبل فَلْسِ المؤجر.

<sup>(</sup>١) ينظر: حاشية الدسوقي ٣/ ٢٦٨، كشاف القناع ٣/ ٤٣٦.

رابعًا: ثم يُقضى مَن وُجد عينُ مالِه، فيأخذها بشروطها السابقةِ.. وكذا مَن له عينٌ مؤجَّرةٌ استأجَرَها منه المفلس، فله أخذُها وفسخُ الإجارةِ.

خامسًا: ثم تُقسم أموالُ المفلسِ المتحصَّلةُ بين غُرَمَاته مُحاصَّةً.

ويلحظ اتفاقُ القانون والفقه على تقديم نفقات التصفية، وأجور العاملين، وتقديم الديون الموثّقةِ برهن أو تأمين على غيرها.

#### وأوجُه الاختلافِ بينهما في مسألتين:

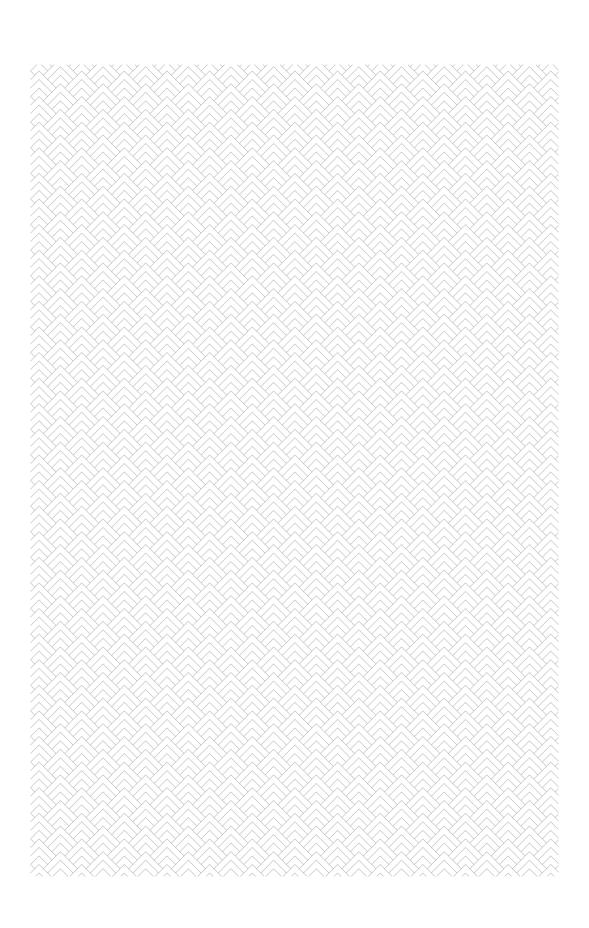
الأولى: إعطاء الأولوية لديون الامتياز العامّ؛ من رسومٍ حكوميّة، وضرائب ونحوها على الديون الخاصّة.

والثانية: إعطاء الأولوية لديون الامتياز الخاصِّ على الديون العادية، والامتيازُ الخاصُّ يكون بأفضليَّةِ اتفاقية بين المدين ودائِنيه، على أن يكون لبعض الدائنين أولوية على البعض الآخرِ عند تَزاحُم الحقوقَ.

والأفضليَّةُ في هاتين المسألتين، لا يظهر فيها بأسُّ إذا كان الدَّائنُ من الدرجة الثانية (المفضل عليه) على عِلم بهذه الأفضليَّةِ عند التعاقد؛ لأنه تنازل عن بعض حقِّه، فهو كما لو أبرأ المدين من نصيبه من الدين عند الإفلاس أو الإعسار، وقد سبق معنا ذكرُ الخلافِ في مسألة الإبراء المعلَّقِ من نصيبٍ من الدين مجهولٍ، وأنَّ الرَّاجحَ جوازُه، فإذا جاز الإبراءُ مطلقًا، فجوازُ الإبراءِ المقيَّدِ في حال التزاحُم من باب أَوْلى.

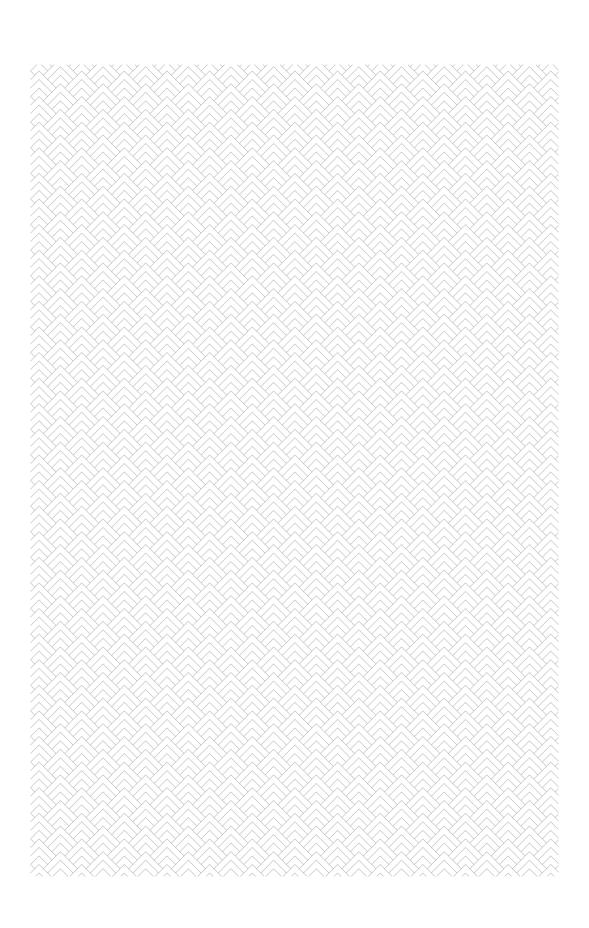
وبعدُ، فهذا ما تيسَّر كتابتُه في هذا البحث؛ والحمد لله أولًا وآخرًا، وظاهرًا وباطنًا. وصلى الله وسلم على نبيِّنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.





## المواءمة بين الضوابط الشرعية ومبادئ الرقابة والتنظيم

بحث مقدَّم إلى (المؤتمر العالمي الثامن لعلماء الشريعة حول المالية الإسلامية) عام ١٤٣٤هـ - ٢٠١٣م





الحمد لله ربِّ العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين. أمَّا بعدُ:

فإنَّ مِن أبرز المجالات التي جاءت الشريعة المحكمةُ ببيان أحكامِها وضوابطها، التعاملات المالية؛ فجاء النظام المالي الإسلامي بديعًا في تكوينه، قويًّا في أحكامه، راسخًا في مبادئه، يحقِّقُ العدالة، ويمنع الظلم، ويستند إلى قواعدَ محكمةٍ يتحقَّقُ بها الخيرُ والصَّلاحُ للمجتمعات الإسلاميَّةِ، بل للبشرية جمعاء إنْ هي أخذت به؛ يقول سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى: ﴿ الْيُوْمَ أَكُمْلُتُ لَكُرُ دِينَكُمُ وَأَتَمَمَتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُرُ الْإِسْلَامَ دِينًا ﴾ (١).

ولقد عاشت المجتمعاتُ الإسلاميَّة ردحًا من الزمن أسيرةَ الأفكارِ والنُّظُم الماليَّةِ المستورَدةِ من الغرب الرأسمالي، فانتشرت المؤسَّساتُ الماليَّةُ التقليديَّة في الأقطار الإسلاميَّة، ووضعت لها الأنظمةُ المستمَدَّةُ مِن النُّظُم الرأسماليَّةِ الغربيَّة، وبقيت عقودًا من الزمن، حتى أصبح الناس حيالها طَرَفَين:

منهم مَن يحمل لواءَها ويُدافع عنها، ويرى أنْ لا سبيلَ للتقدُّم الاقتصادي إلَّا بها.

ومنهم مَن ردَّ فكرةَ البنوك جملةً وتفصيلًا، ويرى أنها محاضنُ للرِّبا لا يمكن إصلاحُها، إلى أنْ قيَّضَ اللهُ لهذه الأُمَّةِ مُصلِحِين من علمائها ومفكِّرِيها وتجَّارِها، تنادوا لإصلاح هذه المؤسَّساتِ، وإعادة بنائها وفقَ أُسُسِنا الشرعيَّةِ، فظهرت المؤسَّساتُ الماليَّةُ الإسلاميَّة التي تُقدِّم الخدماتِ الماليَّةُ المحتلفة؛ من تمويل، واستثمار، ووساطة، وتأمين وغير ذلك، ملتزمةً بتجنُّبِ الرِّبا وغيرِه من التعاملاتِ الماليَّةِ المحرَّمةِ، إلَّا أنَّ التحديَ الأهمَّ الذي تُواجِهُه تلك المؤسَّساتُ، هو كونُها تعملُ تحت مظلَّةِ قوانينَ لا تتناسبُ مع طبيعتِها، مما أوجَدَ الكثيرَ من العقبات أمامَها، ووصل في بعض الحالاتِ إلى التعارض.

وسوف أُورِدُ فيما يلي، عددًا من المواضع التي يظهر فيها شيءٌ من التعارض؛ وذلك بُغيّة تحقيقِ المواءمةِ بين الضوابط الشرعيَّةِ، والمبادئ الرقابيَّة والتنظيميَّة.

سورة المائدة، الآية: ٣.

وينتظم البحثُ في ستَّةِ مباحثَ على النحو الآتي:

المبحث الأول: المواءمة بين الضوابط الشرعية والمبادئ الرقابية في التحاكم.

المبحث الثاني: المواءمة بينهما في قيود الملكية.

المبحث الثالث: المواءمة بينهما في نوع الملكية.

المبحث الرابع: المواءمة بينهما في آثار العقد والشروط فيه.

المبحث الخامس: المواءمة بينهما في أنواع المخاطر.

المبحث السادس: المواءمة بينهما في المعايير المحاسبية.

أسأل الله أن يوفِّقَنا لِما يُرضِيهِ من القول والعمل، ويجنِّبُنا الخطأ والزَّلَل.

010010010

# المبحث الأول

# المواءمة بين الضوابط الشرعية والمبادئ الرقابية في شرط التحاكم

من الإشكالات التي تواجه المؤسّساتِ الماليَّةَ الإسلاميَّة، أن تلزم بأن ينصَّ في عقودها واتفاقياتها مع الأطراف الأخرى -لاسيَّما في عقود التمويل المجمع - بأن يكون التحاكمُ عند وقوع النزاع إلى قوانينَ وضعيَّة.

ومن المعلوم، أنَّ تلك القوانينَ قد تحكم بالربا، أو بما لا يتوافق مع أحكام الشريعة، فتقع المؤسَّسةُ الماليَّةُ الإسلاميَّة في حَرَجٍ، فإمَّا أن تمتنع عن الدخولِ في تلك الاتفاقيَّة، ولا يخفى ما فيه من الضَّرَرِ لا سيَّما في البلدان التي تلزم بهذا الشرط في كلِّ عقود المؤسَّسات الماليَّة الإسلامية، أو أن تقبل بهذا الشرط، ولا يخفى ما فيه من محظورِ شرعيٍّ.

وللمواءمة بين هذين الأمرين، لا بد من تقرير عددٍ من النقاط:

أولًا: من المسلَّم به، وجوبُ التحاكُم إلى ما أَنزلَ الله، وتحريم الرِّضا بحُكم غيره، والأدلة على ذلك كثيرةٌ؛ فمِن ذلك قول الله تعالى: ﴿ أَلَمْ تَرَ إِلَى الَّذِينَ يَرْعُمُونَ أَنَهُمْ ءَامَنُواْ بِمَا أُنزِلَ إِلَيْكَ عَلَى ذلك كثيرةٌ؛ فمِن ذلك قول الله تعالى: ﴿ أَلَمْ تَرَ إِلَى الطَّلَعُوتِ وَقَدْ أُمِرُواْ أَن يَكُفُرُواْ بِهِمَ وَيُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَن يَكُفُرُواْ بِهِمَ وَيُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَن يَكُفُرُواْ بِهِمَ وَيُرِيدُ الشَّيْطِانُ أَن يَكُفُرُواْ بِهِمَ وَيُرِيدُ الشَّيْطِانُ أَن يَكُفُرُواْ بِهِمَ وَيُرِيدُ الشَّيْطِانُ أَن يَكُفُرُواْ بِهِمَ وَيُرِيدُ الشَّيْطِينَ اللهُ عَلَى اللهُ اللهُ عَلَى اللهُ اللهُ عَلَى اللهُ عَلَى اللهُ عَلَى اللهُ عَلَى اللهُ عَلَى اللهُ عَلَى اللهُ اللهُ عَلَى اللهُ اللهُ

ثانيًا: وأكثرُ أهلِ العلمِ على أنه إذا وقع النزاعُ ولم يمكن للمؤسَّسةِ الماليَّةِ استخلاصُ الحقِّ، أو كان رفعُ الدعوى أمام تلك المحاكمِ أو دَفْعُ الدعوى أمام تلك المحاكمِ بغير اختيارها، فيجوز لها حينتذِ الترافعُ؛ للضرورة، ولأنَّ هذا من قَبيل الظَّفَرِ بالحقِّ حالَ المطالبةِ، ومِن قَبيل دَفْع الصائلِ حالَ الدفاع.

وإلى مثل هذا أشار قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم ٥٥ ( ١٧ / ٤) بشأن التوفيق بين التقيُّدِ بالثوابت وبين مقتضيات المواطنةِ للمسلمين خارج الدول الإسلامية، ونصُّه:

سورة النساء، الآيات: ٦٠ – ٦٥.

(ثالثًا: لا مانعَ مِن تحاكُمِ المسلمين في الغرب أمام القضاء الوضعي عندما يتعيَّنُ سبيلًا لاستخلاص حقًّ، أو دَفْع مظلمةٍ).

وجاء في الفقرة (سادسًا) من قرار المجمع رقم ٩١ (٩/ ٨) بشأن مبدأ التحكيم في الفقه الإسلامي ما نصُّه: (إذا لم تكن هناك محاكمُ دوليَّة إسلاميَّة، فيجوز احتكام الدول أو المؤسَّسات الإسلاميَّة إلى محاكمَ دوليَّة غير إسلاميَّة؛ توصُّلًا لما هو جائزٌ شرعًا)، وبه أَفْتَتِ اللَّجنةُ الدَّائمة للإفتاء في المملكة العربية السعودية (١٠).

ثالثًا: فمحلُّ الإشكالِ إذن في حال الاتفاق الاختياري في العقد، على أنه إذا وَقَعَ نزاعٌ فيكون التحاكمُ إلى قوانينَ وضعيَّة.

وفي هذه الحال، أرى أنه يتعيَّن على المؤسَّسةِ الماليَّةِ الإسلامية لتحقيق المواءمة بين التزامها الشرعي والمتطلبات النظامية، اتخاذُ الخطواتِ الآتية على سبيل الترتيب:

١- أن تسعى أولًا في أن تُضَمِّنَ اتفاقياتها نصوصًا، تؤكِّدُ أنَّ المرجعيَّة حال النزاع إلى الشريعة الإسلاميَّة، ومن الممكن أن تكون المرجعية في ذلك للمعايير الشرعية الصادرة من هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسَّسات الماليَّة الإسلاميَّة، أو لقرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي؛ دفعًا للاختلاف في فَهْم الشريعة، وقد وجدنا عددًا من البنوك الغربية توافق على هذا الشرط.

٢ - فإذا تعذّر ذلك، فمن الممكن الاكتفاء بالتّحكيم وإغفال التحاكم في الاتفاقية، فيكون للمؤسّسة الماليَّة الإسلامية عند وقوع النزاع أن تختار المحكِّم الذي يُدرِكُ الضوابطَ الشرعية التي تلتزم بها المؤسّسة، ويعدُّ المركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم أفضلَ جهة تحكيميَّة حتى الآن للمؤسّسات الماليَّة الإسلاميَّة، ومع أنَّ المركز قد مرَّ على تأسيسه ما يَربُو على سبع سنواتٍ، إلَّ أنَّ كثيرًا من المؤسَّساتِ الماليَّة الإسلاميَّة لا تستفيد من خدماته في هذا المجال.

٣- فإذا ألزمت المؤسّسة على بند التحاكم إلى قوانينَ وضعيَّةٍ، فيجب أن تُضَمِّنَ العقدَ أو الاتفاقيَّةَ ما يحميها من أن يُحكم عليها بما لا يتوافق مع التزامِها الشرعي، ولا يكفي تقييدُ ذلك بعبارة (بما لا يتعارض مع الشريعة)؛ لاختلاف الأفهام في ذلك، بل يجب أن تُصاغ الاتّفاقيَّةُ صياغة مُتقنة، مع التفصيل الجيدِ في العقود إلى الحدِّ الذي يغطِّي جميعَ أحكامِ وشروطِ العقدِ، وأن تتضمَّن هذه العقود الإشارة الصريحة إلى التزام أحكام الشريعة الإسلامية، مع الحرص على خلوِّ العقد من أيِّ مخالفاتٍ شرعيَّة، والنصُّ الصريحُ في العقد على إسقاط الفوائد الربوية، وعدم اعتبارها.

<sup>(</sup>١) فتاوى اللجنة الدائمة للإفتاء، الفتوى رقم (١٩٥٠٤).

والجدير بالذكر: أنَّ البنوك الإسلاميَّة في المملكة عَقَدَتْ مُلتقَّى حول هذا الموضوعِ في ١٤٣٠ هـ نظَّمه مصرفُ الرَّاجحي، وكان من توصياتِ ذلك الملتقى:

١ - على البنوك الإسلاميَّةِ أن تَحْرِصَ على ضبطِ عقودِها وصياغتِها صياغة مُتقنةً، مع التفصيلِ الجيِّدِ في العقود إلى الحدِّ الذي يُغطِّي جميعَ أحكامِ وشروط العقد، وأن تتضمَّنَ هذه العقود الإشارة الصريحة إلى التزام أحكام الشريعة الإسلامية، مع الحرص على خلوِّ العقدِ من أيِّ مخالفاتٍ شرعيَّة، وخاصَّة ما يتعلَّقُ بالفوائد الرِّبوية، فيجب النَّصُّ الصَّريحُ في العقد على إسقاطها وعدمِ اعتبارها.

٢- يجب أن تسعى البنوك الإسلاميَّة مع الأطراف المتعاقِدةِ إلى أن يكون لها دور رئيس في فرض القانون، والاختصاص القضائي الذي يتلاءم مع الشريعةِ دون تحفُّظِ، خاصةً حين تكون البنوك الإسلامية هي الأقوى.

٣- في التمويل المجمع يجب أن يكون هناك تنسيق بين البنوك الإسلامية؛ حتى لا ينفرد أحدها برأي، أو يحصل ضعف للبنوك الإسلامية تجاه مسألة اشتراط تحكيم الشريعة.

٤- يجب أن تسعى البنوك الإسلامية إلى فرض التحكيم عند عدم القدرة على فرض القانون الملائم للشريعة، وعليها من أجل ذلك أن تسعى مع جميع المؤسسات ذاتِ الصلة لإيجاد جهة شرعيَّة موحَّدةِ للتحكيم.

٥ في حال عدم إمكانِ النصِّ على وجوب التحاكمِ إلى الشريعة الإسلامية؛ فإنَّه يجب على البنوك الإسلامية حذفُ فقرةِ القانون من الاتفاقيَّةِ الموقَّعةِ مع الطَّرَفِ الأجتبي.

٣- في الحالات التي يتمُّ فيها فرضُ التحاكُم إلى القانون الوضعي والمحاكم غير الشرعية، فإنَّ الهيئة الشرعية لكلِّ بنكِ إسلاميٍّ تجتهد في نصِّ يَحمي البنك الإسلاميَّ، ويُتلافى فيه أكبَر قدرٍ من المخالفات الشرعيَّة، ومما يُقترَح في هذا الشَّانِ، أن تُراعَى مسألة التدرج في التفاوض مع الأطراف الأخرى وفق الآتي:

- أ- النَّص على أنَّ التحاكم هو إلى الشريعة الإسلامية ولو في محاكمَ أجنبيَّةٍ غير إسلاميَّةٍ تحت نظر قاضٍ مسلم، وينص على التحاكم للشريعة حسب تفسير المعايير، فإن لم يوجد نَصُّ فقرارات مجمع الفقهِ الإسلامي، فإن لم يوجد نَصُّ فكتاب كذا؛ ويُقترح صياغةُ مبادئ وضوابطَ شرعيَّةٍ للمنتجات صياغةً قانونيَّة، وتُر فق بالعقود، ويُذكر جزءٌ منها.
- ب- النّص على أنّ التّحاكم هو إلى الشريعة الإسلامية، ولو في محاكم أجنبيّة غير
   إسلاميّة تحت نظر قاضٍ مسلم، دون تحديد مصادر تفسير الشريعة الإسلاميّة.

ج- النص على أنَّ التحاكم هو إلى الشريعة الإسلامية ولو في محاكمَ أجنبيَّةٍ غيــرِ إسلاميَّةٍ، دون تحديد دِين القاضي.

- د- النص على أنَّ لكل طَرَفِ الحَقَّ في اللُّجوء إلى المحكمة التي يرضاها، وأنَّ نصوصَ الاتفاقية حاكمةٌ على الاتفاقية.
- هـ- النص على التحاكم إلى محاكم أجنبيّة، بما لا يخالف أيًّا من أحكام أو شروطِ أوبنودِ الاتفاقيّة.
- و- النص على التحاكم إلى قانونٍ أجنب بما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلاميَّة، أو بما لا يخالف الشريعة الإسلاميَّة.

٧- يجب على البنوك الإسلامية عرضُ نتائج ما قد يقع من نزاعاتٍ يتم التقاضي فيها أمامَ المحاكم الأجنبيَّةِ على الهيئة الشرعية؛ لاستبعاد آثارِ أيِّ خالفةٍ شرعيَّةٍ قد توجد من جرَّاءِ ذلك.

٨- ينبغي على البنوك الإسلامية عقدُ الندواتِ، وإعدادُ الدِّارساتِ بالتعاون مع الجهاتِ ذاتِ الصِّلة بما يخدم الموضوع، وتقديم حلولٍ عمليَّة بشأن المرجعيَّة، وفَصْلُ المنزاعاتِ في التعاملات الدولية.

ومن ذلك: أن توضع لجنةٌ من البنوك الإسلاميَّةِ للدخول مع مكاتبِ محاماةٍ قانونيَّةٍ في البلاد الأجنبيَّة، وطرح طلبات البنوك الإسلامية للوصول إلى أقصى ما يمكن منها.



# المبح<u>ث ا</u>نتياني

# المواءمة بين الضوابط الشرعيَّة والمبادئ الرقابية في قيود الملكية

من المعلوم أنَّ المِلكَ شرطٌ لصِحَّةِ كثيرِ من العقود في الشريعة، إلَّا أنَّه -وفقًا لمتطلَّباتٍ قانونيَّةٍ أو رقابيَّةٍ، أو للحماية من مخاطرَ معيَّنةٍ- قد تُفرض على المؤسَّسة الماليَّةِ الإسلامية قيودٌ على تلك الملكيَّة، مما يجعل البعضَ يعتبرها مِلكيَّة صُوريَّة لا حقيقيَّة.

ومن هنا كان لا بُدَّ من التمييز بين أنواع تلك القيودِ، وما يتعارض منها مع أصل الملك وما لا يتعارض؛ وبيانُ ذلك فيما يلي:

## الفرع الأول: قيودُ لا تمنع من تحقُّقِ أصلِ الملكِ.

من الناحية القانونية، تقسم ملكية الأعيان - ولا سيَّما في العقارات - إلى ملكيَّة تامَّة وملكيَّة نامَّة وملكيَّة أو مجزَّأة؛ فالملكيَّةُ التامَّةُ هي التي يستجمع فيها المالك السلطاتِ الثلاث، وهي: حقُّ الاستعمالِ، وحق الاستغلال، وحق التصرف؛ فإذا تَنازَلَ المالكُ عن بعض هذه الحقوقِ لصالح الغير، فتُجَزَّأ مِلكيَّتُه؛ كأن يتنازل عن حقَّه في استعمال الشيءِ أو استغلاله لطَرَفِ آخَرَ، فيبقى له عندئذِ مِلكيَّةُ الرقبة (۱).

وكذلك من الناحية الشرعيَّةِ قد تكون الملكية تامَّةً؛ بأن يكون للمالك حقُّ الانتفاعِ والاستغلال والتصرف، وقد تكون الملكيَّةُ ناقصةً، ومع ذلك يعدُّ الشخصُ محتفظًا بأصل الملكيَّة، ولا يُنافى ذلك تملُّكَه للأصل؛ ومن ذلك:

١ – أن يتنازل عن منفعةِ الأصلِ للغير، وقد يكون ذلك على سبيل التأقيت؛ إمَّا بعوضٍ كالإجارة، أو بتبرع كالعارية، أو بالإباحة؛ كأنْ يَسبِقَ للانتفاع بمرفق عامٍّ، أو يكون ذلك على سبيل التأبيد، وهو يتخرَّجُ على رأي جمهور الفقهاء -خلافًا للحنفية – القائلين بجواز بيع بعضِ الحقوقِ المرتبطةِ بالأصل على سبيل التأبيد؛ مثل حقِّ المرورِ، وحق التعلِّي، وحقِّ المسيل.

<sup>(</sup>۱) ماهية الملكية العقارية http://sciencesjuridiques.ahlamontada.net/t273-topic.

جاء في «المدونة»: «قلت (١): أرأيتَ إنْ بعتُ شِربَ يوم، أيجوز ذلك أم لا؟ قال (٢): قال مالك: ذلك جائزٌ، قلت: فإن بعتُ حظّي بعتُ أصلَه من الشِّرب، وإنما لي فيه يومٌ من اثني عشر يومًا، أيجوز ذلك في قول مالك؟ قال: نعم، قلت: فإن لم أَبعْ أصلَه ولكن جعلتُ أبيعُ منه السَّقيَ، إذا جاء يومي بعتُ ما صار لي من الماء ممن يَسقِي به، أيجوز ذلك في قول مالك؟ قال: نعم (٣).

وعرَّف الشربيني -من فقهاء الشافعية - البيع بأنه: (مقابلةُ مالِ بمال على وجهِ مخصوصٍ)، شم قال: (وحَدَّه بعضُهم بأنه: عقدُ معاوضةِ ماليَّةِ، يُفيد مِلكَ عينٍ أو منفعةِ على التأبيد، فدخل بيع حق الممرِّ ونحوه)(٤).

وفي «الروض المربع» -من كتب الحنابلة-: (وهو -أي البيع- مبادلةُ مالٍ ولو في الذِّمَّةِ، أو منفعة مباحة -كمَمَرِّ في دار- بمثل أحدِهِما على التأبيد)(٥).

٢- أن يمنع من التصرف في الأصل؛ لتعلُّقِ حقِّ الغير به؛ مثل أن يكون الأصل مرهونًا.

٣- أن يمنع من التصرف في الأصل بالشرط؛ كأن يشتري عقارًا بشرطٍ ألَّا يبيعه ولا يهبه، أو متى باعه فالبائعُ أحقُّ به بالثمن، ونحو ذلك من الشروط التقييديَّةِ التي تُنافي بعض مقتضياتِ العقد، ولا تنافي العقد من أصله؛ وقد اختلف أهلُ العلم في هذا النوع من التقييدات على قولين:

### القول الأول: أنَّ الشرطَ فاسدُ.

وهذا مذهب الحنفيَّة (١)، والمالكيَّة (٧)، والشافعية (٨)، والمذهب عند الحنابلة (٩).

واستدلوا بعدَّةِ أدلَّةٍ، منها:

١ - ما رَوَتْ عائشةُ رَضَالِلَهُ عَنْهَا في قصة بَرِيرةَ ؟ أَنَّ النبي صَالَللَهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال : «مَنِ اشْتَرَطَ شَوْطًا لَيْسَ فِي كِتَابِ اللهِ فَهُو بَاطِلٌ، وَإِنْ كَانَ مِئَةَ شَوْطٍ» (١٠٠). فالنبي صَالَللَهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نَصَّ على بُطلانِ اشتراطِ

<sup>(</sup>١) القائل: سحنون راوي المدونة عن ابن القاسم.

<sup>(</sup>٢) القائل: عبد الرحمن بن القاسم راوي المدونة عن مالك.

<sup>(</sup>T) المدونة T/ ۲۸۹.

<sup>(</sup>٤) مغني المحتاج ٣/٢.

<sup>(</sup>٥) الروض المربع، ص٢٣٣.

<sup>(</sup>٦) بدائع الصنائع ٥/ ١٧٠، فتح القدير ٦/ ٧٧، تبيين الحقائق ٤/ ٥٧، رد المحتار ٧/ ٢٨٢.

<sup>(</sup>٧) شرح الخرشي ٥/ ٨٠، مواهب الجليل ٤/ ٣٧٣، الفواكه الدواني ٢/ ٨٩، بلغة السالك ٢/ ٣٥.

<sup>(</sup>٨) الحاوي الكبير ٦/ ٣٨١، المجموع شرح المهذب ٩/ ٣٦٣، نهاية المحتاج ٣/ ٤٥٠، مغني المحتاج ٢/ ٣٨١.

<sup>(</sup>٩) الشرح الكبير على المقنع ١١/ ٢٣٢، الكافي ٣/ ٦٦، كشاف القناع ٤/ ١٤٢٣، التنقيح المشبع، ص١٧٤.

<sup>(</sup>۱۰) البخاري (۲۱٦۸)، ومسلم (۱۵۰٤).

الولاءِ لغير المعتِق، فيقاس عليه سائر الشروط؛ لأنها في معناه(١).

ويناقش: بـأنَّ النبي صَّالِللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لم يُبطِل هذا الشرطَ؛ لأنَّه ينافي مقتضى العقدِ؛ بل لأنَّه يخالف حُكمَ الشرعِ، بدليل قوله: «لَيْسَ فِي كِتَابِ اللهِ»؛ أي: في حُكمِه.

٢- ما روى عبدُ الله بن عمرو رَيَخَالِتُهُ عَنْهَا؛ أنَّ النبي صَاَّاللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ (نَهَى عَنْ بَيْع وَشَرْطٍ)(٢).

ووجه الدلالة: أنَّ الحديث نَصَّ على بُطلانِ كلِّ بيعٍ وشرطٍ، فيدخل في ذلك الشرطِ المنافي لمقتضى البيع (٣).

نوقش: بأنّه حديثٌ ضعيفٌ لا تقوم به حُجةٌ، وبأنه مخالِفٌ للإجماع؛ فقد قال شيخ الإسلام ابنُ تيميّة مبيّنًا ضَعف الحديثِ: (وقد أجمع الفقهاءُ المعروفون من غير خلافٍ أَعلَمُه أنَّ اشتراطَ صفةٍ في المبيع ونحوه؛ كاشتراطِ العبدِ كاتبًا، أو صانعًا، أو اشتراط طولِ الثَّوبِ، أو قَدْرِ الأرضِ، ونحو ذلك -شرطٌ صحيح)(٤).

٣- أنَّ عقدَ البيعِ يقتضي تصرُّفَ المشتري في مُشترَاه على أيِّ وجهٍ شاء؛ فالتحجيرُ عليه بالله يبيعَ ولا يَهَبَ شرطٌ مُنَافٍ لمقتضى عقدِ البيع، فيكون فاسدًا(٥).

وناقش شيخ الإسلام ابن تيميَّة هذا الاستدلال بقوله: (مَن قال: هذا الشرطُ ينافي مقتضى العقدِ، قيل له: أيُنافي مقتضى العقدِ المطلَقِ، أو مقتضى العقدِ مطلقًا؟ فإن أراد الأوَّلَ؛ فكلُّ شرطٍ كذلك، وإن أراد الثاني؛ لم يسلم له، وإنما المحذورُ أن ينافيَ مقصودَ العقدِ، كاشتراط الطَّلاقِ في النكاح، أو اشتراط الفسخِ في العقد، فأمَّا إذا شَرَطَ ما يُقصَد بالعقد، لم يُنافِ مقصودَه)(١٠).

## والقول الثاني: أنَّ الشرط صحيح.

وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية (٧)، وابن القيم (١)، وذكر ابن تيمية أنَّ هذا قول الإمامِ أحمدَ، وأنَّ أكثرَ نصوصِه تَجري على هذا القولِ(٩).

<sup>(</sup>١) الشرح الكبير على المقنع ١١/ ٢٣٢.

<sup>(</sup>٢) الطبراني في الأوسط (٣٥٨)، والحاكم في معرفة علوم الحديث، ص١٢٨. وقال عنه شيخ الإسلام ابن تيمية: (ذكره جماعة من المصنفين في الفقه، ولا يوجد في شيء من دواوين الحديث، وقد أنكره أحمد وغيره من العلماء، وذكروا أنه لا يُعرف، وأنَّ الأحاديث الصحيحة تُعارِضُه). مجموع الفتاوى ٢٩/ ١٣٢، وقال ابن حجر (بلوغ المرام، ص٦٩): (وهو غريب).

<sup>(</sup>٣) فتح القدير ٦/ ٧٧. (٤) مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩/ ١٣٢.

<sup>(</sup>٥) البهجة في شرح التحفة ٢/ ١٠. (٦) مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩/ ١٣٨.

<sup>(</sup>۷) مجموع فتاوى ابن تيمية ۲۹/ ١٣٦. (٨) إعلام الموقعين ٣/ ٣٠٢.

<sup>(</sup>۹) مجموع فتاوی ابن تیمیة ۲۹/ ۱۳۲.

#### واستدلوا بما يلى:

١ - قوله عَلَيْهِ الصَّدَةُ وَالسَّدَّةُ: «الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهمْ »(١).

ووجه الدلالة: أنَّ الحديثَ عامٌّ، فيدخل فيه هذا الشرطُ.

٢ - قول عَلَيْهِ الضّلاَهُ وَالسّلامُ: «مَنِ ابْتَاعَ نَخْلاً بَعْدَ أَنْ تُؤَبّر، فَغَمَرَتُهَا لِلّذِي بَاعَهَا إِلّا أَنْ يَشْتَرِطَهَا الْمُبْتَاعُ» (٢).

ووجه الدلالة منه: أنَّ هذا الشرطَ خلافُ مقتضى العقدِ المطلَقِ، وقد جوَّزَه الشارع(٣).

٣- ما رُوي عن ابن مسعود رَضَالِلَهُ عَنْهُ الله ابتاع جارية من امرأته زينبَ الثَّقَفِيَّةِ واشترطت عليه: إنْ بِعتَها فهي لي بالثمن الذي تبيعُها به، فسأل عبد الله بن مسعود عن ذلك عمر بن الخطاب، فقال عمر: لا تَقْرَبُها ولأحدِ فيها شرطٌ)(٤٠).

### ودلالته من وجهين:

الأول: أنه قال: (لا تقربها)، ولو كان الشرطُ فاسدًا، لم يمنع مِن قُربانها.

والثاني: أنه علَّلَ ذلك بالشرط، فدلَّ على أنَّ المانعَ من القُربانِ هو الشرط، وأنَّ وَطْأَهَا يتضمَّنُ إبطالَ ذلك الشرطِ؛ لأنَّها قد تحمل، فيمتنع عَوْدُها إليه (٥٠).

والرَّاجِح هو: القول الثاني؛ لقوَّة أدلَّتِه، وسلامتها من المناقشة.

وعلى هذا، فمجرَّدُ كونِ المصرفِ، أو حامل الصك -مثلًا- ممنوعًا من بيع الأصلِ، أو من التصرُّفِ فيه إلَّا بقيودٍ، لا يَعني ذلك أنه لا يملكه، بل هي مِلكيَّةٌ ناقصة، وهذه الملكيَّة يترتب عليها ما للمالك من حقوق وما عليه من التزاماتِ، وهي مِلكيَّةٌ تكفي شرعًا لصحَّةِ التصرُّفِ.

### الفرع الثاني: الأوصاف المعتبرة لأصلِ الملك.

تقدَّم في الفرع السابقِ بعضُ القيودِ التي لا تمنع مِن تحقَّقِ أصلِ الملكِ، وهنا أُبَيِّنُ الأوصافَ التي تعدُّ معيارًا لتحقُّقِ أصلِ الملكِ مِن عدمِه؛ وهي -في نظري- وصفان:

<sup>(</sup>۱) الترمذي (۱۲۷۲)، وأبو داود (۳۱۲۰).

<sup>(</sup>٢) أخرجه البخاري (كتاب المساقاة/ باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو نخل)، ومسلم (كتاب البيوع/ باب من باع نخلًا عليها ثمر برقم ١٥٤٣) من حديث ابن عمر يَعَلِيّكَ عَنْهَا.

<sup>(</sup>٣) إعلام الموقعين ٣/ ٣٠١.

<sup>(</sup>٤) أخرجه مالك في الموطأ (كتاب البيوع/ باب ما يفعل بالوليدة والشرط فيها ٦/ ١٢٨)، والبيهقي (كتاب البيوع/ باب الشرط الذي يفسد العقد ٥/ ٣٣٦).

<sup>(</sup>٥) تهذيب السنن ٥/ ١٤٥، مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩/ ١٣٦.

#### الأول: الضمان.

والمقصود بذلك تحمُّلُ تبعةِ تَلَفِ الأصلِ، أو نُقصانِ قيمتِه، فهذا الوصفُ مُلازِمٌ حتمًا للمِلكيَّةِ لا ينفكُ عنها، وهو الحدُّ الأدنى من الملكيَّة، وبدونه تكون الملكيَّةُ صُوريَّةً لا حقيقيَّة.

## والثاني: الأحقِّيَّة بالثمن عند بيع الأصل.

فالمستحِقُّ للثمن عند بيع الأصلِ هو المالكُ له حقيقةً، بصَرْفِ النَّظَرِ عمَّن يسجَّلُ الأصلُ باسمه، فلو كان الأصلُ مسجَّلًا باسم شخص، إلَّا أنَّ العُرفَ أو الشرط أو القانون يقتضي أنه عند البيع يكون ثمنُه لآخَرَ، فمِلكُ الأصلِ حقيقةً للثاني وليس لمن يحتفظ بالسجلِّ القانوني.

والأصل في هذين الوصفين قولُه عَلَيْهِ الصَّلَامُ وَالسَّلَامُ وَالسَّلَامُ السَّمْ الرَّهْنُ مِنْ صَاحِبِهِ الَّذِي رَهَنَهُ، لَهُ غُنْمُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ» (١). فدلَّ الحديثُ على أنَّ استحقاقَ الغُنمِ وتحمُّلَ الغُرمِ دليلُ الملكيَّةِ، وأنَّ الملكيَّة تَقتضي استحقاقَ الغُنمِ وتحمُّلَ الغُرمِ؛ وكذا قولُه عَلَيْهَ الصَّلَامُ وَالسَّمَانِ» (١). فما لِكُ العين يتحمَّلُ ضمانَها، وفي مقابل ذلك يستحقُّ خراجَها.

010010010

<sup>(</sup>١) الدارقطني (٢٩٢١)، والحاكم (٢٣١٧)، وابن حبان في صحيحه (٩٣٤).

 <sup>(</sup>۲) أخرجه أبو داود (۳۰۰۸)، والترمذي (۱۲۸۰)، والنسائي (۴۹۰)، وابن ماجه (۲۲٤۳) من حديث عائشة رخي المنظر: إرواء الغليل ٥/ ١٥٨.



# لمبحث الثّ الثّ

# المواءمة بين الضوابط الشرعية والمبادئ الرقابية في نوع الملكيَّة

تفرَّق كثيرٌ من القوانين -وخاصَّة الأنجلوسكسونية - بين الملكيَّة النَّفْعِيَّة للأصول والملكيَّة القانونيَّة لها، وفي بعض التعاملات الإسلاميَّة -كالصكوك، وعقد التمويل المجمع - قد ينصَّ في نشرة الإصدارِ على أنَّ مِلكيَّة المموِّل (حامل الصك -مشلّا - أو البنك الممول) للأصول محلِّ التمويلِ، هي مِلكيَّةٌ نفعيَّة (Beneficial ownership) ولا تسجَّلُ الأصولُ باسمِهم، وإنما تبقى باسم المصدرِ، أو تكون مسجَّلة باسم جهةِ حفظٍ أو أمينِ لتلك الوثائقِ، وقد يكون ثَمَّ عقباتُ قانونيَّة ومحاسبيَّة كثيرةٌ لتسجيل الأصولِ باسمهم.

ومن هنا يثور تساؤلُ: هل يَعني ذلك أنَّ حَمَلَةَ الصكوكِ لا يملكون تلك الأصولَ حقيقةً، وأنَّ مِلكِيَّتَهم لها إنما هي ملكيَّةٌ صُوريَّة، وأنَّ ما يثبت لهم على المصدر إنَّما هو دَينٌ في ذِمَّتِه، أم أنَّ هذه الملكيَّة كافيةٌ لتحقُّق ضابطِ الملك شرعًا؟

من الضروري قبل بيانِ الحُكمِ الشرعيِّ، أن نُميِّزَ بين نوعين من الملكيَّةِ النَّفعيَّةِ في القانون: الأول: أن يُراد بها تملُّكُ حقِّ الانتفاع بالأصل دون الرقبة؛ إمَّا على سبيل التأقيتِ أو على سبيل التأقيتِ أو على سبيل التأبيد، وهو ما يُعبَّر عنه في عددٍ من القوانين العربية بـ(حق الانتفاع)(١).

فالقانون بهذا الاعتبارِ ينظر إلى حقّ الانتفاع على أنَّه حقٌّ عَيْني (٢) في الانتفاع بشيءٍ مملوكٍ للغير، بشرط الاحتفاظِ بذلك الشيء لردِّه إلى صاحبه عند انتهاء مُدَّتِه، أو بموت المنتفِع، وهذا الحقُّ غيرُ قابلِ للاستهلاك، وهو يُكتسب بالتعاقد، أو بالتقادم، أو بمقتضى القانون (٣).

والثاني: أن يُراد بها مِلكيَّةُ جميع الحقوق المتعلِّقةِ بالأصل، مع احتفاظِ طَرَفِ آخَرَ بالصَّكِّ (التسجيل القانوني) له، وهذا ما يُعرف في القوانين الأنجلوسكسونية بالملكيَّةِ النَّفعيَّةِ (Beneficial) (ownership).

<sup>(</sup>۱) ينظر على سبيل المثال: ماهية الملكية العقارية: http://sciencesjuridiques.ahlamontada.net/t273-topic. المجلة العقارية http://www.alakaria.net/forum.php?action=view&id=85.

<sup>(</sup>٢) يقصد بالحقوق العينية في القانون: الحقوق الذي لا تستند في وجودها إلى حقوق أخرى.

<sup>(</sup>٣) ماهية الملكية العقارية، الوسيط في شرح القانون المدني ١/٤.

وهنا أورد ما ذكره موقع إنفستوبيديا (Investopedia) المتخصِّص في المصطلحات الماليَّةِ في تعريف الملكيَّةِ النَّفعيَّة:

#### What Does Beneficial Owner Mean?

- 1. A person who enjoys the benefits of ownership even though title is in another name...
- 1. For example, when shares of a mutual fund are held by a custodian bank or when securities are held by a broker in street name, the true owner is the beneficial owner, even though, for safety and convenience, the bank or broker holds title.<sup>(1)</sup>

ومعنى ذلك أنَّ الملكية النفعية تكون عندما يكون لشخص حقُّ الانتفاع الكاملِ بالأصل، بينما الصكُّ أو التَّسجيل الرسمي لذلك الأصلِ باسم شخصٍ أو جهةٍ أخرى؛ كأن يكون الأصلُ أوراقًا ماليَّةً محتفَظًا بها لدى بنكٍ أو وسيطٍ، ومسجَّلةً باسمه، بينما المالك الحقيقي هو مَن له الملكيَّة النَّفعيَّة.

وفي العادة تكون الملكيَّة النَّفعية عندما يكون الأصلُ مسجَّلًا باسم وكيلِ أو أمين (trustee)، فيظهر أمام الآخرين باعتباره المالكَ الإسْمي (nominee)، بينما المالك الحقيقي هو مالكُ الانتفاع (Beneficial owner).

وبه يتبيَّن أنَّ هذا المفهومَ للمِلكيَّةِ النَّفعيَّةِ في القانون، أوسعُ من مفهومِها الفقهيِّ، فهو يَعني مِلكيَّةَ الشخصِ لكلِّ الحقوقِ المتعلِّقةِ بالأصل، وتحمُّلَه لكلِّ تبعاتِ ما يلحق الأصلَ من أضرارٍ، إلَّا أنَّ الأصلَ غيرُ مسجَّل باسمه.

وتفرِّق هذه القوانينُ بين الملكيَّةِ النَّفعيَّة (Beneficial ownership) والملكية القانونية (Legal ownership)، فالأُولى تَعني مِلكيَّة الحقوقِ المتعلِّقةِ بالأصل، والثانية تَعني التسجيلَ الرَّسميَّ للأصل، فلو أنَّ شخصًا اشترى عقارًا عن طريق البنك، فإنَّ البنكَ يحتفظ بالملكيَّةِ القانونية (Legal ownership) للعقار، بينما الملكيَّة النَّفعيَّة (Beneficial ownership) للمشتري، حتى يتم سداد جميع الأقساطِ، فيُصبح العميلُ حينئذِ قد حاز كلا النَّوعَين.

والملكيَّة النَّفعيَّةُ للأصل (Beneficial ownership) في هذه القوانين، تختلف عن مِلكيَّة منفعةِ الأصلِ من خلاف الثانية، والأولى يترتب منفعةِ الأصلِ من خلال عقدِ الإيجار؛ فالأولى على سبيل التأبيدِ بخلاف الثانية، والأولى يترتب عليها مِلكُ العين إلَّا أنَّها مسجَّلةٌ باسم غيره، فلا يملك بيعَها أو التصرف فيها تصرُّفًا ناقلًا للملكية

http://www.investopedia.com/terms/b/beneficialowner.asp#axzz1dVvD1Ork (۱) http://moneyterms.co.uk/beneficial-ownership و en.wikipedia.org/wiki/Beneficial\_owner

إِلَّا بِموافقـة مَـن يحتفظ بشـهادة التسـجيل (Legal ownership)، بينمـا في الثانية يملك المسـتأجرُ المنفعة فقط دون العين (١).

وبناءً على ما سبق: فوصفُ الملكيَّة بأنَّها مِلكيَّةٌ نفعيَّة، لا تَعنى بالضرورة انتفاءَ ملكيَّة الرقبة عن حَمَلَةِ الصكوكِ وفقًا لهذه القوانين؛ ويجب النظرُ في هذه الحال إلى الأوصافِ والشروط التي تفيد الملكيَّةَ من عدمِها من الناحية الشرعية، وقد سبق أنها وصفان:

الأول: الضمان؛ أي تحمُّل تبعة تلفِ الأصل أو نقصانِ قيمته، فهذا الوصف مُلازمٌ حتمًا للمِلكيَّةِ لا ينفكُّ عنها، وهو الحدُّ الأدنى من الملكيَّة، وَبدونه تكون الملكيَّةُ صوريَّةً لا حقيقيَّةً.

والثاني: الأحقّيّة بالثمن عند بيع الأصل؛ فالمستحِقُّ للثّمن عند بيع الأصل هو المالكُ حقيقة له، بصَـرْفِ النَّظَرِ عمَّن يسـجَّلُ الأصلُ باسـمه، فلو كان الأصل مسجَّلًا باسـم غير مَن لـه الملكيَّةُ النَّفعيَّة، إلَّا أنَّ العُرفَ أو الشرط أو القانونَ يقتضي أنه عند البيع يكون ثَمَنُه لمن له الملكيَّةُ النَّفعيَّةُ؛ فمِلكُ العين حقيقةً لمن له الملكيَّةُ النَّفعِيَّةُ، وليس لمن يحتفظ بالسجلِّ العقاري.

وعلم، هذا، فإذا كان حَمَلَةُ الصكوكِ يتحمَّلون المسؤوليَّة في حالِ هـ لاكِ الأصولِ محلِّ التَّصكيكِ، ويستجقُّونَ الثمنَ في حال بيعِها، فمِلكِيَّتُهم لتلك الأصول تعدُّ ملكيَّةٌ حقيقيةً ولو لم تسجَّل الأصولُ باسمهم، أو بَقِيَتْ باسم المصدرِ.

وما عدا هذين الوصفَين من التقييدات، لا يمنع مِن تحقُّقِ الملكِ، فلو كانت نشرةُ الصكوكِ تُقَيِّدُ حملةَ الصكوكِ، أو وكيلَهم، في بيع تلكِ الأصولِ أو تأجيرها، أو غير ذلك من التصرُّ فاتِ، فهذه التقييداتُ لا تنفي أصلَ الملكِ ما دام الوصفان الأوَّلانِ متحقِّقَين؛ لما سبق ترجيحُه من جواز الشروطِ التي قد تُنافي بعضَ مقتضى العقدِ، ولا تُنافِيهِ من أصله أو تنافى المقصودَ منه.

ولـذا، أرى لزامًا أن ينصَّ في وثائقِ الصكوكِ على تحمُّل حملةِ الصكوكِ لضمان تَلَفِ الأصولِ، واستحقاقهم للثمن عند بيعها، سواءٌ بِيعَت على المصدر أو غيره؛ وذلك لتأكيدِ تملُّكِهم للأصول.

ولدَفْع التوهُّم، من الضروري أن يبين في الوثائق معنى الملكيَّةِ النَّفعِيَّةِ (Beneficial ownership)، وأنَّ المراد منها تملُّكُ العينِ والمنفعةِ، وأنَّ احتفاظَ المصدرِ أو الأمين بالسِّجلِّ الرسمى (Legal ownership) لا يَعني تملَّكُه لها.

010010010



# المبحث إلتّ لبع

# المواءمة بين الضوابط الشرعية والمبادئ الرقابية في آثار العقد وشروطه

تُواجِهُ المؤسَّساتُ الماليَّة الإسلاميَّة في بعض الحالاتِ إشكالاتِ تتعلَّقُ بنَظَرِ القانون إلى العقد أو المعاملة، وما يترتب عليهما من آثارِ والتزاماتِ على المؤسَّسة أو على العميل؛ فقد تصوغ المؤسَّسةُ عقدًا مستوفيًا لجوانبه الشرعيَّة، إلَّا أنَّ الجهاتِ الرقابيَّة تُلزِم المؤسَّسةَ -بقوَّتها الرقابيَّة لا بمقتضى العقدِ- بالتزاماتِ وآثارِ على ذلك العقدِ، هي لا تلزم المؤسَّسةَ بأصل العقدِ، والالتزامُ بها في العقد يترتب عليه محظورٌ شرعى.

### وأُضرِبُ لذلك بعضَ الأمثلة:

١ - في الودائع الاستثمارية القائمة على أساس المضاربة، تنصُّ اتفاقيَّةُ فتحِ الحسابِ بين البنك والعميل المودِع على أنَّ الودائع غيرُ مضمونة، إلَّا أنَّ بعضَ البنوكِ المركزيَّة -إن لم يكن معظمُها - تتعامل مع هذه الودائع كما لو كانت مضمونة ولذا تُلزِم البنكَ الإسلاميَّ بالنِّسَب ذاتِها من الوديعة النِّظاميَّةِ التي تطالب بها البنوك التقاليدية على الودائع الآجِلَةِ لديها، ولو وقعت خسارةٌ لتلك الودائع، فإنَّ البنكَ المركزيَّ يُلزِم البنك الإسلامي بضمانها، مع أنَّ العقدَ ينصُّ على خلاف ذلك.

٢ - في التأمين التعاوني، قد تنصُّ الاتفاقيَّةُ بين الشركة وحاملِ الوثيقةِ على أنَّ الشركة تُقرِض صندوقَ التأمينِ قرضًا حسنًا في حال العجزِ، على سبيل التطوع وليس التزامًا بذلك؛ لأنَّ الالتزام به يؤدِّي إلى اجتماعِ القرضِ مع عقدِ المشاركةِ، أو المضاربة، أو الوكالةِ بأجرٍ، والأصلُ تحريم ذلك؛ لقول النبي صَاللَّهُ مُلَكِوْسَالَمَ: «لَا يَحِلُّ سَلَفٌ وَبَيْعٌ»(١).

يقول شيخ الإسلام ابن تيمية رَحِمَهُ اللّهُ مبيّنًا فِقْهَ هذا الحديثِ: (نَهَى صَالَاتَهُ عَلَيْهِ وَسَلَمَ عن أن يُجمَع بين سَلَفٍ وبيع، فإذا جُمع بين سلفٍ وإجارة، فهو جمعٌ بين سَلَفٍ وبيعٍ أو مثله؛ وكلُّ تبرُّع يجمعه إلى البيع والإجارة مثل: الهبة والعارية والعَرِيَّةِ والمحاباة في المساقاة والمزارعة وغير ذلك:

<sup>(</sup>۱) أخرجه أبو داود (۳۰۰٤)، والترمذي (۱۲۳٤)، والنسائي (۲۱۱۱) من حديث عبد الله بن عمرو. وحسنه الألباني في الإرواء ٥/ ١٤٦.

هي مثل القرض؛ فجِماعُ معنى الحديثِ: ألَّا يُجمَع بين معاوضةٍ وتبرُّعٍ؛ لأنَّ ذلك التبرُّعَ إنما كان الأَجْل المعاوضةِ؛ لا تبرعًا مطلقًا، فيصير جزءًا من العوض)(١).

إِلَّا أَنَّ بعضَ الجهاتِ الرقابيَّةِ تعتبر ذلك التزامًا على الشركة، بغَضِّ النظرِ عمَّا تضمَّنه العقدُ، وأنَّ الشركة يجب عليها أن تُقرِضَ الصندوقَ في حال العجزِ بما يُغطِّي جميعَ المطالبات.

٣- في عقود التمويلِ ترى كثيرٌ من الهيئات الشرعيَّة، أنه لا يجوز الالتزامُ بالخصم للعميل عند السداد المبكِّر؛ لِمَا في ذلك من شُبهةِ الرِّبا وشُبهة البيعتيْن في بيعةٍ، وقد ينصُّ في العقد على عدمِ الالتزامِ، أو لا يذكر ذلك البند أصلًا، بينما تسنُّ بعضُ البنوكِ المركزيَّةِ تنظيماتٍ تلزم بها البنوك بما فيها البنوك المبكر عند طلب العميلِ وفقَ معادلةٍ محدَّدةٍ لدى البنك المركزي، وفي حالِ رفضِ البنك، يحقُّ للعميل شِكايَتُه وإلزامُه بقوَّةِ التنظيم لا بقوَّةِ العقدِ.

والمسألة هنا مبنيَّةٌ على النَّظَر في التنظيم الصادر من الجهات الرقابيَّة الذي لا يصعُّ اشتراطُه في العقد، هل يعدُّ الإلزامُ به بمثابة كونِه جزءًا من العقد وبالتالي يكون له حكمُ الشرطِ الفاسيِ المقترِنِ بالعقد، أم أنه إجراءٌ تنظيمي لا يؤثر على العقد صحةً أو فسادًا ما دام العقد مستوفيًا لشروطه الشرعيَّة وخاليًا من المحاذير؟

الأظهر: هو الاحتمال الثاني؛ لأنَّ المعتبَر هو سلامة العقد بين العاقدين، وما تُلزِم به الجهاتُ الرقابيَّةُ البنكَ الإسلاميَّ، للبنك أن يمتنع عمَّا يرى أنَّه لا يلزمه بمقتضى الشَّرعِ والعقد، فإذا أُلزِمَ به في حينه، تُطبَّق قواعدُ الضرورةِ حينيْد.

0,00,00,0

# المبحث الخامسو

# المواءمة بين الضوابط الشرعية والمبادئ الرقابية في التعرض للمخاطر

من النِّقاط التي تكون غالبًا محورَ اختلافِ بين الشرعِيِّين والقانونِيِّين: مدى تعرُّضِ الاستثمار للمخاطر؛ ففي التمويلاتِ البَنُكِيَّةِ تنحو النَّظرةُ الماليَّةُ التَّقليدية إلى إقفال جميع ثغراتِ المخاطرِ، باستثناء المخاطرِ الائتمانيَّةِ المتعلِّقةِ بالمتمول؛ ولذا تُبنى عقودُها على الضمان، فالمقترِضُ يضمن أصلَ القرضِ وفوائدَه، بصَرْفِ النَّظَر عن نتائج استثمارِه لمبلغ القرضِ.

وفي المقابل، فإنَّ الرِّبحَ في الشريعة مرتبطٌ بالتعرُّضِ لَمخاطِرِ مِلكيَّةِ الأصلِ، وهذه المخاطر هي المقصودة في النصوص الشرعيَّةِ التي تربط ما بين الربح والضمان. فتملُّكُ السلعةِ ينشأ عنه ضمانُها، وهذا الضمانُ ينشأ عنه مخاطرةٌ، وبه يُستَحَق الرِّبحُ، فإذا تجرَّدَ الأمرُ عن هذا الضمانِ فلا رِبحَ. ومن ذلك: (نَهْيُهُ عَلَيَوالصَّلَةُ وَالسَّلَةُ عن رِبْح ما لم يُضمَن)(١)، وقوله: «الْخَرَاجُ بِالضَّمَانِ»(٢).

ومن القواعد الشرعية المستنبطة من هذه النصوص، قاعدة: (الخراجُ بالضمانِ). وفي هذا يقول شيخ الإسلام ابن تيمية رَحَمُهُ اللَّهُ: (الخطرُ خَطرَ ان خطرُ التِّجارة، وهو أن يشتري السلعة يقصد أن يبيعَها بربح ويتوكل على الله في ذلك، فهذا لا بد منه للتجَّار، وإن كان قد يخسر أحيانًا، فالتجارة لا تكون إلَّا كذلك..)(٣).

وفضلًا عن مخاطر الملكيَّةِ، فقد يتضمَّنُ التَّمويلُ الإسلاميُّ مخاطرَ أخرى؛ كمخاطر العائد في حال التمويل بالمضاربة أو المشاركة، ومخاطرِ الصَّرفِ في حالِ تضمَّنَ العقدُ مبادلةَ عُملاتٍ، ونحو ذلك.

والتعرضُ للمخاطر لا يَعني عدمَ اتخاذِ الوسائل التي تُقلِّلُ منه، ولا يخرج التمويلُ بذلك عن أن يكون تمويلًا مشروعًا، وما يتوهَّمُه البعضُ من أنَّ تقليل المخاطرِ يعدُّ مُعارِضًا لمقصود الشارعِ، غيرُ صحيح.

<sup>(</sup>۱) أبو داود (۲۰۵۴)، والترمذي (۱۲۳٤)، والنسائي (۲۲۸۹)، وابن ماجه (۲۱۸۸).

<sup>(</sup>٢) أخرجه أبو داود (٣٥٠٨)، والترمذي (١٢٨٥)، والنسائي (٤٤٩٠)، وابن ماجه (٢٢٤٣) من حديث عائشة وكالله ١٥٨٠)، وابن ماجه (٢٢٤٣) من حديث عائشة

<sup>(</sup>٣) تفسير آيات أشكلت ٢/ ٧٠٠.

ولتحقيق المواءمةِ في هذا المجالِ، لا بُدَّ من التمييز بين (الضمان والتحوط) بمفهومَيْهِما التقليدِيَّين، و(الحماية) بمفهومها الشرعي؛ فالأوَّلانِ ممنوعانِ لأنهما يتعارضانِ مع أصل التعرُّضِ لمخاطر الملكيَّةِ التي جعلها الشارعُ شرطًا لاستحقاق الرِّبحِ، بخلاف الثالث؛ فهو لا يتعارض معها، بل هو نوعُ حيطةٍ وحَزْم.

### وفيما يلي بيانُ الفروقِ بين هذه المصطلحاتِ الثلاثة:

فالتحوُّطُ (hedging) يعني: تبادُلَ مخاطرِ الاستثمارِ بين طرَفَين، ويتم ذلك من خلال جملةٍ من العقود المسمَّاةِ بعقود التحوُّطِ، وهي تعتمد في الأساس على المشتقَّات (derivatives)؛ كالخيارات (Swaps)، والمستقبليات (Futures)، والمبادلات (Swaps).

وهـذه المعاملاتُ مَبناها على المقامرة، على فروقاتِ الأسـعار، ولا يُقصَـد منها نقلُ مِلكيَّةِ الأصلِ محلِّ الاشتقاق؛ إذ إنَّ ما يربو على ٩٠٪ من هذه العقودِ تتمُّ تسويتُها قبل حلولِ أَجَلِ التَّسليم.

وأمَّا الضمان فيُقصَد به هنا: الالتزام بسلامة رأسِ المالِ، أو سلامته مع حَدِّ معيَّنِ من الرِّبح، وذلك بتعويض المضمونِ له (رب المال) عن أيِّ نقصٍ في قيمة الاستثمارِ؛ سواءٌ أكان بسبب خسارةٍ، أم تلفٍ، أم غير ذلك.

والأصلُ الشرعي في عقد الاستثمار؛ سواءٌ أكان عقدَ مضاربةٍ، أم مشاركة، أم وكالة، أنَّ خسارةَ النَّقصِ في رأس المالِ يتحمَّلُها ربُّ المالِ وحدَه، وأمَّا العاملُ فخسارتُه تقع في عمله بدون أجرٍ؛ فربُّ المالِ يُقدِّم المالَ، وفي حال الخسارة يخسر المال، والعامل يقدِّم العمل، وفي حال الخسارة يخسر قيمةَ هذا العمل.

ولا خلافَ بين الفقهاءِ أنَّ يدَ العامل على رأس المالِ يدُ أمانةٍ، سواءٌ أكان مُضارِبًا أم وكيلًا بأجرٍ، فلا يضمن خسارة المالِ، أو نُقصانَه، أو هلاكه إلَّا في حال تَعَدِّيهِ أو تفريطه؛ ذلك أنَّ العاملَ نائبٌ عن ربِّ المالِ في اليد والتصرف، وذلك يستوجبُ أن يكون هلاكُ المالِ أو خسارتُه في يده، كهلاكه أو خسارته في يد صاحبِه؛ لأنَّه قبضه بإذنه، ولأنَّ الأصلَ براءةُ ذِمَّةِ العاملِ من الضمان، ومَن كان كذلك فلا يسوغ تضمينُه إلَّا بأمرِ من الشارع(١).

وأمَّا الحمايةُ فيُراد بها هنا: وقاية المال من النَّقص، والغالبُ في تعبير الفقهاء، استخدامُ لفظ (السلامة) أو (الوقاية) بدلًا من لفظ الحماية، ومنه قولهم في المضاربة: لا رِبحَ إلَّا بعد سلامةِ رأسِ المالِ. وقالـوا: الرِّبحُ وقايةٌ لرأسِ المالِ، ومعنى ذلك: أنَّ الرِّبحَ لا يتحقَّقُ في المضاربة، ولا يُحكم بظهوره حتى يُستوفى رأسُ المالِ؛ لأنَّه الأصلُ الذي يُبنى عليه الرِّبحُ (۱).

<sup>(</sup>١) البحر الرائق ٦/ ٣١٣، البهجة شرح التحفة ٢/ ٢١٧، ميارة على العاصمية ٢/ ١٣١، المغني ٧/ ٧٦.

<sup>(</sup>۲) انظر: المبسوط ۲۲/ ۱۰۲، رد المحتار ۸/ ٤٤٧، شرح الخرشي ٦/ ۲۱٦، القوانين الفقهية، ص ٢١١، روضة الطالبين ٥/ ١٣٣، نهاية المحتاج ٥/ ٢٣٦، المغني ٧/ ١٦٥، شرح المنتهى ٢/ ٣٣٣، المحلى ٨/ ٢٤٨.

وحمايةُ المالِ بهذا المعنى مطلوبةٌ شرعًا، سواءٌ من قِبل ربِّ المالِ أو العامل؛ وهي تدخل ضمن مقصدِ (حفظِ المال)، وهو أحدُ المقاصدِ الضروريَّة التي جاءت الشريعةُ برعايتها وحِفْظِها؛ وله ذا جاء الأمرُ من الشارع في العقود التي تكون عُرضةً لنوع من المخاطر باتخاذ الأسبابِ التي يُتجنَّب فيها تلك المخاطرُ؛ ففي البيع الآجِلِ -مثلًا- حيث يكون الاستثمارُ عُرضةً للمخاطر الائتمانيَّةِ، أَمَرَ اللهُ تعالى بكتابته، وتوثيقه، والإشهاد عليه، وأخذ الرهون؛ فقال سُبْكانهُ وَتَعَالى: ﴿ وَأَشَهِدُواْ إِذَا لَا اللهُ عَلَى سَفَرِ وَلَرْ يَجَدُواْ كَابِتًا فَرِهَانُ مَقَبُوهُ ﴾ (١)، وقال: ﴿ وَأَشَهِدُواْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنِ إِلَى آجَلِ مُسَمَّى فَاصَتْبُوهُ ﴾ (١)، وقال: ﴿ وَأَشَهِدُواْ إِذَا تَدَايَعَتُم عَلَى سَفَرِ وَلَرْ يَجَدُواْ كَابِتًا فَرِهَانٌ مَقَبُومَةً ﴾ (١)،

ومما جاء في هذا البابِ، ما رَوَى ابنُ عباس رَضَالِلَهُ عَنْهُا، أنَّ العباس كان إذا دفع مالًا مضاربةً، اشترط على صاحبه ألَّا يسلك به بحرًا، ولا ينزل به واديًا، ولا يشتري به ذات كبد رطبةٍ؛ فإن فعل ذلك ضمن، فبلغ شرطُه النبيَّ صَلَّاللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّم، فأجازه (٤).

فما شَرَطَه العباسُ وَ وَلَا نَصَّ الفقهاءُ عن المخاطر الاقتصادية؛ ولذا نَصَّ الفقهاءُ على تحريم طلب ربِّ المالِ من العامل رهنًا أو كفيلًا، يضمن له الخسارة؛ لأنَّ هذا نوعُ ضمانٍ، وأجازوا ذلك إذا كان لضمان ما يَضِيعُ من ماله، أو يتلف بسبب تعدِّي العاملِ أو تقصيرِه؛ لأنَّ هذا نوعُ حمايةٍ (٥٠).

#### علاقة الحماية بالتحوط:

تختلف الحماية بمفهومها الشرعيِّ عن التحوُّطِ بمفهومه التقليدي، وذلك من أوجه:

الأول: أنَّ الحماية تكون من خلال إبرام عقود على سِلَعٍ حقيقيَّةٍ، بينما التحوُّطُ يكون بتبادُلِ المخاطرِ دون وجودِ بيوع حقيقيَّةٍ.

والثاني: الغرضُ من الحماية الحفاظُ على سلامة الاستثمارِ، بينما التحوطُ لغرض المقامرةِ على تقلُّباتِ الأسعارِ في المستقبل؛ ولذا فإنَّ مُعظَمَ هذه العقودِ تتمُّ تسويتُها قبل موعدِ التَّسليم.

والثالث: لا تصعُّ الحمايةُ بعقودٍ يكون فيها العوضانِ مؤجَّلَينِ؛ لما في ذلك من الغَرَرِ الفاحش، بينما هذا هو الأكثر في عقود التحوُّطِ.

والرابع: لا تصحُّ الحمايةُ بالبيوع المعلَّقةِ على المستقبل، بينما عقودُ التحوُّطِ قد تكون كذلك.

<sup>(</sup>١)، (٢) سورة البقرة، الآية: ٢٨٢.

<sup>(</sup>٣) سورة البقرة، الآية: ٢٨٣.

<sup>(</sup>٤) الطبراني في الأوسط، ص١٧٥، والدارقطني ٣/ ٨٧، والبيهقي ٦/ ١١١.

<sup>(</sup>٥) الكفاية ٦/ ٣١٣، مواهب الجليل ٥/ ٣٦٠، الفروع ٤/ ٢٤٠.

#### علاقة الحماية بالضمان:

تختلف حماية رأس المالِ عن ضمانه من وجهين:

الأول: أنَّ الحماية بـذلُ عنايةٍ، وأمَّا الضمانُ فهو التزامُّ بغايةٍ، فالحمايةُ يُقصَد منها بذلُ الأسبابِ لوقايةِ رأسِ المالِ من النُّقصان، ثم قد تتحقَّقُ تلك الغايةُ وهي سلامةُ رأسِ المالِ، وقد لا تتحقَّق، وأمَّا الضمانُ فالمقصودُ منه الالتزامُ بالنتيجة، وهي تحمُّلُ أيِّ نقصٍ يكون في رأس المال؛ سواءٌ أكان النَّقصُ بسبب قصورِ في الأخذ بالأسباب، أم لم يكن لقصورِ فيها.

والثاني: أنَّ الأصلَ في ضمان العاملِ رأسَ المالِ، المنعُ؛ لأنَّ المالَ مضمونٌ على مالِكِه، وهـو ربُّ المالِ، ولا يضمن العاملُ إلَّا في حال تعدِّيهِ أو تفريطِه، وأمَّا حمايةُ المالِ فالأصلُ فيها الوجوبُ؛ إذ يجب على العامل أن يحميَ رأسَ المالِ من التَّلَفِ والخسارةِ؛ لأنه مؤتَمَنٌ عليه.

وبناءً على ما سبق: فيمكن للمؤسَّسة المالية الإسلامية، بدلًا من الأخذ بأدوات الضمان أو التحوط، أن تأخذ بأدوات الحماية، مما يحقِّقُ قدرًا كبيرًا من المواءمة بين الضوابط الشرعيَّة والتنظيمات الرقابيَّة، مع الأخذِ بالضَّوابط الآتية:

١ - أن تكون الحماية لأغراض المحافظة على سلامة المال، وليس لأجلِ المقامرةِ على فروقات الأسعار (speculation).

٢- أن تكون الحماية من خلال إبرام عقود على سِلَع حقيقيَّة، بحيث يتحمَّلُ العاقِدُ مخاطرَ مِلكيَّةِ السلعة، وينتقل إليه ضمانها ولو لفترةٍ قصيرةٍ، فلا يصحُّ أن يتمَّ الاتفاقُ على تسويةِ الالتزامات الدَّائنةِ والمدينة بين الطرَفَين من دون عقودٍ حقيقيَّةٍ.

٣- لا تجوز أدوات الحماية التي تكون مبنيّة على عقود مستقبليّة، ويجوز إذا كانت بوعد من طَرَف واحد.

 ٤ - لا تجوز أدواتُ الحماية التي يكون الغرضُ منها تضمينَ مديرِ الاستثمار إن لم يتعدَّ أو يُقَصِّر؛ لأنَّ ذلك يُفرِّغ عقدَ الاستثمارِ من مضمونه، ويحوِّلُه إلى عقدِ قرضٍ.

٥- ألَّا تكون الحماية بعقد محرَّم؛ وأصول المعاملات المحرَّمة ترجع -في الغالب- إلى أحدِ أمرَيْن: إمَّا الربا، وإمَّا الغرر. والأوَّلُ محرَّمٌ؛ لما فيه من الظلم، والثاني محرم؛ لما فيه من الجهل، وكلاهما من أكْلِ المالِ بالباطل.

٦- في الحماية المشتركة بين أطرافٍ يجب أن تكون الحماية بالتساوي على جميع المشتركين في الصندوق، أو المحفظة الاستثمارية، كلَّ بحسب رأسِ مالِه، فلا يصحُّ أن يتحمَّل بعضُ المستثمرين من المخاطر أكثرَ من البعض الآخرِ، أو أن يُعفَى بعضُهم مِن تحمُّل المخاطر؛ لأنهم شركاء فيما بينهم.

المواءمة بين الضوابط الشرعية ومبادئ الرقابة والتنظيم \_\_\_\_\_\_

ومن القواعد المتَّفَق عليها بين أهل العلم في باب الشركات: (أنَّ الوضيعةَ على قَدْرِ المال)(١).

0,00,00,0

<sup>(</sup>١) بدائع الصنائع ٦/ ٧٧، حاشية الدسوقي ٣/ ٣٥٤، تحفة المحتاج ٥/ ٢٩١، المغني ٥/ ٢٢.



# المبحث البًا دسي ل

## المواءمة بين الضوابط الشرعية والمبادئ الرقابية في المعايير المحاسبية

تُفصِح المؤسَّساتُ الماليَّة الإسلاميَّة -كغيرها من الشركات- عن نشاطها الماليِّ من خلال القوائم الماليَّة التي تعتمد على معاييرَ محاسبيَّة محدَّدةٍ تُظهِر أصولَ المنشأة والمطلوبات التي عليها في لحظةٍ ما في قائمة المركز المالي، كما تظهر الإيرادات والمصروفات والتدفقات النقدية والتغيرات في حقوق الملكية خلال فترةٍ محدَّدةٍ.

ولكون هذه المعايير المحاسبيَّة قد وضعت أساسًا لقياس التعاملات التقليدية، فتُواجه المؤسَّسات الماليَّةُ الإسلاميَّةُ إشكالاتِ متعدِّدةً من الجهات الرقابية في طريقة الإفصاح عن تعاملاتها الإسلاميَّة؛ لكونها تختلف في الحقيقة والآثار عن المعاملاتِ التقليديَّة، فكان لزامًا أن ينعكس هذا الاختلافُ في قوائمها الماليَّة، وهذا ما لا تقبل به بعضُ الجهاتِ الرقابية، وتعاملها كما لو كانت المعاملة تقليديَّةً.

وأضربُ لذلك بعضَ الأمثلة:

ا – ودائع المضاربة لـدى المصارف الإسلامية، تصنفها بعضُ الجهات الرقابية محاسبيًا ضمنَ المطلوبات في المركز المالي؛ كالودائع الآجلة في البنوك التقليدية، وهما مختلفان حقيقة وأثرًا؛ فالودائع الآجِلةُ التقليديَّة مضمونةٌ على البنك، فمن الطبيعي أن تُصنَّفَ ضمنَ المطلوباتِ؛ لأنها تُعدُّ دِينًا في ذِمَّةِ البنك، بينما ودائع المضاربةِ غيرُ مضمونةٍ على المصرف، ويدُه عليها يدُ أمانةٍ، بل لا يجوز شرعًا أن يضمنها؛ فالواجبُ أن تظهر خارجَ مركزِه الماليِّ (Off Balance Sheet).
 وكونُ المصرفِ يتطوَّعُ بتعويضِ المودِعِين في حال الخسارةِ أو النَّقصِ، لا يجعل ذلك التزامًا عليه؛ ولـذا نَصَّ بعضُ فقهاءِ المالكيَّةِ على جواز تطوُّع العاملِ بضمان رأسِ مالِ المضاربةِ بعد العقد، مع اتضار بعضُ فقهاءِ المالكيَّةِ على جواز تطوُّع العاملِ بضمان وأسِ مالِ المضاربةِ بعد العقد، مع اتّفاقِهم على تحريم اشتراطِ ذلك في العقد؛ لأنَّ المحظورَ هو الالتزام بالتَّعويض وليس التعويض ذاته؛ قال في «حاشية الدسوقي»: (وأمَّا لو تطوَّع العاملُ بالضمان؛ ففي صحَّةِ ذلك القراضِ وعدمِها خلافٌ)(۱۰). وقاسوا جوازَ ذلك على ما إذا تطوَّع الوديعُ والمُكتري بضمان ما بيده، إذا كان هذا خلافٌ)(۱۰).

<sup>(</sup>١) حاشية الدسوقي ٣/ ٥٢٠، وحاشية العدوي ٦/ ٢٠٦.

التطوعُ بعد تمام العقدِ (١)، وجمهورُ المالكيَّةِ على التحريم، حتى ولو تطوَّع بالضمان بعد العقد؛ لأنَّه يكون متهمًا برغبته في استدراج ربِّ المالِ وإبقاءِ رأسِ المال بيده (١).

والمقصود أنَّ ودائعَ المضاربة تختلف في طبيعتها وآثارها عن الودائع الآجلة، فكان لزامًا أن ينعكس هذا الاختلافُ في القوائم الماليَّةِ.

٢ – الأموال في صناديق التأمين التكافلي تُعامَل وفق بعضِ معايير المراجعة كأقساط التأمين التجاري، وتطالب شركة التأمين التكافلي بأن تصنفها ضمن المطلوبات في قائمة المركز المالي لشركة التأمين، والواقع أنها لا تُعَدُّ التزامًا على الشركة؛ لأن شركة التأمين التكافلي وكيلٌ بأجرٍ عن حَمَلَةِ الوثائقِ، وهذا ما ينصُّ عليه عقدُ التأمينِ، ويدُ الوكيل – وإن كان بأجرٍ – يدُ أمانةٍ لا يضمن إلَّا في حال التعدِّي أو التفريط باتفاق الفقهاء (٣).

قال في «الوجيز»: (ويدُه -أي الوكيل- يدُ أمانةٍ في حقّ الموكلِ حتى لا يضمنَ، سواءٌ أكان وكيلًا بجُعلِ أم بغير جعلِ)(٤).

وفي «شرح المنتهى»: (والوكيل أمينٌ لا يضمن ما تَلِفَ بيده بلا تفريط؛ لأنَّه نائبُ المالكِ في اليد والتصرُّف، فالهلاكُ في يدِه كالهلاك في يد المالكِ، كالمودع والوصي، ونحوه، سواءٌ أكان متبرِّعًا أم بجُعلِ) (٥٠).

ولو شرط الضمان عليه في العقد، فالشرط فاسدٌ؛ لأنَّ الأمانة لا تصير مضمونة بالشرط؛ قال في «البحر الرائق»: (اشتراطُ الضمانِ على الأمين باطلٌ)(٢٠).

فإذا كانت هذه الأموالُ غيرَ مضمونةٍ على الشركة، فإنَّ من المفترض ألَّا تُصنَّفَ ضمنَ مطلوباتها، وأن تظهر خارجَ مركزِها الماليِّ، كالصناديق الاستثمارية التي تُديرُها شركات الاستثمار.

٣- الأصول المؤجَّرة إيجارًا منتهيًا بالتمليك، لا تظهر محاسبيًّا ضمن أصولِ المؤجَّر، وإنما تصنَّفُ في المركز المالي للمؤجر ضمن بند المَدِينين، وتظهر بقيمة الدفعاتِ المتبقية؛ أي أنَّ المعاييرَ المحاسبيَّة تُعامِلُها كالبيع بالتَّقسيط، مع أنَّ بين العقدَين فروقًا متعدِّدةً؛ من أبرزها:

<sup>(</sup>١) شرح الزرقاني مع حاشية الرهوني ٦/ ٣٢٣.

<sup>(</sup>٢) شرح الزرقاني مع حاشية الرهوني ٦/ ٣٢٣.

<sup>(</sup>٣) المبسوط ١٩/ ٤٩، تبصرة الحكام ١/ ٣٨٤، مغني المحتاج ٣/ ٥٥، الإنصاف ١٣/ ٥٣٧.

<sup>(</sup>٤) الوجيز مع فتح العزيز ١١/ ٦٠.

<sup>(</sup>٥) شرح المنتهى ٢/ ٣١٥.

<sup>(</sup>٦) البحر الراثق ٧/ ٢٧٤، وانظر: المهذب ١٤ / ١٧٧، مع تكملة المجموع، مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد، ص٣٨٧.

- أنَّ الأصولَ المؤجَّرةَ في الإيجار المنتهي بالتَّمليك في مِلك المؤجِّر فترةَ الإجارةِ باتفاق الفقهاءِ القائِلين بجواز هذا العقدِ، وضمان هلكِ هذه الأصولِ عليه، بينما البيعُ بالتَّقسيط تنتقل فيه مِلكيَّةُ المبيعِ فورَ إبرامِ العقدِ من البائع إلى المشتري، مع بقاءِ الأقساطِ في ذِمَّةِ المشتري.
- دفعاتُ الإجارةِ تعدُّ دَينًا غيرَ مستقرِّ؛ إذ لو لم يتمكَّن المستأجِرُ من استيفاء المنفعةِ؛ لقوَّةٍ قاهرةٍ ونحو ذلك، فتسقط الدفعاتُ التي تقابل المنفعة الفائتة، بخلاف أقساطِ بيع التقسيطِ؛ فهي دينٌ لازمٌ في ذِمَّةِ المشتري، لا تسقط بهلاك المبيع في يده.

ولذا؛ فإنَّ معاملةَ عقودِ الإجارةِ المنتهيةِ بالتَّمليك محاسبيًّا، كبيع التَّقسيطِ، لا يخلو من الخلل.

ولتحقيق المواءمة في هذا الجانبِ وتحرير موضعِ التعارُضِ فيه، أرى أنَّ الإشكالَ ينحصرُ في الإفصاح المحاسبيِّ عن المعاملة وليس في قياسها أو الاعترافِ بها، وبيان ذلك أنَّ المعايير المحاسبيَّة على ثلاثة أنواع:

- معايير لقياس المعاملة.
- ومعايير للاعتراف بها.
- ومعايير للإفصاح عنها.

وليس ثَمَّةَ تعارضٌ يُذكر بين معاييرِ القياسِ والاعترافِ مع الضوابطِ الشرعيَّةِ؛ لأنَّ هذه المعاييرَ مبنيَّةٌ على أُسُسِ فنيَّة صرفةٍ، وهي نتاجُ خبراتٍ متراكمةٍ، والشريعةُ تَحكم قولَ أهلِ الخبرةِ فيما هو من اختصاصِهم، كما في جزاء الصيد، قال تعالى: ﴿ وَمَن قَتَلَهُ ومِنكُم مُتَعَمِّدًا فَجَزَآةٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِن النَّعَمِ يَحَكُمُ بِهِ وَلَا عَذلِ مِنكُم ﴾ (١).

وما يتوهّمُه البعضُ من أنَّ الاعتماد على الأساس الاستحقاقي للاعتراف أو للقياس، لا أصلَ له في الشريعة، وأنَّ المعتبَر هو الأساس النَّقدي فقط، غير صحيح؛ فقد نَصَّ أهلُ العلمِ على أنَّ الرِّبحَ شرعًا ما زاد على رأس المالِ نقدًا كان أم دَينًا؛ وذكروا في باب الزكاةِ أنَّ الدين الذي على مَلِيءٍ في حُكم المقبوضِ وتجب فيه الزكاةُ؛ فعن عثمان وَ الله على مليءٍ تدعُه حياءً، أو مُصانَعةً ففيه تجب في الدين الذي لو شئت تقاضَيْتَه من صاحبه، والذي على مليءٍ تدعُه حياءً، أو مُصانَعةً ففيه صَدَقةٌ) (۱۲).

سورة المائدة، الآية: ٩٥.

<sup>(</sup>٢) الأموال لأبي عبيد، ص٥٢٧.

وعن جابرِ رَضَحَالِلَهُ مَنْهُ قال: (أي دين ترجوه فإنه تؤدَّى زكاتُه)(١).

وعن ابن عمر رَضَالِتَهُعَنْهُما قال: (وما كان من دَينِ ثقةٍ فزَكِّهِ)(٢).

وهذه جميعُها تتوافق مع الأساس الاستحقاقي.

وأمَّا معاييرُ الإفصاحِ فلا تخلو من بعض الإشكالاتِ الشرعيَّة؛ إمَّا للجهل بالعقد الإسلامي وآثاره والفروق بينه وبين العقد التَّقليدي، أو لأنَّ المعايير المحاسبيَّة تنظر إلى نتيجة العقدِ بغضً النظرِ عن شكله التعاقدي، فيتم الخلطُ في الإفصاحات بين عقود التمويل الإسلامي والعقود التقليدية، فنجد -مثلًا- تسمية عقدِ المرابحةِ قرضًا، وعوائد الودائع الإسلامية فوائد.

ومن هذا القبيل إدراجُ ودائع المضاربةِ وصناديق التكافل ضمن المطلوباتِ، وإدراج الإيجارِ التمويلي ضمن المدينين؛ فالقضيَّةُ إذن خللٌ في الإفصاح لا في المضمون؛ ولا يترتب عليها خللٌ عقدي، فالودائع وأموال التكافل تبقى غيرَ مضمونةٍ على المؤسَّسة وإن أُدرِجت محاسبيًا ضمن مطلوباتها؛ لأنَّ المعتبر في ذلك هو ما في العقد، وإدراجها ضمن المطلوبات؛ لكونها في عُهدةِ المؤسَّسةِ، وكذلك الحال في الإيجار المنتهي بالتمليك، لا يترتب على إدراجه ضمن بند المدينين تغييرٌ في حقيقته الشرعيَّة؛ فالأصولُ المؤجَّرةُ تبقى في ملك المؤجِّر اعتبارًا بالعقد، والإفصاحُ عن الدفعات الإيجارية لأن هذه المعلومة – في نظر واضعي تلك المعايير – هي ما تعني المستثمر العادي، وهذا ما يؤكِّدُه إطارُ المفاهيم للمعايير المحاسبية.

ولتحقيق المواءمةِ في هذا الجانب، ودَفْعِ اللَّبسِ، أرى ضرورة أن يكون للعقود الإسلاميَّةِ إِفْصاحاتٌ خاصَّة بها تبين حقيقتُها وآثارُها، وأن تخاطب هيئة المعايير الدولية لإدراج هذه الإفصاحات ضمن معاييرها، وهذا ما تعمل عليه بعض الجمعيَّاتِ المحاسبيَّةِ حاليًّا، والله أعلم.

وصلى الله وسلم على نبيِّنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.



<sup>(</sup>١) المصنف، لابن أبي شيبة ٣/ ٥٣، الأموال، ص٥٢٧.

<sup>(</sup>۲) المصنف ٣/ ٥٣، الأموال، ص٧٧٥.

## الرقابة الشرعية على المصارف ضوابطها وأحكامها ودورها في ضبط عمل المصارف

بحث محكَّم نشر في عام ١٤٣٣هـ - ٢٠١٢م وقدم البحث إلى مجمع الفقه الإسلامي الدولي عام ١٤٣٠هـ / ٢٠٠٩م في دورته التاسعة عشر

كما قدم بحث مشابه له بعنوان «الرقابة الشرعية على شركات التأمين التعاوني » إلى مؤتمر : (التأمين التعاوني أبعاده وآفاقه وموقف الشريعة الإسلامية منه ) عام ١٤٣١هـ / ٢٠١٠م وتم الاكتفاء بآخرها وإضافة الزيادات في غيره





الحمد لله ربِّ العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين. أمَّا بعدُ:

فإنَّ مِن أبرزِ المجالات التي جاءت الشريعة المحكمةُ ببيان أحكامِها وضوابطها: التعاملات المالية؛ فجاء النظام الماليُّ الإسلامي بديعًا في تكوينه، قويَّا في إحكامه، راسخًا في مبادئه، يحقِّقُ العدالة، ويمنع الظلم، ويستند إلى قواعدَ مُحكَمةٍ يتحقَّقُ بها الخيرُ والصَّلاحُ للمجتمعات الإسلاميَّة، بل للبشريَّة جمعاءَ إنْ هي أخذت به. يقول سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى: ﴿ الْيُوْمَ أَكُمْلُتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَاتَّمَتُ عَلَيْكُمْ فِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسلاميَّة، عَلَيْكُمْ فِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسلاميَّة، اللهُ المَّالِمَ دِينًا ﴾ (١).

ولقد عاشت المجتمعاتُ الإسلاميَّةُ ردحًا من الزمن أسيرةَ الأفكارِ والنُّظُمِ الماليَّةِ المستوردةِ من الغرب الرأسمالي، فانتشرت البنوكُ الربوية في الأقطار الإسلامية، ووضعت لها الأنظمة المستمدَّة من النُّظُم الرأسمالية الغربية، وبَقِيَتْ عقودًا من الزمن، حتى أصبح الناس حيالَها طَرَفَين: منهم مَن يحمل لواءَها ويدافع عنها ويرى أن لا سبيلَ للتقدُّمِ الاقتصادي إلَّا بها، ومنهم مَن ردَّ فكرةَ البنوكِ جملةً وتفصيلًا، ويرى أنَّها محاضنُ للرِّبا، لا يمكن إصلاحُها، إلى أنْ قيَّضَ الله لهذه الأُمَّةِ مُصلِحِينَ من علمائها ومُفكِّرِيها وتُجَّارِها، تَنَادَوْ الإصلاح هذه المؤسَّساتِ، وإعادة بنائها وَفقَ أُسُسِنا الشرعيَّةِ، فظهرت المصارفُ الإسلاميَّةُ التي تُقدِّمُ الخدماتِ المالية المختلفة؛ من تمويل، واستثمار، ووساطةٍ ماليَّةٍ، وغير ذلك، مُلتزِمةً بتجنُّبِ الرِّبا وغيرِه من التعاملات الماليَّةِ المحرَّمةِ.

وها هي الآن تزيد عدتها على ٣٩٠ مصرفًا ومؤسَّسةً ماليَّةً منتشرة في ٤٨ دولة على مستوى العالم، وتَزيد أصولُها الماليَّةُ على تريليون دولار، وبنسبة نموِّ تَصِلُ إلى ٢٣٪ سنويًّا(٢٠).

والتَّحدي الأهمُّ الآن، هو ضبطُ عملِ هذه المصارفِ، والمحافظةُ على مسيرتها من الانحرافِ حتى لا نخسرَ المكاسبَ التي تحقَّقت في هذه المدَّةِ الوجيزة، ولا سبيلَ إلى ذلك إلَّا من خلال هيئاتِ الرقابةِ الشرعيَّة.

سورة المائدة، الآية: ٣.

<sup>(</sup>٢) نشرة إصدار مصرف الإنماء، عام ٢٠٠٨م، نقلاً عن تقرير المجلس العام للبنوك والمؤسسات المالية الإسلامية.

﴿ ٥٧٠ ﴾

وفي هذا البحث إسهامٌ في هذا الموضوعِ بيَّنتُ فيه معنى الرقابةِ وضوابطَها، والأحكامَ المتعلِّقة بها.

أسألُ اللهَ أن يجنَّبنا الزَّلَل، وأن يوفِّقنا لما يُرضِيه من القول والعمل.

0,00,00,0

# المبحث الأول

### التعريف بالرقابة الشرعية ودورها وأهميتها

المطلب الأول: التعريف بالرقابة الشرعية.

#### الرقابة في اللغة:

الرقابة - بفتح الراء وكسرها -: المراقبة (١)، بمعنى الانتصاب مراعاة لشيء. والمراقب والرقيب: مَن يقوم بالرقابة (٢)؛ قال ابن فارس: (الراء والقاف والباء: أصلٌ واحدٌ مُطَّرِدٌ، يدلُّ على انتصابِ لمراعاة شيء، ومن ذلك: الرقيبُ، وهو الحافظ... والمرقَب: المكان العالي يقف عليه الناظرُ. ومن ذلك اشتقاقُ الرقبة؛ لأنها منتصبةٌ (٢).

الرقابة في الشرع: لا يختلف المعنى المرادُ من الرقابةِ في الشرع عن معناها في اللغة؛ فقد ورد استعمالُ هذا اللفظِ ومشتقَّاته في آياتٍ قرآنيَّةٍ متعدِّدةٍ بمعنى الحفظ؛ كقوله تعالى: ﴿ إِنَّا مُرْسِلُواْ النَّاقَةِ فِي اَيَّةُ مَعْنَى الْكَافَةِ فِي الله ومشتقَّاته في آياتٍ قرآنيَّةٍ متعدِّدةٍ بمعنى الحفظ؛ كقوله تعالى: ﴿ فَنَنَ مِنْهَا خَآيِفًا خَآيِفًا يَتَرَقَّبُ ﴾ (٥). ومن النَّاقَةِ فِي قَالَ عَلَيْ الله عَلْهُ الله عَلَيْ الله عَلَيْ الله عَلَيْ عَلَيْ عَلَيْ الله عَلَيْ عَلَيْ الله عَلَيْ عَلَيْ الله عَلَيْ عَلَيْ عَلَيْ عَلَيْ الله عَلَيْ الله عَلَيْ الله عَلَيْ عَ

#### الرقابة في الاصطلاح:

تعدَّدت تعريفاتُ الباحثين المعاصِرِين لمفهومِ الرقابةِ الشرعية؛ وأشملُ تعريفٍ - في نظر الباحث- أن يقال: هي وضعُ ضوابطَ شرعيَّةٍ مستمَدَّةٍ من الأدلَّة الشرعيَّة، ثم متابعة تنفيذِها؛ للتأكُّدِ من صحَّةِ التنفيذِ.

فالرقابةُ الشرعية بهذا المفهومِ أوسعُ من مفهوم التدقيقِ (المراجعة الشرعية)، بل هي تشمل أمرين: الإفتاء والتدقيق.

لسان العرب ٥/ ٢٧٩.

<sup>(</sup>٢) المعجم الوسيط ١/٣٦٣.

<sup>(</sup>٣) معجم مقاييس اللغة ٢/ ٤٢٧.

<sup>(</sup>٤) سورة القمر، الآية: ٢٧.

<sup>(</sup>٥) سورة القصص، الآية: ٢١.

<sup>(</sup>٦) سورة النساء، الآية: ١.

ويُشرف على الرقابة الشرعية في المؤسّسات الماليَّةِ هيئةٌ تسمَّى: (هيئة الرقابة الشرعية)، وهي: جهازٌ يضمُّ عددًا من الفقهاء المتخصّصين في المعاملات الماليَّةِ يضعُ الضوابطَ الشرعيَّة المستمَدَّة من الأدلَّةِ الشرعية، وتكون هذه الضوابطُ مُلزمةٌ للمؤسَّسة، ويتابع تنفيذها؛ للتأكد من سلامة التنفيذ (۱).

### المطلب الثاني: الفروق بين الرقابة الشرعية والمصطلحات المشابهة.

يلتبس بمفهوم الرقابةِ مصطلحاتٌ أخرى، وهي: المراجعة الشرعية، وهيئة الرقابة الشرعية، والمراجعة الداخلية، ودفعًا للَّبْس أوضِّح الفروقَ بين هذه المصطلحات:

فالرقابة الشرعية -كما سبق- تَعنى وضعَ الضوابطِ الشرعيَّةِ ومتابعة تنفيذِها.

وأمَّا المراجعة الشرعية فتَعني: فحصُ مَدَى التزامِ المؤسَّسةِ بالشريعة في جميع أنشطتها(٢). وتسمَّى أيضًا (التدقيق الشرعي)، و(الرقابة الشرعية الداخلية).

وأمًّا هيئةُ الرقابة الشرعية؛ فهي الهيئة الشرعية التي تُصدِرُ الفتاوى وتضع المعاييرَ الشرعية. وتسمى أيضًا: (الهيئة الشرعية)، و(هيئة الفتوى).

وهيئة الرقابة الشرعيَّةُ تُشرِفُ على عمل الرقابةِ الشرعيَّةِ الدَّاخليَّة، وتقوم بأعمال المراجعة أيضًا، ولكن ليس على سبيل التفرُّغِ لذلك كما هو الحال في الرقابة الداخليَّة؛ ولهذا تسمَّى هيئةُ الرقابة الشرعيَّة بـ (المراقب الشرعى الخارجي).

وبه يتَّضح أنَّ مفهومَ الرقابةِ الشرعيَّة أوسعُ هذه المفاهيم الثلاثة، فهو يشمل هيئةَ الرقابةِ والمراجعة الشرعيَّة.

وأمَّا المراجعةُ الدَّاخليَّة فهي نوعٌ من الرقابة التنظيميَّة تتمُّ من خلال إدارةٍ خاصَّة في المؤسَّسةِ الماليَّة يُطلَق عليها: (إدارة المراجعة)، وتُعنى بالتأكُّد من التزام المؤسَّسة بالسياسات الإدارية والماليَّة المعتمَدة (٣).

وبه يتَّضح الفرقُ بينها وبين الرقابة الشرعيَّةِ الدَّاخلية؛ فالمراجعة الدَّاخليَّة تُعنى بالجوانب الفنيَّة والإداريَّة والماليَّة؛ ولذا تسند في الغالب إلى متخصِّصين في المحاسبةِ الماليَّة، بينما الرقابةُ

<sup>(</sup>۱) ينظر: معايير المحاسبة الصادرة من هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (معيار الضبط) ٢/ ١٥، الرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية، حسن يوسف داود، ص ١٥، دور الرقابة الشرعية في تطوير الأعمال المصرفية، د. محمد عبد الحكيم زعير ١/ ٤٤، المؤتمر الأول للهيئات الشرعية بالبحرين.

<sup>(</sup>٢) معايير المحاسبة الصادرة من هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (معيار الضبط) ٢/ ١٥.

<sup>(</sup>٣) المراجعة بين النظرية والتطبيق، ص٣٦٥.

الشرعيَّة الدَّاخليَّة تُعنى بالجوانب الشرعية؛ ولذا تسند إلى متخصِّص في الشريعة.

#### المطلب الثالث: وظائف الرقابة الشرعية.

يؤدِّي جهاز الرقابة الشرعيَّة في المصرف وظيفتَين أساسيَّتين:

الوظيفة الأولى: وضع المعايير الشرعيَّة لضبط عملِ المؤسَّسةِ المالية؛ وهذه الوظيفة تأخذ حُكمَ الفتوى؛ لأنَّ ما يَصدُرُ عن الهيئة بهذا الخصوصِ يعدُّ أحكامًا شرعيَّة، فيجب الأخذُ بضوابطِ الفتوى والمفتى فيها.

وهذه الوظيفة لا شكَّ في أنها من أخطرِ الوظائف؛ إذ إنَّ عضو هيئةِ الرقابة هنا مُبلِّغٌ عن اللهِ أحكامَه، بل لا يقتصر دورُه على التبليغ فحسبُ، بل يتعدَّاه إلى الإلزام؛ فهي فتوى مُلزِمةٌ للمؤسَّسة.

وحسبُك بالخطر في منصب الفُتيا، فكيف إذا كانت ملزمة؟ يقول الإمام الشاطبي رَحَمَهُ الله مبينًا عِظَمَ منزلة المفتي: (إنَّ ما يُبلِّغُه من الشريعة إمَّا منقولٌ عن صاحبها، وإمَّا مُستنبطٌ من المنقول؛ فالأولُ يكون فيه مُبلِّغًا، والثاني يكون معه قائمًا مقامَه في إنشاء الأحكام، وإنشاء الأحكام إنما هو للشارع، فإذا كان للمجتهد إنشاءُ الأحكام بحسب نَظرِه واجتهادِه، فهو من هذا الوجه شارع، واجبٌ اتبًاعُه.. وهذه هي الخلافة على التحقيق.

وعلى الجملة؛ فالمفتى مُبلِّغٌ عن الله كالنبي؛ ولذلك سُمُّوا أُولي الأمرِ، وقُرِنَتْ طاعتُهم بطاعةِ اللهِ ورسوله في قوله تعالى: ﴿ يَتَأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوۤا أَطِيعُوا ٱلنَّهَ وَأَطِيعُوا ٱلرَّسُولَ وَأُولِي ٱلْأَمْرِمِنكُور ﴾ (١).

والوظيفة الثانية: التأكد من سلامة تنفيذ المؤسّسة للمعايير والأحكام الصادرة من هيئة الرقابة، وفحص مدى التزامِها بتلك الأحكام في جميع أنشطتِها(٢).

وهذه الوظيفة لا تقلُّ أهميةً عن سابقتها؛ لأنَّ تطبيق الفتوى على وجه غيرِ سليم فيه تحريفٌ للحكم الشرعي، وتغريرٌ بمن يتعامل مع المؤسَّسة؛ ولهذا فإنَّ من المتعيَّن على هيئة الرقابة الشرعية حين تصدر الفتوى للمؤسَّسة أن تضع الآليَّات الرقابية الكفيلة بتطبيق الفتوى على الوجه الصحيح.

#### المطلب الرابع: أهمية الرقابة الشرعية.

يعلُّ جهاز الرقابة الشرعية أحدَ أهمِّ الأجهزة في المؤسَّساتِ الماليَّةِ التي تقدِّم خدماتٍ إسلامية؛ ذلك أنَّ دعوى المصرف أو أيِّ مؤسَّسةٍ ماليَّةٍ بأنَّ خدماته متوافقةٌ مع الشريعة الإسلامية، لا تكون مقبولةً إذا لم تكن مصدَّقةً بالجهاز الرقابي لديه.

<sup>(</sup>١) سورة النساء، الآية: ٥٩.

<sup>(</sup>٢) معايير المحاسبة والمراجعة الصادرة من هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (معيار الضبط) ٢/ ١٥.

ودفعًا للتلاعب في هذه القضية، فإنَّ من السياسة الشرعية مَنْعَ أيِّ مؤسَّسةِ ماليَّةِ من تقديمِ خدماتِ إسلاميَّةِ، ما لم يكن لديها هيئةُ رقابةِ شرعيَّةِ.

وما يطرحه البعضُ من أنَّه يمكن الاكتفاء بإسناد الرقابةِ الشرعية إلى جهاز المراجعة الداخليَّة في المصرف، أو الاكتفاء بتدريبِ موظَّفي المصرفِ على التعاملاتِ الماليَّةِ الإسلاميَّةِ، وتثقيفهم بأحكام الشريعةِ فيها بدلًا من وجود إدارةٍ للرقابة الشرعية؛ فكلُّ ذلك غيرُ مقبولٍ؛ فتدريب الموظَّفِين –ومنهم موظَّفو المراجعة الداخلية – مع أهميته، لا يُغني عن وجود جهازِ خاصٍّ يضمُّ متخصِّصِين في فقه المعاملاتِ الماليَّةِ؛ لأمور:

الأول: أنَّ بعضَ أحكام المعاملاتِ المالية وضوابطها -لا سيَّما ما يتعلَّقُ منها بالربا- قد تخفى على المتخصِّصين، فكيف إذا أُسنِدَت إلى غير المتخصِّص؟! وإذا كان أميرُ المؤمنين عمر بن الخطاب رَضَالِيَّهُ عَنْهُ قد استشكل بعضَ مسائلِ الرِّبا، كما جاء في «صحيح البخاري» قوله: (ثلاثٌ وَدِدْتُ أنَّ رسولَ الله صَالِيَّةُ عَيْدُوسَلَمُ لم يُفارِقْنا حتى يَعهِدَ إلينا عهدًا: الجدُّ، والكلالةُ، وأبوابٌ من أبواب الرِّبا) (١٠). فكيف بمن دونه من آحاد الناس؟!

والثاني: أنَّ الحكمَ بصحَّةِ عقدٍ أو فسادِه، وبكونه موافقًا للضَّوابط الشرعية أو مخالِفًا لها، يعدُّ فتوى شرعيَّةً؛ ومِن المتَّفَق عليه أنَّ الفتوى لا تُقبل ممن ليس أهلًا لها؛ فإن الله أمَرَ عمومَ المسلمين بسؤال أهلِ الذِّكر، قال تعالى: ﴿ فَتَعَلُواْ أَهَلَ الذِّكْرِ إِن كُنتُمْ لَا تَعَلَمُونَ ﴾ (١٠). وأهلُ الذِّكر هم مَن تتوافر فيهم الأهليَّةُ للفتوى.

والثالث: أنَّ كثيرًا من المؤسَّسات الماليَّة تروِّج لخدماتها بوصفها بأنها إسلاميَّة، وربما لا تكون كذلك، فتغرر العملاء بذلك، ولا سبيلَ إلى التمييز في هذا المجالِ إلَّا بوجود هيئةِ رقابةٍ شرعيَّة.

والرَّابع: أنَّ الإجراءات الفنيَّة في هذه المؤسَّساتِ، تَشترط لها الأنظمةُ رقابةً بشروطِ معيَّنةٍ؛ فهناك المراجع القانوني، والمراجع المحاسبي الخارجي، والمراجعة الداخلية، وغيرها من الإجراءات التي يُقصد منها ضبطُ عملِ المؤسَّسة قانونيَّا وإداريًّا وماليًّا. ولا شكَّ أنَّ التدقيق الشرعيَّ أهمُّ من ذلك كلِّه؛ إذ هو يتعلَّقُ بأهم مقصدِ من المقاصد التي جاءت الشريعةُ بحِفْظِها وهو: (حفظ الدين).

ومن العجب ما تفرضه الأنظمةُ في البلدان الإسلاميَّةِ من إجراءاتٍ حازمةٍ للتَّدقيق على

<sup>(</sup>١) صحيح البخاري، كتاب الأشربة، باب ما جاء في أن الخمر ما خامر العقل، برقم (٥٨٨).

<sup>(</sup>٢) سورة النحل، الآية: ٤٣.

الجوانب الفنية في المؤسّسات والشركات، وإغفال الجانب الشرعي الذي يعدُّ مطلبًا شرعيًّا أولًا، ومطلبًا جوهريًّا كذلك لعملاء تلك المؤسّساتِ. وأَجِدُها فرصةً للتأكيد على أهميَّة صدورِ قرارِ من المجمع الفقهي لدعوة الجهات المنظِّمة في البلدان الإسلاميَّة، باشتراط الرقابة الشرعية على عمل المؤسَّساتِ الماليَّة.

### المطلب الخامس: مكوِّنات هيئة الرقابة الشرعية.

لا بُـدَّ للرقابة الشـرعية حتـى تُحقِّقَ المقصود منهـا، أن يتوافر فيها جهازانِ أساسـيَّانِ وجهازُّـ مسانِدُّ:

#### أمَّا الجهازان الأساسيَّانِ فهما:

١ – هيئة الفتوى: وتضمُّ مجموعة من علماء الشريعة المتخصِّصين في التعاملات الماليَّةِ، ممن لديهم الأهليَّةُ للفتوى في هذا المجالِ، بحيث لا يقلُّ عددُهم عن ثلاثة؛ ليتحقَّق بذلك أنَّ الفتوى صادرةٌ عن اجتهادٍ جماعيٍّ؛ لأنَّ الاثنين في حال اختلافهما لا مرجِّحَ لأحدِهما، وإذا رجح قولُ أحدِهما لكونه رئيسًا، فمَآلُ الأمر إلى أن تكون الفتوى صادرةً عن اجتهادٍ فرديٍّ لا جماعيٍّ.

٢ - جهاز الرقابة الداخلي: ويضمُّ مجموعة من المراقبين الشرعيين ممن لهم إلمامٌ بالضوابط الشرعية، ولا يلزم أن يكونوا من الفقهاء؛ فقد يكونون محاسبين أو قانونِيِّن أو غيرَهم. ووجود هذا الجهازِ ضروريٌّ لحِفظِ أعمالِ المصرف عن المخالفات الشرعيَّة، ومتابعةِ تنفيذِ قرارات هيئةِ الفتوى على الوجه الصَّحيح.

وعلى هذا؛ فوجودُ هذا الجهازِ واجبٌ؛ لأنَّ «ما لا يتمُّ الواجبُ إلَّا به فهو واجبٌ»، والفتوى بلا رقابةٍ ستبقى -في أحسن أحوالِها- رهينةَ اجتهادِ الموظَّف الذي قد يُخطئ في تنفيذها، أو يُحرِّفُ بعضَ ما تتضمَّنه؛ جهلًا منه بمضمونها.

### وأمًّا الجهازُ المسانِدُ لعمل الرقابة؛ فهو:

- وحدة البحوث؛ فقد يتطلَّبُ العملُ الرقابيُّ دراسةَ مسألةٍ مستجَدَّةِ، لم يسبق لهيئة الفتوى أنِ اتَّخذَت رأيًا فيها، فمن المناسب وجودُ عددٍ مناسب من الباحثين الشرعِيِّين؛ لدراسة المسألةِ، وجمع أقوالِ أهلِ العلم فيها، ثم عَرْضِها على هيئة الفتوى قبل أن تُصدِرَ قرارَها فيها.

#### المطلب السادس: أنواع الرقابة الشرعية.

الرقابة الشرعية على نوعين:

الأول: رقابة خاصة (داخلية): وفي هذا النوع تكون هيئة الرقابةِ خاصَّةً بالمؤسَّسة الماليَّةِ، والمراقبون الشرعيون يكونون من ضمن الجهاز الإدارى فيها.

﴿٥٧٦﴾ ------ أبحاث في قضايا مالية معاصرة

والثاني: رقابة مشتركة (خارجية): أي من خلال مكاتبِ تدقيقِ شرعيٍّ، تضم هيئةَ فتوى ومراقبين شرعين، وتُقدِّم خدماتها لمؤسَّساتِ ماليَّةٍ متعدِّدةٍ، على غرار المعمول به في المكاتب المحاسبية الخارجية.

وكلُّ واحدٍ من هذين النوعين يمكن أن يتحقَّق به أغراض الرقابة الشرعية.

0,00,00,0

## المبحث الثَّاين

#### الصفة الشرعية لأعمال الرقابة

إنَّ عمل الرقابةِ الشرعيَّةِ في المصارف بما يحقَّقُه من حفظٍ للمال، يندرج ضمن المقاصدِ الشرعيَّةِ التي جاءت الشريعة بحفظ المالِ من جانب الوجودِ، ودَرْءُ المفسدةِ عنه بصيانته عن أسباب فسادِه، وهذا من الأمر بالمعروف والنَّهي عن المنكر الذي هو جِماعُ الدِّينِ؛ وفي هذا يقول شيخ الإسلام ابن تيمية: (وإذا كان جماعُ الدينِ وجميع الولايات هو أمرٌ ونهيٌ، فالأمرُ الذي بَعَثَ الله به رسولَه صَالَّاتَهُ عَلَيْهِ وَسَلَمَ هو الأمرُ بالمعروف والنَّهي والنَّهيُ عن المنكر)(١).

وعلى هذا؛ فكلُّ ما يحقِّق هذا المقصدَ من الوسائل والتنظيمات والإجراءات التي تساعد على حِفظِ المالِ، إيجادًا أو إعدامًا، فهو من المصالح المعتبَرة شرعًا.

وما تؤدِّيه الرقابة الشرعيَّة في المصارف لا يخرج عن أن يكون إفتاءً أو رقابة. وكلاهما له شواهدُه من السُّنة النبويَّة، وعملِ الصحابة والسلفِ الصالحِ رضوان الله عليهم. أمَّا الإفتاء؛ ففي أحاديثَ كثيرة يسأل عَلَيْهِ الصَّلَةُ وَالسَّلَامُ عن مسائلَ في الأموال، فيُجيب السائلُ عنها، كما في قوله المائلُ عن بيع الرُّطَبِ بالتَّمر -: «أَيَنقُصُ الرُّطَبُ إِذَا يَبِسَ؟» قالوا: نعم. قال: «فَلَا إِذًا» (٢٠). وسُئل عن بيع شُحوم الميتةِ؟ فقال: «لَا، هُوَ حَرَامٌ» (٣٠). وغير ذلك من الأحاديث.

وأمَّا الرقابةُ؛ فقد كان عَلَيْهِ الصَّلاهُ وَالسَّلامُ يَتفقَّدُ الأسواقَ، ويفحص السَّلَع، ويراقب الباعة؛ ومن ذلك: ما روى أبو هريرة رَيَحَالِلَهُ عَنهُ، قال: مَرَّ النبيُّ صَلَّاللَّهُ عَلَيْهُ عَلى صُبرةِ طعام، فأدخَل يدَه فيها، فنالت أصابعُه بللّا، فقال: (مَا هَذَا يَا صَاحِبَ الطَّعَامِ؟) فقال: أصابتُه السماءُ يا رسولَ اللهِ، قال: «أَفَلا جَعَلْتَهُ فَوْقَ الطَّعَام حَتَّى يَرَاهُ النَّاسُ؛ مَنْ غَشَّ فَلَيْسَ مِنَّا»(٤).

ومن خلال ما سبق، فهل الصفة الشرعية لهيئة الرقابة أنها وكيلة عن المساهمين في تقديم

<sup>(</sup>۱) مجموع الفتاوي ۲۸/ ۲۵.

<sup>(</sup>٢) أخرجه أحمد (١٤٦٢)، وأبو داود (٢٩١٥)، وابن ماجه (٢٢٥٥)، من حديث سعد بن أبي وقاص رَجَوَاللَّهُ عَنْهُ. وصححه الألباني في إراواء الغليل ٩/ ١٩٩.

 <sup>(</sup>٣) أخرجه البخاري (٢٢٣٦)، ومسلم (٢٩٦٠)، من حديث جابر ضي الله عنه.

<sup>(</sup>٤) أخرجه مسلم في كتاب الإيمان برقم (١٠٢) من حديث أبي هريرة رَيَخَالِلَّهُ عَنْهُ.

الاستشارات والرقابة على أعمال المصرف، أم أنها تقوم بدَوْرِ المحتسِب؟

الذي يظهر للباحث هو الثاني؛ فهيئة الرقابة الشرعيَّةِ لها ولاية على المصرف؛ كولاية القاضي في نطاق اختصاصِه، وولاية المحتسِبِ في حدود صلاحيَّاتِه؛ ولا يؤثر على هذا التكييفِ كونُ الهيئةِ معيَّنةً بقرارٍ إداريٍّ مِن قِبل الجمعيَّةِ العموميَّة؛ فإنَّ المحتسِبَ يعيَّن كذلك بقرارٍ إداريٍّ كما هو الحاصل الآن، ولا يُخرجه ذلك عن كونه محتسبًا، ولأنَّ القول بأنها وكيلٌ يسوغ للمصرف عزلُها في أيِّ وقتٍ بإرادةٍ منفردةٍ دون مبرِّر شرعي، وهذا يتعارض مع مبدأ استقلاليَّةِ الهيئةِ.



## المبحث الثيَّ الثُّ

## الأحكام المتعلقة بعمل هيئة الرقابة الشرعية

#### المسألة الأولى: حُكمُ أخذِ المفتي أجرًا على عمله.

الإفتاء من أعمال القرب المتعدِّية؛ إذ يختصُّ صاحبُه أن يكون من أهل الطاعة، وقد اختلف أهلُ العلمِ في حُكمِ أخذِ الأجرِ على القرب، فذهب الحنفيَّة والحنابلة إلى التحريم؛ لقول النبيِّ صَلَّاللَّهُ عَلَيْهِ وَاللَّهُ اللَّهُ وَاللَّهُ اللَّهُ وَاللَّهُ وَاللَّهُ وَاللَّهُ وَاللَّهُ وَاللَّهُ وَاللَّالِمُ وَاللَّهُ وَاللَّهُ وَاللَّهُ وَاللَّهُ وَاللَّهُ وَاللَّالِّ وَاللَّالِمُ وَاللَّالِمُ وَاللَّهُ وَاللَّالِمُ وَاللَّالِولِيَا الللَّالِمُ اللَّالِمُ وَاللَّهُ وَاللَّالِمُ وَاللَّالِمُ وَاللَّالِمُ وَاللَّالِمُ وَاللَّالِمُ اللَّالِمُ اللَّالِمُولِ وَاللَّالِمُ اللَّالِمُولِ الللَّالِمُ اللَّالِمُ اللَّالِمُ ال

وذهب المالكيَّةُ والشافعيَّةُ، ورواية عن الإمام أحمد إلى الجواز (١٤)؛ لقول النبي صَلَّاللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّر: «إِنَّ أَحَقَّ مَا أَخَذْتُمْ عَلَيْهِ أَجْرًا كِتَابُ اللهِ»(٥).

واختار شيخ الإسلام ابن تيميَّةَ الجوازَ إذا كان محتاجًا(١).

وذهب جمه ورُ أهلِ العلمِ إلى جواز أن يأخذ رزقًا من بيت المال، أو جُعلًا لا يرتبط بعمله أو مُدَّتِه، أو أن يأخذ بلا شرطٍ؛ وعلَّل لذلك في «كشاف القناع» بأن (باب الأرزاق أُدخِل في باب الإحسانِ، وأُبعِد عن باب المعاوضة، وبابُ الإجارةِ أَبعَدُ عن باب المسامحةِ وأُدخِل في باب المكاسبةِ) (٧).

<sup>(</sup>۱) أخرجه أبو داود (۵۳۱)، والترمذي (۲۰۹) من حديث عثمان بن أبي العاص وَ المحديث حسَّنه الترمذي وقال: (والعمل على هذا عند أكثر أهل العلم، كرِهوا أن يأخذ على الأذان أجرّا، واستحبوا للمؤذّن أن يحتسب في أذانه، ولا نعلم خلافًا في جواز أخْذِ الرزق عليه). وصححه الألباني في إراواء الغليل ٥/ ٣١٥.

<sup>(</sup>٢) أخرجه أحمد (٣/ ٤٢٨)، من حديث عبد الرحمن بن شبل رَخَالِتُهُ عَنْهُ، قال الهيثمي في مجمع الزوائد ٧/ ١٦٧. ورجال أحمد ثقات. وانظر: سلسلة الأحاديث الصحيحة ١/ ٥٢٢.

<sup>(</sup>٣) ينظر: بدائع الصنائع ٤/ ١٩٢، رد المحتار ٦/ ٥٧، المغني ٣/ ٩٤، الفروع ٤/ ٤٣٧، الروض المربع مع حاشية ابن قاسم ٥/ ٣٢٠.

<sup>(</sup>٤) حاشية الدسوقي ١/ ٢٠، المجموع شرح المهذب ١/ ٤٦، تحفة المحتاج ٦/ ١٥٧، الإنصاف ٦/ ٤٦.

<sup>(</sup>٥) أخرجه البخاري (٥٧٣٧) من حديث ابن عباس رَعَوَالِتَهُ عَنْهَا.

<sup>(</sup>٦) الإنصاف ٦/ ٤٦.

<sup>(</sup>V) كشاف القناع ٦/ ٣٠٠، وينظر: المغني ٣/ ٩٤.

#### والأظهر -والله أعلم- هو التفصيل:

١ - فإن كان المفتي يأخذ أجرًا على الفتوى بذاتها؛ كأنْ يحدِّدَ سعرًا لكلِّ فتوى تَصدُرُ منه، فلا يجوز ذلك؛ لأنَّ الفتوى حُكمٌ شرعيٌّ يجب تبليغُه للناس، وتبليغُها من العهدِ الذي أَخذَه اللهُ على أهل العلم في قوله تعالى: ﴿ وَإِذْ أَخَذَ اللّهُ مِيثَقَ الَّذِينَ أُوتُواْ ٱلْكِتَبَ لَتُبَيِّنُنَهُ ولِلنَّاسِ وَلَا تَكْتُمُونَهُ و ﴾ (١).

قال ابن القيم رَحَمَهُ اللّهُ: (أخذه -أي المفتي - الأُجرة لا يجوز له؛ لأنَّ الفُتيا منصبُ تبليغ عن الله ورسولِه، فلا تجوز المعاوضةُ عليه، كما لو قال له: لا أُعلِّمُك الإسلامَ أو الوضوءَ أو الصلاةَ إلَّا بأُجرةِ؛ أو سُئل عن حلالِ أو حرامٍ فقال للسائل: لا أُجيبُك عنه إلَّا بأُجرةِ، فهذا حرامٌ قطعًا... وقال بعضُ المتأخِّرين: إن أجاب بالخطِّ فله أن يقول للسائل: لا يلزمني أن أكتُبَ لك خطِّي إلَّا بأُجرةٍ، وله أخذُ الأجرةِ، وجعلُه بمنزلة أُجرةِ الناسخِ؛ فإنَّه يأخذ الأُجرةَ على خطِّه لا على جوابه. قال: والصحيحُ خلافُ ذلك، وأنَّه يلزمه الجوابُ مجانًا لله بلَفْظِه وخطِّه، ولكن لا يلزمه الورقُ ولا الحبرُ)(٢).

٢- وأمّا إن اقترنت الفتوى بعمل؛ كأن يتفرّغ المفتي للإفتاء، أو يحتاج إلى الانتقال إلى مكان المستفتي، فيجوز له في هذه الحالِ أن يأخذَ أجرًا أو رزقًا؛ لأنه في مقابل عملِه وجهدِه ووقتِه، وليس معاوضة على الفتوى؛ ولذا نَصَّ أهلُ العملِ على أنَّ المفتي إذا تفرَّغ للإفتاء لأهل بلدٍ، جاز له أخذُ الرزقِ منهم؛ قال الفتوحي: (إن جعل له -أي للمفتي - أهلُ بلدٍ رزقًا ليتفرَّغ لهم، جاز ذلك على الصحيح) من يتفرَّغ للإفتاء وغيرِها من الولايات الشرعية؛ كالإمامة، والخطابة، والحسبة، والدعوة والوعظ -واجبًا على الإمام؛ لئلًا تتعطل الشعائرُ والمصالح الدينية، ويُعطى المتفرِّغ لذلك أجرًا لتفرُّغه.

وبناءً على ذلك: فلا يظهر ما يمنع شرعًا مِن أن يأخذ عضو هيئةِ الرقابةِ الشرعية، أو المراقِبُ الشرعية مكافأة عن عمله وجهدِه؛ لأنَّ الرقابة الشرعية لا تقتصر على الفتوى فقط، بل تشمل مراجعة العقودِ، وفَحْصَها والتدقيقَ عليها، وأن يفرغ المفتي جزءًا من وقته للمؤسَّسةِ، وأن يحضر إلى مكان المؤسَّسةِ، وربما يتطلَّبُ الأمرُ سفرَه، وغير ذلك من الأعمال التي يستحقُّ عليها الأجرَ، ولو لم يُكافأ على ذلك لأدَّى ذلك إلى تعطيل مصلحةٍ عامَّةٍ من المصالح الشرعية؛ فالرقابة الشرعية الماليَّة، نوعُ احتسابِ لا يقلُّ أهميةً عن الحِسبة الأخلاقيَّة في الأسواق.

<sup>(</sup>١) سورة آل عمران، الآية: ١٨٧.

<sup>(</sup>٢) إعلام الموقعين ٤/ ١٧٨.

<sup>(</sup>٣) شرح الكوكب المنير، ص ٦٢١، وينظر: كشاف القناع ٦/ ٣٠٠.

#### المسألة الثانية: حُكمُ أخذِ عضو هيئةِ الرقابة أجرًا بنسبةٍ من عوائدِ المنتَجِ الذي يعتمد جوازه.

هذه المسألة ذاتُ شِقَّين:

الأول: في حُكم كونِ الأجرِ أو الجُعل بنسبةٍ من العائد، وهل يكون الأجرُ بذلك مجهولًا؟ وهذه المسألة لن أستطرِ دَ فيها؛ فالخلافُ بين أهلِ العلمِ فيها معروفٌ، فيرى جمهور أهلِ العلمِ من الحنفيَّةِ والمالكيَّةِ والشافعيَّةِ، تحريمَ كونِ الأجرِ حصَّةً مشاعةً من عائد العمل؛ لما فيه من الجهالة (۱).

ويرى الحنابلةُ وبعضُ الحنفيَّةِ والمالكيَّةِ جوازَ ذلك؛ لأنَّ الجهالة هنا تئول إلى العلم على وجهٍ لا يؤدِّي إلى المنازعة (٢). وهذا القول هو الأظهر.

وقد نَصَّ أهلُ العلم على جواز نظائرَ لهذه المسألةِ؛ كأجرة السمسار بنسبةٍ من ثمنِ ما يبيع، وأجرةِ تحصيلِ الدين بجزءِ منه، والمشاركة بجزءٍ من الغَلَّة؛ مثل أن يدفع إليه دابَّةً ليعمَلَ فيها وغلَّتُها بينهما، وغيرها من المسائل(٣).

والثاني: في أنَّ هذا الشرطَ قد يؤثر على تجرُّدِ المفتي عند إجازته لذلك العقدِ؛ لأنَّ له فيه مصلحةً، فالأظهرُ حُرمَةُ هذا الشرطِ؛ لهذه الحيثيَّةِ، فلا يجوز أن يكون الأجرُ الذي يتقاضاه المفتي مرتبطًا بإجازته للمنتج؛ سواءٌ أكان الأجرُ بمبلغ مقطوعٍ أم بنسبةٍ من عوائد المنتَج؛ لما فيه من التهمة، ولحماية منزلةِ الفتوى من التشكيك؛ ولأنَّ الفتوى هنا تتضمَّن الشهادةَ والتزكية للمنتَجِ؛ لأنَّ المؤسَّسةَ تَستخدم إجازةَ الهيئةِ في التسويق للمنتج.

ومن المقرَّر عند أهل العلم، أنَّ من موانع قَبولِ الشهادةِ أن يجرَّ الشاهدُ بشهادته نفعًا لنفسه؛ قال في «مغني المحتاج»: (مِن شروط الشاهدِ، كونُه غيرَ متَّهَم... والتهمةُ أن يجرَّ إليه نفعًا، أو يدفع عنه ضررًا)(٤٠). وفي «شرح المنتهى»: (من الموانع أن يجرَّ الشاهدُ بشهادته نفعًا لنفسه؛ كشهادته لموكِّله.. أو شهادة مَن له كلامٌ أو استحقاقٌ وإن قَلَّ، في رباطٍ، أو مدرسةٍ، أو مسجدٍ لمصلحةٍ لهما)(٥٠).

<sup>(</sup>۱) ينظر: المبسوط ١٥/ ١١٥، بدائع الصنائع ٤/ ١٩٤، ١٩١، المدونة ٣/ ٤٢٢، شرح منح الجليل ٤/ ٧، روضة الطالبين ٥/ ٢٥٠، مغني المحتاج ٣/ ٤٤٥، الشرح الكبير على المقنع ١٤/ ١٧٣، المغني ٧/ ١١٦، الخدمات الاستثمارية في المصارف ١/ ٦٨٤.

<sup>(</sup>٢) ينظر: المغني ٧/ ١١٦، إعلام الموقعين ٤/ ١٩، رد المحتار ٩/ ٨٧، البهجة شرح التحفة ٢/ ٢٩٩.

<sup>(</sup>٣) ينظر: رد المحتار ٩/ ٨٧، البهجة شرح التحفة ٢/ ٩٩، حاشية الدسوقي ٤/ ١٠، المغني ٧/ ١١٦.

<sup>(</sup>٤) مغني المحتاج ٦/ ٣٥٤.

<sup>(</sup>٥) شرح المنتهي ٣/ ٥٨٩، وينظر: رد المحتار ٥/ ٤٧٩، حاشية الدسوقي ٤/ ١٧٣.

وإذا كانت الأنظمة تمنع المراجع القانونيَّ والمحاسبي من أن يكون له مصلحةٌ في تقرير المراجعةِ الذي يُصدِرُه، فالتدقيق الشرعي أَوْلي بذلك.

وحقيقة هذا الشرط: أنَّ الأجرَ مُرتبِطٌ بالإجازة، فالفتوى إن صدرت بالتحريم فلا يستحق الأجر، وإن صدرت بالإجازة استحقَّ الأجرَ، وهذا من الخطورة بمكانٍ لا يخفى.

# المسألة الثالثة: حُكم تملُّكِ أعضاء الهيئة أسهمًا في المصرف الذي تنتمي إليه الهيئة.

تقدَّم معنا، أنَّ فتاوى هيئة الرقابة الشرعيَّة بإجازة عقدٍ من العقود، تتضمَّن الشهادة للمصرف بأنَّ ذلك العقدَ متوافِقُ مع الضوابطِ الشرعيَّة، فهي فتوى فيها معنى الشهادة؛ ولهذا تسمى قراراتُ الهيئةِ شهاداتِ إجازةٍ أو مطابقة، ويستخدمها المصرف في إقناع عُمَلائه بأنَّ ما يُقدِّمُه مقبولٌ شرعًا.

وعليه؛ فالذي يظهر أنَّ تملَّكَ العضوِ أسهمًا في المصرف الذي يتولَّى الرقابة عليه، إن كان بنسبةٍ كبيرةٍ مؤثِّرةٍ فيُمنَع من ذلك؛ لأنه يجرُّ بهذه الشهادة لنفسه نفعًا.

وقد اتَّفق أهلُ العلم على أنَّ مِن موانعِ الشهادة: شهادة الشريك لشريكه؛ قال في «شرح المنتهى»: (من الموانع: أن يجرَّ الشاهدُ بشهادته نفعًا لنفسه؛ كشهادته لشريكه فيما هو شريكٌ فيه؛ قال في «المبدع»: لا نعلم فيه خلافًا؛ لاتهامه، وكذا مضاربٌ بمالِ المضاربةِ. انتهى، قال: لأنها شهادةٌ لنفسه)(۱).

وأمَّا إن كانت نسبةُ ما يملكه العضوُ في المصرف يسيرة غيرَ مؤثرةٍ؛ كأن يتملَّك أسهمًا قليلةً من بين ملايين الأسهم المتداوَلةِ في السوق، فمِثلُ ذلك لا يمنع من قَبولِ شهادتِه لمنتجات المصرفِ؛ لأنَّ عِلَّةَ المنع منتفيةٌ هنا؛ ولأنَّ هذا مما يَشُقُّ التحرُّزُ عنه.

ويمكن أن يرجع إلى العُرف في تحديد نسبة الملكيَّة المؤثرة وغير المؤثرة؛ إذ إنَّ كثيرًا من الأنظمة تجعل حدًّا لنسبة الملكيَّة التي يكون فيها الشريكُ من كبار الملَّاكِ في الشركة المساهمة؛ وحُدِّدت هذه النسبة في النظام السعودي بـ ٥٪، فمَن يَملِكُ في الشركة بمقدارِ هذه النسبة، أو أكثر، يُعدُّ من كبار الملَّاكِ دون مَن عَدَاهم (٢).

#### المسألة الرابعة: تغيُّر اجتهادِ هيئة الرقابة.

إذا تغيَّر اجتهادُ هيئةِ الرقابة الشرعيَّةِ في مسألةٍ من المسائل التي كان المصرف قد أخذ فيها باجتهاد سابقٍ من الهيئة ذاتِها، أو من هيئةٍ أخرى؛ فالأصلُ أنَّ الاجتهادَ الثاني لا يَنقُضُ الاجتهاد الأوَّل؛ عملًا بالقاعدة الشرعية أن «الاجتهاد لا ينقض الاجتهاد».

شرح المنتهى ٣/ ٥٨٩.

<sup>(</sup>٢) الموقع الرسمي للسوق المالية السعودية على الشبكة العنكبوتية.

وقد دلَّ عليها إجماعُ الصحابةِ رَضَالِللهُ عَنْهُ؛ فإنَّ أبا بكرِ حَكَمَ في مسائلَ خالَفَه عمرُ فيها ولم يَنقُضْ حُكمَه، وحَكَمَ عمرُ في المشَرَّكةِ بعدم المشاركةِ ثم بالمشاركة، وقال: ذلك على ما قَضَيْنا وهذا على ما نقضى، وقضى في الجدِّ قضايا مختلفة.

ولأنَّ نقضَ الحكم السابق يؤدِّي إلى ألَّا يستقرَّ حكمٌ، وفي ذلك مشقَّةٌ شديدةٌ؛ فإنه إذا تُقض هذا الحكمُ نُقض ذلك النَّقضُ، وهَلُمَّ جَرَّا.

ولهذه القاعدةِ تطبيقاتٌ متعدِّدةٌ في القضاء، والعبادات، والأنكحةِ وغيرِ ها(١).

غيرَ أنَّه ينبغي التنبُّهُ إلى أنَّ محلَّ هذه القاعدةِ في الأحكام السابقةِ لا اللَّاحقة، وفي الأحكام الاجتهاديَّةِ دون القطعيَّة، وإيضاحُ ذلك في النِّقاطِ الآتية:

الأولى: إذا تغيّر اجتهادُ الهيئةِ في مسألةٍ من المسائل، فيلزم المصرفَ الأخذُ بالاجتهاد الثاني في عقودِه اللَّحقةِ، وليس له أن يتخيَّر بين الاجتهادين؛ فإنَّ المقصود بالاجتهاد الذي لا ينقض ما كان في الماضي، وأمَّا ما في المستقبل فيختلف الحكمُ فيه باختلاف الترجيح.. قال الزركشي: (هذه العبارة اشتَهَرَت في كلامهم، وتحقيقُها أنَّ النَّقضَ الممتنعَ إنما هو في الأحكام الماضيّةِ، وإنما تغيَّر الحكمُ في المستقبل لانتفاء الترجيح)(٢).

ومما يدلُّ على ذلك: ما جاء في كتاب عمر لأبي موسى رَحَوَالِثَهُ عَنْهُا: (ولا يمنعنَّك قضاءٌ قَضَيْتَه بالأمس ثم راجعتَ نفسَكَ فيه اليومَ فهُدِيتَ لرُسْدِكَ، أن تُراجِعَ فيه الحقَّ؛ فإنَّ الرجوع إلى الحقِّ خيرٌ من التمادي في الباطل)(٣).

والثانية: إذا تبيَّن للهيئة خَطَوُّها، أو خطأ الهيئةِ السابقةِ في الاجتهاد السابق؛ لمخالفته لأمرِ قطعيٍّ، فيجب نقضُه في هذه الحال؛ قال الفتوحي: (لا يُنقَض حكمُ حاكمٍ في مسألةٍ اجتهاديَّةٍ عند الأئمة الأربعةِ ومَن وافَقَهم؛ للتساوي في الحُكمِ بالظَّنِّ، وإلَّا نُقِض بمخالفةِ قاطعٍ في مذهب الأئمة الأربعة)(٤).

وعلى هذا، تُنقض الفتوى السابقة إذا كانت مخالِفةً لنَصِّ قطعيِّ الثبوتِ والدلالةِ، أو لإجماعِ قطعيٍّ.

<sup>(</sup>١) ينظر في تطبيقاتها: الأشباه والنظائر للسيوطي، ص١٠١، المنثور في القواعد ١/ ٩٣.

<sup>(</sup>٢) المنثور في القواعد ١/ ٩٣.

<sup>(</sup>٣) أخرجه الدارقطني (٤/ ٢٠٧)، والبيهقي (٨/ ٢٣٢). قال ابن حجر: (ساقه ابن حزم من طريقين، وأعلَّهما بالانقطاع، لكن اختلاف المخرج فيهما مما يقوي أصل الرسالة، لا سيَّما وفي بعض طرقه أنَّ رَاوِيَهُ أخرج الرسالة مكتوبةً). التلخيص الحبير ٤/ ٣٥٩.

<sup>(</sup>٤) شرح الكوكب المنير، ص ٢١١، وينظر: البحر الرائق ٨/ ٥٥٠، التاج والإكليل ٨/ ١٤١، تحفة المحتاج (١٤١) المغنى ١٠٤٠، المغنى ١٠٤٠.

والثالثة: لا يلزم الهيئة في حال تغيُّرِها تتبعُ اجتهاداتِ مَن قبلها، إذا كانت تعلم من حال الهيئة السابقةِ أنها من أهل الفُتيا في المعاملاتِ الماليَّةِ؛ قال في «المغني»: (وليس على الحاكم تتبُّعُ قضايا مَن كان قبله؛ لأنَّ الظاهرَ صِحَّتُها وصوابُها)(۱).

#### المسألة الخامسة: الأخذ برأي الأغلبية في الترجيح.

درجت الهيئاتُ الشرعيَّةُ في حال اختلافِ أعضائها في مسألةٍ من المسائل على التَّرجيح بين الأقوالِ بأَخْذِ رأي الأغلبيَّةِ، وهذا هو المعمول به في عامَّةِ المجامع الفقهيَّةِ، وهيئات الاجتهادِ الجماعي.

ويمكن أن يُستأنس لذلك بفعلِ النبيِّ صَالَّلتُهُ كَايَهِ وَسَلَمْ يومَ أُحُدِ؛ فإنَّه أخذ برأي الأغلبيَّةِ من الصحابة النين كانوا يريدون الخروج من المدينة، مع أنَّ رأيه ورأي بعضِ الصحابة في البقاء بها؛ فعن ابنِ عبَّاسٍ رَضَالِلَهُ عَنْهُا قال: (تنقَّل رسولُ الله صَالَّلتُهُ عَلَيْهِ وَسَلَمْ سيفَه ذا الفقاريوم بدرٍ، قال ابن عباس: وهو الذي رأى فيه الرُّويا يومَ أُحُدٍ؛ وذلك أنَّ رسول الله صَالَّلتُهُ عَلَيْهِ وَسَلَمْ لما جاءه المشركون يومَ أُحُدٍ كان رأيه أن يقيم بالمدينة فيقاتِلَهم فيها، فقال له ناسٌ لم يكونوا شَهِدوا بدرًا: تخرج بنا يا رسولَ الله اليهم نُقاتِلُهم بأُحُدٍ، ورَجَوْا أن يُصيبوا من الفضيلة ما أصاب أهلُ بدرٍ، فما زالوا به حتى لَبِسَ أَداتَه) (۱).

#### المسألة السادسة: تكوينُ هيئةٍ عُليا تكون مرجعًا للهيئات الشرعيَّة.

من السياسات الشرعيَّةِ التنظيميَّة التي قد تُسهِم في ضَبْطِ عملِ الهيئاتِ الشرعية، والحدِّ من اختلاف فتاواها، تكوينُ هيئةٍ شرعيَّةٍ عُليا في كلِّ بلدٍ، تكون مرجعًا لهيئات الرقابة في ذلك البلد؛ وهذا التنظيمُ لا يخلو من حالين:

الحال الأولى: أن يكون لغرضِ توحيدِ الفتوى، بحيث تعرض جميعُ فتاوى الهيئات الفرعيَّةِ على الهيئة العُليا فتنقضها أو تُقِرُّها؛ فهذا -فيما يظهر للباحث- غيرُ مقبولٍ من الناحية الشرعية، ومن الناحية العملية.

أمَّا مِن الناحية الشرعية؛ فمؤدَّى هذا التنظيمِ احتكارُ الفتوى لهيئةٍ واحدةٍ، وحصرُ الاجتهاد في أفرادٍ معدودين، وهو خلافُ سُنَّةِ الله الكونيَّةُ والشرعيَّةُ؛ فقد اقتضت سُنَّتُه الكونيَّةُ أنَّ الناس -ومنهم العلماء- متفاوِتون في المداركِ والأفهام؛ ليختلفوا في اجتهاداتهم.

<sup>(</sup>۱) المغني ۱۰۵/۱۰۸.

<sup>(</sup>٢) رواه أحمد (٤/ ١٤٦ – بتحقيق أحمد شاكر)، والبيهقي ٧/ ١٤. وقال الهيثمي: رجاله رجال الصحيح (مجمع الزوائد ٦/ ١١٠)، وقال ابن حجر: إسناده صحيح (فتح الباري ١٣٥ / ٣٥٣).

واقتضت سُنتَّه الشرعية منعَ التقليدِ، والأمر بالاجتهاد لمن كان قادرًا عليه، بل جعل للمجتهد أجرًا ولو أخطأ، كما قال عَلَيْهِ الصَّلامُ: «إِذَا حَكَمَ الْحَاكِمُ فَاجْتَهَدَ فَأَصَابَ، فَلَهُ أَجْرَانِ، وَإِذَا حَكَمَ الْحَاكِمُ فَاجْتَهَدَ فَأَصَابَ، فَلَهُ أَجْرًانِ، وَإِذَا حَكَمَ فَاجْتَهَدَ فَأَخْطاً، فَلَهُ أَجْرٌ وَاحِدٌ»(١).

وقد نَصَّ أهلُ العلم على أنَّ الاجتهادَ من فروض الكفايات، وأنَّ حُكمَ المجتهد في المسائل الظنِّية لا يجوز نقضُه في المسائل الاجتهادية؛ قال الفتوحي: (لا يُنقض حُكمُ حاكمٍ في مسألةٍ اجتهادية عند الأئمَّةِ الأربعةِ ومَن وافَقَهم؛ للتساوي في الحكم بالظن)(٢).

ومثلُ هذا الاختلافِ الذي لا يزيد الفجوةَ، ولا يؤدِّي إلى الفُرقةِ، محمودٌ؛ يقول شيخ الإسلام ابن تيمية رَحَمُهُ اللَّهُ: (وقد اتَّفق الصحابة في مسائلَ تنازعوا فيها، على إقرار كلِّ فريقِ للفريق الآخرِ على العمل باجتهادهم... ومذهبُ أهلِ السنة والجماعة أنه لا إثمَ على مَن اجتهد وإنْ أخطأ)(٣).

وأمَّا مِن النَّاحية العملية؛ فلا يتناسب هذا التنظيمُ مع طبيعةِ الأعمـالِ المصرفيَّةِ التي تتغيَّر بشكلِ متسارع يتعذَّرُ معه إسنادُ إجازتِها إلى جهةٍ واحدة.

والحال الثانية: أن يكون لغرضِ تقريبِ الفتاوى وضبطِها لا توحيدها، فلا يلزم عرضُ جميعِ الفتاوى على تلك الهيئةِ، وإنَّما تتولَّى أمرَيْن:

الأول: مراقبةُ عملِ الهيئات الفرعيَّة؛ لضبطِ الجودةِ النَّوعيَّةِ، والتأكُّدِ من حُسنِ أدائها، ووضعِ الآليَّاتِ المنظِّمةِ لذلك.

والثاني: وضعُ المعاييرِ والضوابطِ الشرعيَّةِ العامَّةِ، وتكون مُلزِمةٌ للهيئات؛ ويمكن أن تتضمَّنَ هذه المعاييرُ ضوابطَ للتعاملات المحرَّمَةِ التي ترى الهيئة أنَّ القولَ بجوازها شاذُّ؛ فقد نصَّ أهلُ العلمِ على أنَّ من الحالاتِ التي يجوز فيها نقضُ حُكمِ المجتهدِ، مخالفتُه نصَّ كتابٍ، أو سُنة، أو إجماع قَطْعِيِّ (٤).

وتكوين هيئةٍ عُليا لهذه الأغراضِ مقبولٌ بل مطلوبٌ شرعًا، وهو يُسهِم بشكلٍ كبيرٍ في ضبط الفتوى، وتحقيق الجودةِ النَّوعيَّةِ للرقابة الشرعيَّةِ.

المسألة السابعة: اعتماد هيئة الرقابة في إجازة العقود على غيرها.

تعتمد بعضُ الهيئات الشرعيَّة في بعض فتاواها على فتاوى هيئات أخرى، وذلك حين يرغب

<sup>(</sup>١) أخرجه البخاري (٧٣٥٢)، ومسلم (١٧١٦) من حديث عمرو بن العاص رَضَالِلَهُ عَنْهُ.

<sup>(</sup>٢) شرح الكوكب المنير، ص ٦١٠، وينظر: البحر المحيط ٨/ ٢٢٨.

<sup>(</sup>٣) مجموع الفتاوي ١٩٢/١٩.

<sup>(</sup>٤) شرح الكوكب المنير، ص٠٦١، البحر المحيط ٨/ ٢٢٨.

المصرفُ في الارتباط مع جهةٍ تُقدِّمُ منتجًا مجازًا من هيئة الرقابة لديها، فتكتفي هيئة المصرفِ (الهيئة الأولى) في إجازة الدخول في المنتج بفتوى الهيئةِ الثانيةِ ورقابتِها؛ وبعض الهيئات تُعطي المصرفَ إذنًا عامًّا بالدخول في أيِّ عقدٍ مُجازِ من هيئة أخرى؛ أي أنَّ رقابةَ الهيئةِ في التأكُّدِ من أنَّ المصرفَ لا يدخل إلَّا في عقدٍ مُجازِ؛ إمَّا منها أو مِن غيرها، فهل هذا التفويضُ سائغ؟

قديقال: إنَّ ذلك من إحالةِ الفتوى على مجتهدِ آخَرَ، وهي جائزةٌ، كما نَصَّ على ذلك أهلُ العلم؛ قال في «شرح الكوكب المنير»: (ولا بأسَ لمن سُئل أن يدلَّ مَن سأله على رجلٍ متَّبع، قيل للإمام أحمد: الرجلُ يُسأل عن المسألة، فأَدُلُّه على إنسانِ، هل على شيء؟ قال: إن كان رجلًا مُتَّبِعًا فلا بأسَ، ولا يُعجِبُني رأيُ أحدِ.

وذكر ابنُ عَقيلِ في «واضحه»: أنه يُستَحَبُّ إعلامُ المستفتي بمذهبِ غيرِه إن كان أهلًا للرُّخصةِ؛ كطالِبِ التخلُّصِ من الرِّبا، فيَدُلُّه على مَن يرى التحيُّلُ للخلاص منه.. وذكر القاضي عن أحمد: أنهم جاؤوه بفتوى، فلم تكن على مذهبه؛ فقال: عليكم بحَلْقَةِ المدنِيِّين.

ففي هذا دليلٌ على أنَّ المفتيَ إذا جاءه المستفتي ولم يكن عنده رُخصةٌ له: أن يَدُلَّه على مذهبِ مَن له فيه رخصةٌ. انتهى. قال في «شرح التحرير»: وهذا هو الصوابُ، ولا يَسَعُ الناسَ في هذه الأزمنةِ غيرُ هذا)(١).

وقد يقال -وهو الأقرب-: ليس للهيئة أن تَبْنِيَ على فتوى هيئة أخرى ورقابتِها إلّا إذا كان المصرفُ سيُفصِح أمام عملائه بأنّ المنتج من إجازة الهيئة الأخرى؛ لأنّ تسويق المنتج على أنّه من إجازة هيئة المصرف، لا يخلو من شيءٍ من التّدليس على العملاء الذين لا يدورُ في خَلَدِهم إلّا أنّ الهيئة راجعت العقدَ وأجازَتْه.

010010010

## المبحث السيرابع

## الصفات المعتَبَرة في عضو هيئة الرقابة وفي المراقب الشرعي

تقدَّم معنا، أنَّ هيئة الرقابة الشرعيَّة تتكوَّن من هيئةِ إفتاءِ ومن مراقبين شرعيين، وقد يكون عضو الهيئة مراقبًا في آنٍ واحد؛ وكلَّ مِن منصب الفتوى والرقابة من الولايات الشرعية التي يُشترَط فيمن يتولَّاها الأهليَّةُ الشرعيَّة.

ويمكن تقسيمُ هذه الصفاتِ إلى أربعةِ أنواعٍ: أساسية، وسلوكية، وعلمية، وعملية؛ وبيانُها على النحو الآتي:

#### أولًا: الصفات الأساسية.

وهي الصفاتُ المطلوبةُ في أيِّ منصبٍ شرعيٍّ؛ ليكون صاحبُه من أهل التكليفِ. وهي: الإسلام، والعقل، والبلوغ.

وهذا النوعُ من الصفات معتبَّرُ في عضو الهيئةِ، وفي المراقب.

#### ثانيًا: الصفات السلوكية.

ويُقصَد بها الصفاتُ التي يتحقَّقُ بها وصفُ الشخصِ بكونه عدلًا، ويدخل فيها الاستقامةُ في الدين، والصِّدقُ والأمانةُ والتَّحلِّي بالمروءة، وهي -أي المروءة- أن يفعل ما يجمِّلُه ويُزينه، ويَدَعُ ما يُدَنِّسُه ويَشِينُه.

فالعدالة - كما يقول الإمام الماوردي-: (معتبَرةٌ في كلِّ ولاية، وهي أن يكون صادقَ اللَّهجة، ظاهرَ الأمانة، عفيفًا عن المحارم، متوقيًا عن المآثِم، بعيدًا عن الريب، مأمونًا في الرضا والغضب، مستعملًا لمروءة مثلِه في دينه ودنياه، فإذا تكاملت فهي العدالةُ التي تجوز بها شهادتُه، وتصحُّ معها ولايتُه، فإنِ انخرمَ منها وصفٌ، مُنع من الشهادة والولاية)(١).

وهذه الصفاتُ معتبرةٌ في عضو الهيئة، وفي المراقب الشرعي.

<sup>(</sup>١) الأحكام السلطانية، ص٨٤.

#### ثالثًا: الصفات العلميَّة.

ويُقصد بها التَّأهيل العلمي لما يتطلبه منصب الإفتاء ومنصب المراقب؛ والصفات العلمية المطلوبة في عضو الهيئةِ أكثرُ من تلك المطلوبة في المراقب؛ لأن الفتيا تعتمد في المقام الأول على التحصيل العلمي، بخلاف الرقابة.

#### فيشترط في عضو هيئة الرقابة ما يلي:

١ – أن تتحقَّقَ فيه صفاتُ المجتهد من حيث الجملة؛ لأنَّ الإفتاء في المعاملات الماليَّةِ المعاصرةِ، يتطلَّبُ إعمالَ النَّظرِ، واستنباطَ الأحكامِ من الأدلَّةِ الشرعية، وتخريجَ النوازلِ المعاصرةِ على الأصول والقواعد الفقهية؛ وكلُّ ذلك يستلزم أن يكون لدى المفتي آلةُ الاجتهادِ التي تمكِّنُه من النَّظرِ والاستنباط على الوجه الصحيح.

وقد ذكر أهلُ العلمِ في مصنَّفاتهم في أصول الفقهِ شروطًا قاسية للمجتهد، لا تكاد تتحقَّقُ إلَّا في النوادر من العلماء، فاشترَطوا معرفتَه بآيات الأحكامِ وأحاديثِها، والناسخ والمنسوخ، وصحيح الحديثِ وضعيفه، ومسائل الإجماعِ والقياس، وعلوم اللغة العربية، ودلالات الألفاظ والمقاصد الشرعية.

والمقصود: أن يعرف هذه العلوم من حيث الجملة؛ إذ الإحاطةُ بها متعذِّرةٌ، قال في «البحر المحيط» -نقلًا عن الصيرفي-: (الشرط في ذلك كلِّه، معرفتُه جملةً لا جميعه؛ لأن هذا لم نَرهُ في السادة القدوةِ من الصحابة، فقد كان يخفى على كثيرِ منهم أدلَّةُ الأحكامِ فيعرفونها من الغير)(١).

٢- أن يكون فقيهًا في المعاملات الماليَّة، ويقصد بالفقه هنا: الفَهمُ الدَّقيقُ؛ بأن يكون عالمًا بأصول المعاملات الماليَّة في الشريعة وضوابطِها، وشروط كلِّ عقدٍ وموانعه، وأسباب الفسادِ في العقود، فلا تكفي معرفتُه بهذه المسائل من حيث الجملةُ، بل لا بد من أن يكون عالمًا بجزئيَّاتِها، عميتَ الإدراكِ والفَهمِ لها، وأن يكون لديه الرياضةُ الذِّهنيَّةُ التي تمكِّنُه من تصوُّرِ العقودِ، وما فيها من تعقيدات، وتنزيل الأحكام الشرعيَّةِ عليها.

وإذا كان أكثرُ أهلِ العلم يرون أنَّ الاجتهاد يتبعَّض (٢)، وأنه من الممكن أن يكون العالم مجتهدًا في بابٍ من أبواب الفقه دون باب؛ لتعنُّرِ الاجتهادِ المطلَقِ، فإنَّ ذلك يَصدُق على ما نحن بصدَدِه؛ إذ يُشترط في عضو هيئةِ الرقابة الشرعيَّة أن يكون من أهل الاجتهاد في المعاملات الماليَّةِ.

٣- أن يكون مُدرِكًا للمقاصد الشرعية في المعاملات المالية؛ فالشريعة لم تأتِ لتضيُّقَ على

<sup>(</sup>۱) ٨/ ٣٣٥. وينظر في تفصيل هذه الشروط: الموافقات ٤/ ٥٦، شرح الكوكب المنير، ص٢٠٢، شرح مختصر الروضة ٣/ ٧٥٠.

<sup>(</sup>٢) ينظر: شرح الكوكب المنير، ص٦٠٣، البحر المحيط ٨/ ٢٣٧.

الناس في معيشتهم، أو لِتمْنَعَهم مما فيه مصلحتُهم، بل جعلت الأصلَ في تعاملات الناس الإباحة، وحصرت المحرَّماتِ في أبوابِ ضيقةٍ؛ لما فيها من الظُّلم، وأَكْلِ المالِ بالباطل.

فبناءُ الشريعةِ في المعاملات على التوسعةِ ورَفْعِ الحرجِ عن الناسِ ومراعاة حاجاتهم، فإذا غاب عن المفتي هذه المعاني، وكان ضيِّق النظر، آلَ به الأمر إلى التضييق على الناس، وهو خلاف مقصودِ الشارع؛ وما أجملَ ما ذكره شيخ الإسلامِ ابنُ تيميَّةَ في وصف حالِ بعض المُفتِين بقوله: (ولقد تأمَّلتُ أغلبَ ما أُوقَعَ الناسَ في الحِيل فوجدتُه أحدَ شيتَين؛ إمَّا ذُنُوبٌ جُوزُوا عليها بتضييق في أمورِهم، فلم يستطيعوا دَفْعَ هذا الضِّيقِ إلَّا بالحِيل.. وإمَّا مبالغة في التشديد لما اعتقدوه من تحريم الشارع، فاضطرَّهم هذا الاعتقادُ إلى الاستحلال بالحِيل.

وهـذا من خطأ الاجتهاد؛ وإلَّا فمن اتَّقى الله وأخذ ما أحلَّ له وأدى ما وجب عليه؛ فإنَّ الله لا يُحوجه إلى الحيل المبتدعة أبدًا؛ فإنه سبحانه لم يجعل علينا في الدِّين من حَرَج، وإنَّما بعث نبيَّنا صَلَّاللَّهُ عَلَيْهُ وَسَلَّمَ بالحنيفيَّةِ السَّمحةِ؛ فالسببُ الأوَّلُ: هو الظلم، والسبب الثاني: هو عدم العلم، والظلم والجهل هما وصفٌ للإنسان المذكورِ في قوله: ﴿ وَحَمَلَهَا ٱلإِنسَنَ الْإِنسَانَ ظَلُومًا جَهُولًا ۞ ﴾ (١).

وأصل هذا: أنَّ الله سبحانه إنَّما حرَّمَ علينا المحرَّماتِ...؛ كالميسر، والربا، وما يدخل فيهما من بيوع الغرر وغيره؛ لما في ذلك من المفاسد التي نبَّه الله عليها ورسولُه بقوله سبحانه: ﴿ إِنَمَا يُرِيدُ الشَّيْطِنُ أَن يُوقِعَ بَيْنَكُمُ الْمَدَوةَ وَالْبَغْضَاءَ فِي الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَن ذِكْرِ اللّهِ وَعَنِ الصَّلَوةِ فَهَلَ أَنتُم مُنتَهُونَ ۞ ﴾ (١). فأخبر سبحانه أنَّ الميسِرَ يُوقِع العداوة والبغضاء... وإذا كانت مفسدةُ بيع الغرر هي كونُه مَظِنَّة العداوة والبغضاء، وأكل الأموال بالباطل؛ فمعلومٌ أنَّ هذه المفسدة إذا عارَضَتُها المصلحةُ الرَّاجِحةُ قُدِّمت عليها.. فالضرر على الناس بتحريم هذه المعاملاتِ أشدُّ عليهم مما قد يتخوف فيها من تباغُضٍ، أو أكلِ مالٍ بالباطل.. والشريعةُ جميعُها مبنيَّةُ على أنَّ المفسدةَ المقتضيةَ للتَّحريم، إذا عارَضَتُها حاجةٌ راجحةٌ أُبيح المحرَّم؛ فكيف إذا كانت المفسدةُ منتفةً) (١٠).

٤ – أن يكون عنده تصوُّرٌ للعقود المستحدَثةِ وجوانبِها الفنيَّة، حتى يبنيَ على ذلك حُكمَه الشرعيَّ؛ لأنَّ الحكم على الشيء فرعٌ عن تصوُّرِه، وإذا كان تصوُّرُه خاطئًا فالحكمُ المبني عليه في الغالب يكون خاطئًا أيضًا، ولا يكفي أن يعتمد على التصور الذي يقدِّمُه غيرُه؛ فقد يكون مُجمَلًا، أو ناقصًا بعضَ الجوانبِ المؤثِّرةِ في الحُكم الشرعيِّ.

سورة الأحزاب، الآية: ٧٢.

<sup>(</sup>۲) سورة المائدة، الآية: ٩١.

<sup>(</sup>٣) مجموع الفتاوى ٢٩/ ٥٥.

فهذه الشروطُ العلميَّةُ لعضو هيئةِ الرقابةِ، وأمَّا المراقب فيُشتَرَط فيه أن يكون عالمًا بأصول المعاملاتِ الماليَّةِ من حيث الجملةُ، وضوابطها، وشروط كلِّ عقدٍ وأسباب فساده؛ فهذا القدرُ من المعرفة أرى أنه كافٍ لتأهيل المراقبِ الشرعي للتدقيق على العقود وفَحصِها، والتأكد من موافقتها لقرارات هيئة الرقابة.

#### رابعًا: الصفات العملية.

ويُقصَد بها: أن يكون لدى المراقبِ الشرعيِّ الخبرةُ المناسبة التي تؤهِّلُه ليقومَ بهذا الدَّوْرِ. والخبرةُ -كما يعرِّفُها أهلُ اللغة - هي: العلمُ بدقائق الأمور(١). وهي هنا: العلم المكتسَبُ بالتجربة والممارسةِ، مما يجعل المراقبَ الشرعيَّ لديه المعرفةُ بواقع الوظيفةِ وبواطنها الدقيقة. وهذه المعرفةُ لا تُكتسَب بالقراءة والاطِّلاع، بل بالممارسة والدُّرْبَة.

وكلُّ مِن منصب الإفتاء ومنصب المراقبة، يتطلَّب قَدْرًا مناسبًا من الخبرة، إلَّا أنَّ متطلَّبَاتها في المراقب أكثرُ؛ لأنَّ وظيفتَه تعتمد في المقام الأوَّلِ على الخبرة وليس على التأهيل العِلميِّ فحسبُ.

فشرطُ الخبرةِ في المفتي: أن يكون قد مارَسَ صنعةَ الإفتاء، وتصدَّى لها؛ لأنَّ الإفتاء صنعةٌ تحتاجُ إلى دُربَةٍ، فمن لم يتعوَّد على الفُتيا لا يُسعِفُه ما يحفظ مِن مسانيدَ أو متونِ عند التصدِّي لها، وفي هذا يقول عيسى بن سهل<sup>(۱)</sup>: (كثيرًا ما سمعت شيخنا أبا عبد الله بن عتاب رَضَالِلهُ عَنهُ يقول: الفُتيا صنعةٌ، وقد قاله قبله أبو صالح أيوب بن سليمان بن صالح رَحَمَهُ اللَّهُ، قال: الفُتيا دُربَةٌ، وحضورُ الشورى في مجالسِ الحكامِ منفعةٌ وتجربة، وقد ابتُلِيتُ بالفتيا، فما دريتُ ما أقولُ في أوَّلِ مجلسِ شاورَنِي فيه سليمان بن أسود، وأنا أحفظ «المدونة» و «المستخرجة» الحفظ المتقنَ، والتجربةُ أصلُّ في كلِّ فنَّ، ومعنى مُفتَقَرَّ إليه) (۱۳).

وشرط الخبرة في المراقب الشرعي: أن يكون لديه إلمامٌ بالآليَّاتِ المتَّبَعةِ في المؤسَّساتِ الماليَّةِ لتنفيذ العقودِ، وإجراءات القيودِ المحاسبيَّةِ، وطُرُّقِ المراجعةِ والتدقيق، وكيفيَّة تطبيقِ الفتاوى الشرعيَّةِ على تلك العقود؛ وهذه الخبرةُ أرى أنها تتطلَّبُ ثلاثةَ أمور:

الأول: أن يكون لدى المراقبِ الشرعي معرفةٌ بأصول المعاييرِ المحاسبيَّةِ، والقانونيَّة، والمراجعة الداخليَّة.

<sup>(</sup>١) ينظر: التعريفات للجرجاني، ص٩٧، القاموس المحيط، ص٤٨٨، المصباح المنير، ص١٦٢.

<sup>(</sup>٢) أبو الأصبغ الأسدي القرطبي الغرناطي، فقيه مالكي، تولى قضاء غرناطة، له كتاب: (الإعلام بنوازل الأحكام). توفي سنة ٤٨٦هـ. ينظر: الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب (٢/ ٧٠).

<sup>(</sup>٣) فتاوى الإمام الشاطبي، ص٧٦، المعيار المعرب (١٠/ ٧٩).

والثاني: أن يكون المراقبُ قد حصل على التدريب الكافي في الرقابة الشرعية من خلال عملِه معاونًا لمراقبٍ شرعيًّ مدَّةً زمنيَّة تكفي لاكتسابه الخبرة في هذا المجال؛ وهذه المدَّةُ يصعب تحديدُها بفترةٍ معيَّنةٍ، وإنما تجتهد هيئةُ الرقابةِ الشرعية في ذلك.

والثالث: أن يكون المراقِبُ قد شارك في دوراتٍ تدريبيَّةٍ (تطبيقيَّة) في المعاملات الماليَّةِ؛ لأنَّ بعض المهاراتِ لا يمكن الحصولُ عليها من خلال الكتبِ، ولا بالممارسة، وإنما تتطلَّبُ الاستفادة ممن لهم باعٌ طويلٌ في هذا المجال(١٠).

0,00,00,0

<sup>(</sup>۱) ويمكن الاستزادة حول شرط الخبرة مما كتبه د. حسين شحاتة، في مجلة الاقتصاد الإسلامي العدد (۱۱۷) السنة (۹)، شعبان ۱٤۱۱ هـ بعنوان: (التنظيم الإداري والتوصيف الوظيفي واختصاصات هيئة الرقابة السرعية في المؤسسات المالية الإسلامية).



## المبحث الخامسو

## معايير ضبط الجودة في عمل الرقابة الشرعية (١)

#### المعيار الأول: الاستقلال والحياد.

إنَّ عنصرَ الاستقلالِ لعضوِ الرقابةِ الشرعيَّةِ، أساسيُّ لضمان تحقُّقِ الموضوعيَّة في القرارات التي يُصدِرُها حيالَ أعمال المصرفِ بعيدًا عن أيِّ ضغوطٍ ماديَّة أو معنوية، يمكن أن تمارَسَ تجاهَه للتأثير على رأيه.

ومستند ذلك: أنَّ ما يُصدِرُه عضو هيئةِ الرقابةِ الشرعية من فتاوى، وما يُصدِرُه المراقبُ الشرعيُّ من تقاريرَ رقابيَّةٍ، يتضمَّن الشهادةَ للمصرف؛ فإذا لم يكن المفتي أو المراقب مستقِلًا، فإنَّ ذلك يوجِبُ الطعنَ في شهادته؛ وقد نصَّ أهلُ العلمِ على ردِّ شهادةِ الأجيرِ لمن استأجَرَه فيما استأجره فيه؛ لوجود التُّهمةِ، وانعدامِ الحيادِ. قال في «شرح المنتهى»: (من الموانع: أن يجرَّ الشاهدُ بشهادته نفعًا لنفسه؛ كشهادته لموكله.. وشهادته لمستأجِرِه بما استأجَرَه فيه... كمن نُوزعَ في ثوبِ استأجَر أجيرًا لخياطته، أو صَبْغِه أو قَصْرِه، فلا تُقبَل شهادةُ الأجيرِ به لمستأجِره؛ للتُّهمة)(١).

ويمكن تحقيق هذا المعيار على النحو الآتي:

أُولًا: الاستقلال الوظيفي؛ ففي عضو هيئة الرقابة الشرعية (المفتي)، بألًّا يكونَ أحدَ موظَّفِي المصرفِ، بل يكون من خارج المصرف.

وفي الرقابة الشرعية الداخلية، يجب أن تكون مكانةُ الرقابةِ الشرعية الداخليَّة في الهيكلِ التنظيمي للمصرف كافيةً لإنجاز مسؤوليَّاتها، وألَّا ينخفَض المستوى التنظيمي للرقابة الشرعية الداخلية عن مستوى إدارة المراجعة الداخلية (٢٠)، كما يجب أن يكون المرجع الفنِّي للمراقب الشرعي الداخلي هو هيئة الرقابة الشرعيَّة وليس إدارةَ المصرف، فيكون مرتبطًا بالمصرف إداريًّا، وأمَّا تقاريرُه الرقابيَّةُ فتُعتَمَد من الهيئة.

<sup>(</sup>۱) أشير هنا إلى معايير الضبط (۱-٤) الصادرة عن مجلس معايير المحاسبة والمراجعة بهيئة المحاسبة والمراجعة بهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية. وقد بُذل فيها جهدٌ مشكور، ومن الممكن أن تكون الأساس الذي ينطلق منه؛ لاستيفاء كامل الأُسُس التي تتطلّبُها الرقابة الشرعية على المصارف.

<sup>(</sup>٢) شرح المنتهي ٣/ ٥٨٩، وينظر: رد المحتار ٥/ ٤٧٩، حاشية الدسوقي ٤/ ١٧٣، مغني المحتاج ٦/ ٣٥٤.

<sup>(</sup>٣) معايير المحاسبة والمراجعة ٢/ ٢٦.

ثانيًا: الاستقلال المالي؛ ويتحقَّق ذلك في عضو هيئة الرقابة؛ بألَّا تكون مكافأتُه مرتبطةً بما يُجيزه للمصرف من عقود، وإنما تقدَّر بجُهدِه وعمَلِه، كعدد الجلسات، أو بمكافأةٍ مقطوعةٍ سنويًا، ونحو ذلك.

وفي المراقب الشرعي الداخلي؛ بألَّا يربط أجره بما في مضمون التقارير التي يصدرها.

ثالثًا: الاستقلال في التعيين والعزل؛ فيجب أن يكون تعيينُ عضوِ هيئةِ الرقابةِ الشرعيَّةِ من أعلى سُلطةٍ في المصرف، وهي جمعيَّةُ المساهِمِين، ولا يُعزَلُ إلَّا بقرارِ منها؛ وأمَّا المراقبُ الشرعيُّ الداخلي، فيكون تعيينُه وعزلُه بقرارِ إداريِّ بشرط موافقةِ هيئةِ الرقابةِ الشرعيَّةِ على ذلك.

#### المعيار الثاني: التأهيل العلمي والعملي.

فيُ شترَط في عضو هيئةِ الرقابةِ أن تتحقَّقَ فيه الصفاتُ العلميَّةُ والعملية التي سبق بيانُها، بحيث يكون قادرًا على الاستنباط في القضايا المستجَدَّةِ، متمكِّنًا مِن فَهْمِ كلام المجتهِدِين، عالمًا بالأعراف السائدةِ في الأوساط الماليَّةِ.

وفيما يظهر للباحث، أنه مهما ذكر من شروط لأهليَّةِ الإفتاء، فلن تحدَّ من اقتحام هذا المنصبِ ممن ليس من أهلِه؛ ولذا قد يكون من المناسِبِ وضعُ معيارِ منضبطِ في ذلك، وقد وضعت بعضُ المؤسَّساتِ المتخصِّصة في الفقه(١) حدًّا أدنى لمعرفة مَن يمكن أن يوصَف بأنَّه فقيهُ؛ وذلك بأن يكون معروفًا بالفقه إمَّا بالاستفاضة (بأن يكون معروفًا بالفتوى في الدولة التي يعيش فيها)، أو بانتسابه لسلك القضاء الشرعيِّ، أو بحصوله على درجةٍ أكاديميَّةٍ عُليا في تخصُّصِ الفقه، أو بنشْره للعديد من الدِّراسات الفقهيَّة.

وأمَّا التَّاهيلُ العلمي والعملي للمراقِبِ الشرعي؛ فبأن يكون مُلِمَّا بأصول المعاملاتِ الماليَّةِ في الشريعة وضوابطِها، وأن يكون لديه الخبرةُ المناسِبةُ للعمل في مجال التَّدقيقِ الشرعيِّ، وفق ما سبق بيانُه في المبحث السابق.

#### المعيار الثالث: الإلزام.

الأصل في الفتوى العامة -كما يقرِّرُ أهلُ العلم- أنها غيرُ مُلزِمةٍ، وبهذا تُفارِقُ الحكمَ القضائيَّ، (فالقاضي يقضي قضاءً معيَّنًا على شخصٍ معيَّنٍ، فقضاؤه خاصُّ مُلزِمٌ، وفتوى العالمِ عامَّةٌ غيرُ مُلزمةٍ)(٢)؛ فهذا في الفتوى العامَّةِ.

وأمَّا في فتاوى هيئاتِ الرَّقابةِ الشرعيَّةِ؛ فإنَّ عنصر الإلزام جزءٌ لا يتجزَّأ منها، فهي تُشبه الحكم

<sup>(</sup>١) مثل موقع الفقه الإسلامي، وهو موقع يضم رابطةً فقهيَّةً لمئات الفقهاء من شتى أقطار العالم الإسلامي.

<sup>(</sup>٢) من كلام لابن القيم في إعلام الموقعين ١/ ٣٠، وينظر: أنواء البروق ١/ ٤٨، كشاف القناع ٦/ ٢٩٩.

القضائي من حيث إنها خاصَّةٌ مُلزِمة (١)، وهذا هو عنصر القوة، وإذا تجرَّدت الفتوى عن الإلزام، فلا يصحُّ وصفُ الهيئة بأنها هيئة رقابة شرعيَّة، بل هي في الحقيقة هيئةٌ استشاريَّة شأنها كشأنِ أيِّ جهة إفتاء أخرى. ولئن كان وجودُ هيئاتٍ شرعيَّة استشاريَّة في المصارف مقبولًا في فتراتٍ سابقة لتتقبل إدارات المصارف التحوُّل إلى المصرفيَّة الإسلاميَّة، فإنَّ هذه المرحلة قد طُويت وليس من السائغ الآن أن تتنازل الهيئاتُ عن مبدأ الإلزام بقراراتها؛ لأنَّ فقدانَ هذا المبدأ يُضعِفُ الهيئة ويُفقِدُها مبدأ الاستقلاليَّة؛ فالمصرفُ يختار من قراراتِ الهيئة ما يَرُوقُ له ويوافق هواه، وأمّا ما عداه فيرمِيه؛ لكونه غيرَ مُلزَم به، أي أنَّ قرارات الهيئة خاضعةٌ لنظر إدارةِ المصرفِ وليس العكس، وهذا قلبٌ للمفاهيم، فالمفترض في الهيكل التنظيمي للمصرف أن تكون إدارةُ المصرفِ خاضعةٌ لقرارات هيئة الرقابة، ومركز الهيئة هو الأعلى وليس العكس.

ومما يمكن أن يُستَشهد به في هذا السياق: ما ذكره الإمام ابنُ القيِّم رَحِمَهُ اللَّهُ تعليقًا على قول عمر في كتابه لأبي موسى الأشعري رَضَالِتُهُ عَنْهُا: (فإنَّه لا ينفع تكلُّمُ بحقِّ لا نفاذَ له)، قال: (مرادُ عمرَ رَضَالِتُهُ عَنْهُ بذلك، التحريضُ على تنفيذ الحقِّ إذا فَهِمَه الحاكم، ولا ينفع تكلُّمُه به إن لم يكن له قوَّة تنفيذه، فهو تحريضُ منه على العلم بالحقِّ والقوَّقِ على تنفيذه، وقد مدح الله سبحانه أُولي القوَّقِ في أمرِه والبصائر في دينه، فقال: ﴿ وَاذْكُرُ عِبَدَنَا إِبْرَهِيمَ وَإِسْحَقَ وَبِعَقُوبَ أُولِي الْأَيْدِي وَالْأَبْصَرِ ﴿ وَالْأَبِدِي: القُوَى على تنفيذ أمرِ اللهِ، والأبصار: البصائر في دينه) (٣)؛

#### والمستند الشرعي للإلزام بفتاوى هيئات الرقابة أمران؛ الشرع، والشرط:

أمَّا الشرعُ؛ فالله سُبْحَانَهُ وَتَعَالَىٰ جعل هذه الشريعةَ عامَّةً لكلِّ جوانبِ الحياة، فليس للمصرف أن يَحيد عن هذا الأمرِ، أو يختار من الأحكام ما يَرُوق له، بل يجب عليه كما يضع الإجراءاتِ التي تحمي رأسَ مالِه من الخسارة، أن يضع الإجراءات التي تحميه من الوقوع فيما حرَّمَ الله، وذلك لا يتأتَّى في مثل هذا العصرِ الذي تعقَّدت فيه المعاملاتُ وتشعَّبت، إلَّا بوجود هيئاتِ رقابةٍ شرعيَّةٍ، فتكوينُه لهيئةٍ تراقب أعمالُه وتَحمِيه من الحرام، واجبٌ ولو لم يكن ثمة إلزامٌ من الجهات الرسميَّة؛ لأنَّ «ما لا يتمُّ الواجبُ إلَّا به فهو واجب».

وأمَّا الشرطُ؛ فإنَّ الله سبحانه أمر بالوفاء بالعقود والعهود والشروط، فقال سبحانه: ﴿ يَكَأَيُّهَا

<sup>(</sup>١) كون فتوى هيئة الرقابة ملزمة، لا يُضفي عليها صفة الحكم القضائي؛ لأنَّ الإلزام هنا مستمد من الشرط لا من السلطة القضائية.

<sup>(</sup>٢) سورة ص، الآية (٤٥).

<sup>(</sup>٣) إعلام الموقعين ١/٧٠.

الَّذِينَ ءَامَنُوَا أَوْفُواْ بِالْفُقُودِ ﴾(١)، وقال: ﴿ وَأَوْفُواْ بِعَهْدِ اللّهِ إِذَا عَهَدَتُمْ ﴾(١). ومن الوفاء بالعقد الوفاء بالشروط المصاحِبةِ له؛ وفي الحديث: «الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ»(١).

وشرط الرقابة الشرعيَّة في عمل المصرفِ موجودٌ من جهتين:

الأولى: في الشرط الذي بين المساهمين (الشركاء) وإدارة المصرف، من خلال ما يتضمَّنُه النظامُ الأساسيُّ للمصرف أو عقدِ التأسيس؛ بأن تكون معاملاته متوافِقةً مع الشريعةِ، وهذا لا يتأتَّى إلَّا بوجود رقابةٍ شرعيَّةٍ مُلزمةٍ.

والثانية: في العقد بين المصرف وعُمَلائه، عندما يُسوَّق لهم المنتَجُ على أنَّه متوافِقٌ مع الشريعةِ فهذا الوصفُ يستلزم أن يكون قد بذل القدرَ الكافيَ من التدقيق الشرعي؛ وإلَّا كان مدلِّسًا على عملائه.

#### المعيار الرابع: التدقيق والفحص (المراجعة).

يعـدُّ التَّدقيق محورَ الارتكاز لسلامة المنتجات التي تقدِّمُها المصارفُ لعُمَلاثها، وللتأكُّدِ من موافقتها لفتاوى هيئةِ الرقابةِ الشرعيَّة، فإذا غُيِّبَ هذا المبدأ أو هُمِّشَ، فقدت الرقابة الشرعيَّةُ مصداقيَّتُها.

ومن واقع الحال، إذا لم تعتمد هيئةُ الرقابة الشرعية سياساتٍ إجرائيَّةً مناسبةً تضمن القيام بأعمال التدقيق والمراجعة على الوجه الصحيح، من حيث عددُ المراقِبين، وصلاحياتهم داخلَ المصرفِ، وآليَّات الفحص، فإنَّ من النادر أن يكون المنتج وفق المعايير التي وضعتها الهيئة.

والتساهلُ في هذا الأمرِ أُوجَدَ خللًا ملحوظًا في عمل بعضِ الهيئاتِ الشرعية إلى درجة أن نجد منتجاتٍ تسوَّقُ على العملاء على أنها مُجازةٌ من الهيئة في الوقت الذي يُفتي فيه الأعضاء على المنابر بتحريمها، ومنشأ الخلل هنا -في نظر الباحث- من ضعف التدقيق.

والناظر في الواقع لا يجد تناسبًا بين عدد المراقبين الشرعيِّين (الداخليين) وحجم العمل المنوطِ بهم؛ ففي دراسة (١٠) أُجريت في عام ٢٠٠٧م على شريحة تضمُّ أحدَ عشرَ مصرفًا تقدم خدماتٍ إسلاميَّة، وتضم (١٠١٥) فرعًا إسلاميًّا، وبحجم تمويل إسلاميًّ بلغ أكثرَ من مئة مليار دولار، ومع ذلك فإنَّ عددَ المراقبين الشرعيِّين لم يتجاوز (١٨) مراقبًا شرعيًّا، وكثيرٌ منهم مشغولٌ بأعمالِ أخرى غير الرقابة؛ كأمانة الهيئة الشرعية والبحوث، وغير ذلك!!

سورة المائدة، الآية: ١.
 سورة النحل، الآية: ٩١.

<sup>(</sup>٣) الترمذي (١٢٧٢)، وأبو داود (٣١٢٠).

<sup>(</sup>٤) قام بإعداد هذه الدراسة مركز الأوائل للاستشارات الاقتصادية.

إنَّ التأكد من حصول التدقيق بالشكل المطلوب، يبقى من مسؤوليَّاتِ هيئةِ الرقابة الشرعيَّة؛ إذ لا يجوز شرعًا أن ترى الهيئةُ المصرفَ يسوِّق منتجاته باسمها وهي لم تتأكَّد من مطابقتها لفتاواها؛ إذ يعدُّ ذلك تضليلًا وتلبيسًا على الناس؛ والعامِّيُّ إذا رأى أسماءَ العلماءِ وتواقيعَهم، لم يتردَّد في الدخول في العقدِ، ثقة بأهل العلمِ لا بالمصرف؛ فيجب على الهيئة أن ترفض التعاونَ مع المصرفِ إذا لم يوفر العددَ الكافي من المراقِبين ويُعطِيهم من الصلاحيَّاتِ ما يُمكِّنُهم من إجراء التدقيقِ على الوجه الأتمِّ.

#### ومن الوسائل التي يمكن بها تحقيثُ هذا المعيارِ، ما يلي:

١ - تزويد جهازِ الرقابة الشرعي بالعدد الكافي من المراقبين الداخلِيِّين المؤهَّلِين تأهيلًا مناسبًا، وعدم الاكتفاء بالمراقبة الخارجيَّةِ.

٢- إلزامُ المصرفِ بأن تكون جميعُ العقودِ والمنتَجاتِ، التي يقدِّمُها لعملائه مجازةً بصورتها النهائيَّة، بصورتها النهائية على المنتَجِ بصُورته النهائيَّة، بحيث لا تكتفي الهيئةُ بإجازة الهيكل العامِّ للمنتج.

٣- وضع السياسات الإجرائيَّة للرقابة الداخلية وَفْقَ الطُّرُقِ الفنِّيَّة المعتبَرة، واعتمادها من
 هيئة الرقابة الشرعية.

٤ - تمكين المراقِبِين الداخلِيِّين من الاطِّلاع على المستنداتِ والوثائق التي يتطلَّبُها العملُ الرقابي.

٥- إجراءُ فحص عشوائيٍّ يكون شاملًا لجميع أنواعِ المنتجاتِ المصرفيَّةِ؛ للتأكُّدِ من مطابقتها لفتاوى الهيئة.

٦- إعداد تقاريرَ رقابيَّةِ دوريَّة، يقدِّمُها رئيسُ الرقابة الداخليَّةِ لهيئة الرقابة الشرعيَّة.

٧- إعداد هيئة الرقابة الشرعيَّة تقريرًا رقابيًّا يغطي جميع تعاملاتِ المصرفِ، ويقدم لجمعية الشركاء (١).

#### المعيار الخامس: الالتزام بالاجتهاد الجماعي.

إنَّ ما يميز فتاوى الهيئات الشرعية، أنها صادرةٌ عن اجتهادٍ جماعيٍّ، وهذا بلا شكُّ يُعطي الفتوى قوَّة وقبولًا؛ فالأمرُ -كما يقول عبيدة السلماني لعلي بن أبي طالب رَخَالِلَهُ عَنهُ-: (رأيُك مع عمر في الجماعة أحبُّ إلينا مِن رأيك وحدَك)(٢).

<sup>(</sup>۱) ويمكن الاستزادة في بعض الجوانب الفنية لعمل الرقابة الشرعية إلى ما تضمنته معايير الضبط الصادرة من هيئة المحاسبة والمراجعة ١/ ٢-٤٧.

<sup>(</sup>٢) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، في باب بيع أمهات الأولاد ٥/ ١٨٥. وصحَّحه الشوكاني في نيل الأوطار ٥/ ١٨٥.

ولا يتحقَّقُ وصفُ الاجتهادِ الجماعيِّ إلَّا بأن يكون عددُ الأعضاء ثلاثةً؛ لأنَّ المستشار الواحد ليس بجماعة، وأمَّا الاثنانِ فهما دون أقلِّ الجمع عند مَن يرى من أهل العلم أنَّ أقلَّه ثلاثةٌ؛ ولأنَّ الاثنين إذا اختلَفا في الرأي وترجَّح رأيُ أحدِهما لأيِّ سبب، فيكون اجتهادًا فرديًّا.

#### المعيار السادس: التوفيق مع فتاوى الهيئات الأخرى.

لا ينبغي للهيئة الشرعيَّة أن تستغلَّ موقعَها وثقةَ الناسِ بها في الانفراد بـآراءِ تخالِفُ بها ما عليه جمهورُ المعاصرين في النوازل الماليَّة؛ ذلك أنَّ رسالةَ الهيئات لا تقتصر على إصدار الفتاوى فحسبُ، بل ينبغي أن تسهم في تقارب الفتاوى.

ولا بأسَ بأن تتخلَّى الهيئة، أو بعضُ أعضائها عن بعض الآراء؛ موافقة للجماعة، فإنَّ موافقة الجماعة في المسائل الاجتهاديَّة الظاهرة فيما يراه المجتهد مرجوحًا، خيرٌ من مفارَقَتِهم إلى مايراه راجحًا، وفي هذا يقول شيخ الإسلام ابن تيميَّة: (ويسوغ أيضًا أن يترك الإنسانُ الأفضلَ لتأليف القلوبِ، واجتماع الكلمة؛ خوفًا من التنفير عمَّا يصلح، كما ترك النبي صَلَّاللَّهُ عَلَيْهُ وَسَلَّمَ بناءَ البيتِ على قواعد إبراهيم... وقال ابن مسعود -لما أكمل الصلاة خلف عثمان، وأنكر عليه فقيل له في فلك، فقال-: الخلافُ شرُّ؛ ولهذا نصَّ الأثمَّةُ -كأحمد وغيره - على ذلك بالبسملة، وفي وصل الوتر، وغير ذلك مما فيه العدولُ عن الأفضل إلى الجائز المفضولِ، مراعاة ائتلاف المأمومين، أو لتعريفهم السُّنة، وأمثال ذلك)(۱).

### ويمكن أن يتحقَّق هذا المبدأُ من خلال وسائلَ متعدِّدةٍ، منها:

١ – أن تحرص الهيئة على عدم مخالفة القرارات والمعايير الصادرة من هيئات الاجتهاد الجماعي الدولية؛ مثل: مجمع الفقه الإسلامي الدولي، وهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسّساتِ الماليَّةِ الإسلاميَّةِ.

٢- تكوين هيئة شرعيَّة عُليا في كلِّ دولة تَضَعُ المعاييرَ الشرعيَّة، وتراقب عملَ الهيئاتِ الشرعيَّة.

٣- توحيد المصطلحات والمفاهيم الماليَّة بين الهيئات الشرعية؛ حتى تسهل مقارنةُ الأراء وموازنتُها.

٤ - عقدُ لقاءاتٍ دوريَّةٍ بين الهيئات الشرعيَّةِ على مستوى البلد الواحدِ.

#### المعيار السابع: الالتزام بالمقاصد الشرعية.

من الضروري أن تعكس تعاملاتُ المصرفِ الإسلاميِّ المقاصدَ الشرعيَّةَ وأخلاقيَّاتِ

<sup>(</sup>١) الفتاوى الكبرى ٢/ ١٨٢. ومن ذلك أيضًا ما جاء في المدونة: (قلت لمالك: إنه يلينا قوم يرون خلافَ ما ترى في السهو؟ قال: اتبعوه فإن الخلاف شر). المدونة ١/ ٢٢٢.

التعامل التي جاء بها الإسلام، وعلى هيئة الرقابة ألَّا يقتصر دَورُها على المراجعة الشكليَّة للعقود، بل لا بد من النظر المقاصِدِي للعقود وما تُحقِّقُه من مصالحَ للمجتمع؛ وألَّا تُغلَّب مصلحةُ المصرفِ في تحقيق الربحِ على النظر إلى الآثار السلبية على المدى البعيدِ لعقودٍ أصبحت من صميم أعمالِ المصارف الإسلامية.

وإنَّ مما يُعاب على المصارف الإسلاميَّة، أنَّ كثيرًا من البدائل المقدَّمة، لا تختلف في مآلاتها عمَّا تُقدِّمُه المصارفُ الرِّبوية، مما جعل البعضَ ينظر نظرة ريبةٍ تجاه المصرفيَّة الإسلاميَّة ومدى قُدرَتِها على حَلِّ المشكلاتِ الماليَّة؛ فمِن بين المنتجات المصرفيَّة، نجد أنَّ التورُّق اكتسح عقود التمويلِ الأخرى التي كانت المصارف الإسلاميَّة تفتخر بها في بداية انطلاقتِها؛ كالمرابحة، والاستصناع، والسَّلَم، والمشاركة؛ بل حتى المرابحة أصبحت تتمُّ ورقيًّا في سِلَع دوليَّة يَشُوبُها الكثيرُ من الشكوك، وما تأخذه المصارفُ الإسلامية فيما يسمى بـ (الرسوم الإدارية) في التسهيلات البنكيَّة في بطاقات ائتمانِ، أو خطاباتِ ضمانِ أكثرَ من الفوائد الربوية التي تأخذها البنوكُ الرِّبوية، وها هي مديونيَّاتُ الأفرادِ تتراكم وتتضاعف حتى بلغت أرقامًا مُخيفة، ولم يقف الأمرُ عند أصل الدينِ، بل يتضاعف مع مرورِ الزمنِ من خلال قلبِ الدين.

ولا شكَّ أنَّ إعطاءَ هذه المنتجاتِ الصبغة الشرعيَّة، جعل الناسَ يُقبِلون عليها بلا تردُّد؛ ومن المتعيَّن على هيئات الرقابة المبادرة بإعادة النظرِ في بعض المنتجاتِ التي لا تَقْف مع المقاصدِ الشرعيَّة؛ وأن تجعل مِن ضمن أولويَّاتها المحافظة على المقاصد الشرعيَّة، وإلزام المصرفِ بها؛ بأن يجعلها في رسالته، ومن ضمن أهدافِه، بحيث تتجلَّى أخلاقيَّاتُ الإسلام في تعاملاته وأرباحه وتسويقِه وسلوك موظَّفِيه.

## المعيار الثامن: تجنُّب الأقوالِ الشاذَّةِ وتتبُّع الرُّخَص.

تعدُّ الفتوى صمامَ الأمانِ، وخطَّ الدفاعِ الحصينِ؛ للمحافظة على مَسيرة المصارف الإسلاميَّة، فإذا حصل الخللُ فيها فلا يُجدي التدقيقُ ولا المراجعة. ووجود قولِ سابقِ لأحد الفقهاء المتقدِّمين ليس مسوِّغًا لتبنِّي ذلك القولِ؛ فالأقوالُ كلُّها تُقاس بمعيار الكتاب والسُّنة، وأمَّا قولُ العالِمُ فيُحتَجُّ له ولا يحتج به، وقد (قيل للإمام أحمد: إنَّ ابنَ المبارك قال كذا وكذا. قال: ابنُ المبارك لم ينزل من السماء. وقال: مِن ضِيقِ عِلمِ الرجلِ أن يُقلِّد ... وفي «واضح ابن عقيل»: من أكبر الآفات: الإلفُ لمقالةِ مَن سَلَفَ، أو السكون إلى قولٍ معظم في النَّفس لا بدليل، فهو أعظمُ حائلٍ عن الحق، وبلوى تجب معالجتُها) (١٠). ويجدر التنويةُ هنا بقرارِ مجمعِ الفقهِ الإسلاميِّ في ضوابط الأَخْذِ بالرُّخَصِ الفقهيَّة، ومما جاء فيه:

<sup>(</sup>١) شرح الكوكب المنير، ص٦٢٩.

(الرخص الفقهية: ما جاء من الاجتهادات المذهبيَّةِ مُبِيحًا الأمرَ في مقابلة اجتهاداتٍ أخرى تحظره... ولا يجوز الأخذُ برُخصِ المذاهب الفقهيَّة لمجرَّدِ الهوى؛ لأنَّ ذلك يؤدِّي إلى التحلُّلِ من التكليف، وإنما يجوز الأخذُ بالرُّخصِ بمراعاةِ الضوابط الآتية:

الأول: أن تكون أقوال الفقهاء التي يترخص بها معتبرةً شرعًا، ولم توصف بأنها من شواذً الأقوال.

والثاني: أن تقوم الحاجة إلى الأخذ بالرخص.

والثالث: أن يكون الآخذ بالرخص ذا قدرةٍ على الاختيار، أو أن يعتمد على مَن هو أهل. والرابع: ألَّا يترتب على الأخذ بالرُّخص التلفيق.

والخامس: ألَّا يكون الأخذُ بالرُّخَص ذريعةً للوصول إلى غرضٍ غيرِ مشروع. والسادس: أن تطمئن نفسُ المترخص للأخذ بالرخصة).

وفيما يتعلَّقُ بالتلفيق، جاء نص القرار: (حقيقة التلفيق في تقليد المذاهب هي: أن يأتيَ المقلِّدُ في مسألةٍ واحدةٍ ذاتِ فرعَين مترابطين فأكثر، بكيفيَّة لا يقول بها مجتهدٌ ممن قلَّدَهم في تلك المسألة.. ويكون التَّلفيقُ ممنوعًا في الأحوال الآتية:

إذا أدَّى إلى الأخذ بالرُّخص لمجرَّدِ الهوى... أو إذا أدَّى إلى نقضِ حُكمِ القضاءِ، أو نَقْضِ ما عُمِل به تقليدًا في واقعةٍ واحدةٍ، أو إذا أدَّى إلى حالةٍ مركَّبة لا يُقِرُّها أحدُّ من المجتهدِين)(١).

0,00,00,0

<sup>(</sup>١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٨/ ١/ ٦٣٧).

## الخاتمة

## في أبرز المقترحات لتفعيل العمل الرقابي الشرعي

### أولًا: فيما يتعلَّقُ بتنظيم عمل الرقابةِ الشرعيَّة.

١ - سن قانون (الرقابة الشرعية على الخدمات المالية)(١)، ينظم أعمالَ الرقابة، ويضع الآليَّاتِ المناسبةَ لمراقبة هيئاتِ الرقابة الشرعيَّة.

٢- إنشاء هيئة على المرقابة الشرعيَّة على المؤسّساتِ الماليَّة على مستوى الدولةِ، تتمتَّع بالاستقلاليَّة التامَّةِ، وتكون قراراتُها مُلزِمة لهيئات الرقابة الشرعية في المؤسساتِ الماليَّة، وتضمُّ مجموعة من علماء الشريعة المتخصِّصين في المعاملات الماليَّة، ويتبعها جهازُ أمانةٍ عامَّة يزوَّد بكافَّةِ التجهيزات اللَّازمةِ، الإداريَّة والماليَّة، وبالخبراء في مجال العلومِ الشرعيَّة والقانونيَّة والمصرفيَّة، والاقتصاد والمال.

وليس من اختصاص الهيئةِ العُليا دراسةُ عقودِ المؤسَّساتِ الماليَّةِ، أو إجازة منتجاتِها، وإنما يكون لها الاختصاصُ فيما يلي:

- أ- وضعُ المعاييرِ والضوابط الشرعيَّةِ للتعاملات الماليَّةِ، ويكون لهيئاتِ الرقابةِ الاجتهادُ فيما لا يتعارض مع هذه المعايير.
- ب- وضع المعايير التنفيذية المنظّمة لعمل هيئات الرقابة الشرعية، بما في ذلك
   آليَّاتُ تعيينِ الأعضاء، وعددُهم، وغيرُ ذلك.
  - ج- وضع معايير المراجعة والتدقيق الشرعي (الرقابة الداخلية).
  - د- الإشراف على عمليَّاتٍ تحوِّل المؤسَّساتِ الماليَّةَ التقليديَّة إلى إسلامية.
- هـ- إصدار القرارات الشرعية فيما يُحال إليها من موضوعاتٍ ماليَّةٍ من الجهات المختلفة.

<sup>(</sup>۱) ينادي البعض بسنِّ قوانين خاصة بالمصارف الإسلامية، ولا أوَيِّد ذلك؛ لأنَّ تخصيص المصارف الإسلامية بقانون يعني ضمنًا إقرار بقاء المصارف التقليدية، وأنها لا تخضع لهذا القانون؛ والواجب أن تلزم جميع المؤسَّساتُ المثليّة من بنوك وشركات تأمين وشركات استثمار بهذا القانون، وتعطى المؤسَّساتُ التقليدية مهلة زمنيَّة لتتحوَّل إلى مؤسَّسات إسلاميَّة.

٣- أن ينص في النظام الأساسي لأي مؤسسة ماليّة على التزامِها بالضوابط الشرعية،
 وبقرارات هيئة الرقابة الشرعية.

### وثانيًا: فيما يتعلَّق بتعيين عضوِ هيئةِ الرقابة الشرعية.

٤ - أن يكون لديه الكفاءةُ في العلم الشرعي، والمقدرة على الاستنباطِ، والخبرةُ بما يؤمِّلُه للإفتاء في القضايا الماليَّةِ المعاصرة.

٥- أن يكون مستقلًّا وظيفيًّا عن المؤسَّسةِ الماليَّةِ.

٦- أن يكون تعيينُه بقرارٍ من أعلى سُلطةٍ في المؤسّسة الماليَّةِ، وهي الجمعيَّةُ العامَّة للشركاء،
 مع أخذِ موافقةِ الهيئة العُليا في حال وجودِها.

#### وثالثًا: فيما يتعلَّق بتعيين المراقِبِ الشرعي الداخلي.

٧- أن يكون لديه التأهيل العلمي، والخِبرةُ المناسبةُ لشَغْل هذه الوظيفةِ.

٨- لا يتمُّ تعيينُه، أو عزلُه إلَّا بموافقةِ هيئةِ الرقابة الشرعية؛ لتجنُّبِ أيِّ ضغوطٍ يمكن أن تؤثَّر على عمله الرقابي.

#### ورابعًا: فيما يتعلَّق بفتاوى هيئة الرقابة الشرعية.

9 - الحرص على موافقة القراراتِ والمعايير الصادرة من هيئات الاجتهادِ الجماعي، وبالأخصِّ قرارات مجمعِ الفقهِ الإسلامي الدولي، ومعايير هيئةِ المحاسبةِ والمراجعةِ للمؤسَّسات الماليَّة الإسلاميَّة.

• ١ - يجب على هيئة الرقابة تجنُّبُ الأخذِ بالأقوال الشاذَّة، وهي التي تخالف نصَّا صريحًا من الكتاب، أو من السُّنة الصحيحة، أو إجماعًا؛ كما يجب على الهيئة ألَّا تتبنَّى قولًا لم تسبق إليه، ويَحسُن عرضُ القضايا المستجَدَّة المشكلة على المجامع الفقهية قبل البتِّ فيها.

١١ - يجب أن تكون جميعُ عقودِ المؤسَّسة الماليَّة مُجازةً من هيئة الرقابةِ الشرعية بصورتها النهائيَّةِ، ولا تكتفي الهيئة بإجازة الهيكلِ العامِّ للعقد.

#### وخامسًا: فيما يتعلَّق بأعمال الرقابة الداخلية.

١٢ - يجب إنشاء جهازِ رقابةٍ شرعيَّةٍ داخلية، وتزويدُه بعددٍ كافٍ من المراقِبين المؤهَّلِين تأهيلًا مناسبًا، وعدم الاكتفاء بإسناد الرقابةِ الشرعية إلى المراجعة الدَّاخلية، أو إلى المراقبة الخارجيَّةِ التي تقوم بها هيئةُ الفتوى.

١٣ - أن تكون مكانة الرقابة الشرعية الداخلية في الهيكل التنظيمي للمؤسَّسة كافيةً لإنجاز

مسؤوليًا تها، وألَّا ينخفضَ المستوى التنظيمي للرقابة الشرعية الداخلية عن مستوى إدارةِ المراجعة الداخليَّة.

١٤ - تمكين المراقِبِين الشرعِيِّين من الاطِّلاع على المستنداتِ والوثائق التي يتطلَّبُها العمل الرقابي.

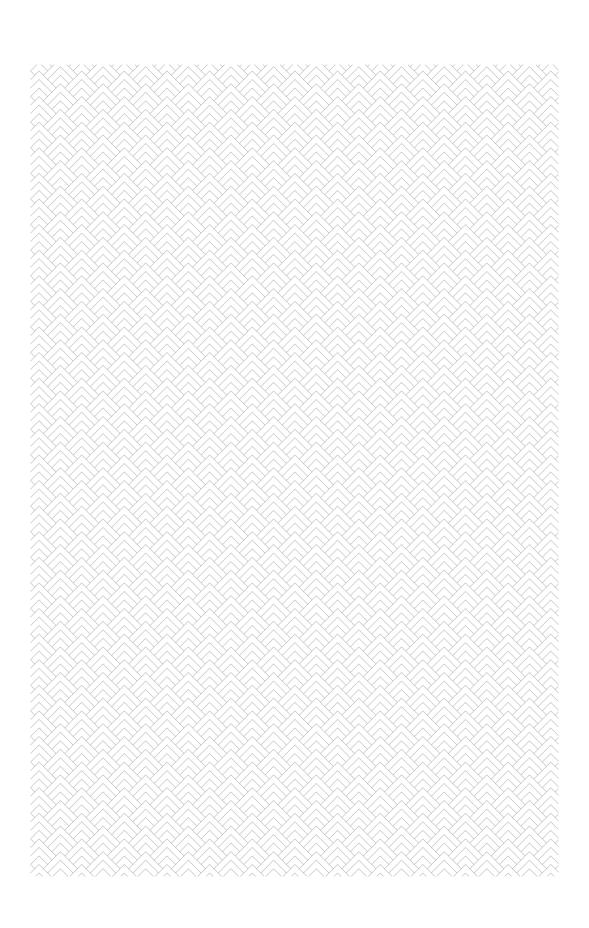
١٥ – اعتماد معايير للرقابة الشرعية تلزم بها المؤسّسة، وتعتمد من قِبل هيئة الرقابة الشرعية،
 تُضمَّن السياسات الإجرائيَّة لعمل المراقبِ الشرعي، ويراعى في صياغتِها الإفادةُ مما توصَّلت إليه العلوم الإنسانيَّةُ المعاصرة في مجال الرقابةِ الماليَّة.

١٦ - تفعيل تقارير الرقابة الشرعية، ويراعى فيها الإفصاحُ والحيادُ، وأن يكون إعدادُها وصياغتُها وَفقَ الأُطُرِ الفنيَّةُ المعتبرة؛ ويجب أن تغطِّي هذه التقاريرُ جميعَ الأعمالِ التي قامت بها المؤسَّسةُ.

١٧ - تدريب وتثقيفُ العامِلِين في المؤسَّسة الماليَّةِ بالمفاهيم والضوابط الشرعية، وبالأخلاقيَّاتِ التي يجب على المسلم التحلِّي بها في معاملاته، وغرس الرقابة الذاتية في أنفسهم بمراقبة الله تعالى أولًا، والحرص على أداء الأمانةِ على الوجه الشرعى الصحيح.

والحمد لله أوَّلًا وآخِرًا، وصلَّى الله وسلَّم على نبيِّنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.







## تمويل العمليَّات التجميليَّة

بحث مقدم لندوة (العمليات التجميلية بين الشرع والطب) والمنظمة من إدارة التوعية الدينية بالشؤون الصحية بالرياض عام ١٤٢٧هـ – ٢٠٠٦م وأضيف إليه بعض المسائل





إنَّ الحمد لله، نحمدُه ونستعينه ونستغفره ونتوب إليه، ونعوذ بالله من شرور أنفُسِنا وسيِّئات أعمالِنا، مَن يَهلِهِ الله فلا مُضِلَّ له، ومن يُضلل فلا هاديَ له، وأشهد أن لا إله إلَّا الله وحدَه لا شريكَ له، وأشهد أنَّ محمدًا عبدُه ورسوله، صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم تسليمًا كثيرًا إلى يوم الدين.

#### مَّا بعدُ:

فإنَّ من الضوابط التي تلتزم بها المؤسَّساتُ الماليَّة الإسلاميَّة في تمويلاتها، أن يكون غرض المتموِّل في الحصول على التمويل مباحًا؛ سواءٌ أكان التمويل لأفرادٍ أو شركات، وسواء أكان التمويل بالبطاقات الائتمانية، أو بالتمويل الشخصي، أو الاعتمادات أو غيرها؛ فإذا عُلم أنَّ الغرض من الحصول على التمويل استخدامُه فيما حرَّم الله تعالى فيَحرُمُ التمويل؛ لما فيه من الإعانة على الإثم؛ لقوله تعالى: ﴿ وَتَعَاوَثُواْ عَلَى البِّرِ وَالتَّقَوَى اللهُ تَعَالُونُواْ عَلَى الْإِرْ وَالتَّقَوَى اللهُ عَلَى الْإِرْ وَالتَّقَوَى اللهُ ا

ومن المسائل التي يلتبس الحكمُ فيها في التمويلات المصرفيَّة تمويلُ العمليَّات التجميليَّة؛ سواءٌ أكان التمويل للعميل الذي سيُجري العملية التجميليَّة، أو للمنشأة الطبيَّة التي تُجري تلك العمليات. ويتم ذلك التمويل بطُرُق متعدِّدة؛ منها:

١ – التَّمويل بالبطاقات الائتمانية، وفيه يحصلُ حاملُ البطاقة على سقْفِ ائتمانيَّ يُتاح له استخدامُه في شراء السلع والخِدْمات؛ ومنها إجراء تلك العمليات، وقد يتعاقدُ المصرِفُ مع المنشأة الطبيَّة على تقديم خصومات لحَمَلةِ بطاقاتِه، فما حكمُ هذا التعاقدِ؟ وهل يلزم المصرِف حظرُ استخدام البطاقة في مراكز التجميل؟

٢-التمويل من خلال مرابحة المنافع، وفيها يتعاقدُ المصرِفُ مع المُنشأة الطبية على
 استئجار تلك الخِدْمات ثُمَّ إجارتِها للعميل بأجرة مؤجَّلة.

٣- التّمويل بالتورُّق الشَّخصي، وفيه يحصل العميلُ على السيولة لغرضِ استخدامِها في العملية التجميلية.

سورة المائدة، الآية: ٢.

٤ - تمويل المُنشَأة الطبيَّة المتخصِّصة في العمليات التجميلية؛ من خلال اعتمادات المشاركة أو المرابحة أو بالتورُّق، ونحو ذلك.

ومَنْشَأَ اللَّبْسِ أَنَّ تلك العمليات التَّجميلية مظِنَّة مخالفةِ الضَّوابط الشَّرعية للتَّجميل المباح، والوقوع فيما حرَّم الله من تغيير الخِلْقة المذموم.

وســأتناول في هذه الدراســة تفصيل الحكم الشــرعي للعمليات التجميلية وضوابط ما يَحلُّ منها وما يحرُم، ومن ثَم معرفة الحكم الشرعي لتمويل تلك العمليات.

أسأل الله أن يلهمنا الصواب، ويوفقنا لما فيه الخير والرشاد.

#### مقدمة في الحث على التجمل وأخذ الزينة:

خلق الله الإنسان في أحسن خِلقة، وجعل قوامه في أحسن هيئة، وركَّبه في أحسن صورة، وفضله على كثير ممن خلق تفضيلًا، قبال تعالى: ﴿ يَتَأَيُّهَا ٱلْإِنسَنُ مَا غَرَكَ بِرَبِكَ ٱلْكَرِيمِ ۞ ٱلَّذِى خَلَقَكَ فَسَوَّكَ فَعَدَلَكَ ۞ فِي أَيِّ صُورَةٍ مَّا شَاء كَبَّكَ ۞ ﴾(١)، وقال سبحانه: ﴿ لَقَدْ خَلَقْنَا ٱلْإِنسَنَ فِي ٱحْسَنِ تَقْوِيمٍ ۞ ﴾(١)، وقال سبحانه: ﴿ لَقَدْ خَلَقْنَا ٱلْإِنسَنَ فِي ٱحْسَنِ تَقْوِيمٍ ۞ ﴾(١)، وقال سبحانه: ﴿ أَفَنَ يَمْشِي مُكِبًّا عَلَى وَجْهِهِ ۗ أَهَدَى آمَّن يَمْشِي سَوِيًّا عَلَى صِرَطِ مُستَقِيمٍ ۞ ﴾(١).

وأمر الباري الإنسان بالحفاظ على قوامه؛ لأنه الخالق والمبدع له، فهو مالكه، والمخلوق مؤتمن عليه، ليس له أن يُغيِّره أو يتصرف فيه، إلا وفق ما يأذن له به ربه، بل ليس له أن يقصر في حفظه أو أن يهمله وإلا كان مفرطًا متعديًّا، قال عَيْدَالصَّلاهُ وَالسَّلامُ: «فَإِنَّ لِجَسَدِكَ عَلَيكَ حَقًّا» (1). بل لم يأذن الخالقُ المنعمُ للعبد أن يسخِّر هذا القوام إلا فيما يرضيه، فعن أبي هريرة رَضَّاللَّهُ عَنْهُ قال: قال رسول الله صَلَّاللَّهُ عَنْهُ يَومَ الْقِيامَةِ - يَعْنِي العَبْدَ مِنَ النَّعِيمِ - أَنْ يُقَالَ لَهُ: أَلَمْ نُصِحَّ لَكَ جسْمَكَ وَنُرُويكَ مِنَ الْمَاءِ الْبَارِدِ» (٥).

وإن من الغرائز التي فطرها الله في الإنسان حبَّ التجمل والتزين، وقد راعى الشارع الحكيم هذه الغريزة ونمّاها، وأرشد المؤمنين إلى أن أجمل زينة يتجمل بها المرء هي تقوى الله عَرَّيَجَلَّ، قال تعالى: ﴿ يَبَنِي ٓ اَدَمَ خُدُواْ زِينَتَكُمُ عِندَكُلِّ مَسْجِدِ وَكُواْ وَالشَّرَيُواْ وَلاَ تُترِوُّواً إِنَّهُ وَلاَ يُحِبُ ٱلْمُسْرِفِينَ ۞ قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ الَّذِينَ اَمْنُواْ فِى اللَّذِينَ اَمْنُواْ فِى الشَّيَا عَالِصَةَ يَوْمَ الْقِيمَةُ وَمَا الْقِيمَةُ لَا يَكُنُ اللَّهِ اللَّهُ الللَّهُ اللَّهُ اللَّهُ اللَّهُ اللَّهُ اللَّهُ اللَّهُ الللَّهُ اللَّهُ اللللَّهُ اللَّهُ اللَّهُ الللَّهُ اللَّهُ اللَّهُ اللَّهُ اللَّهُ الللَّهُ الللَّهُ اللَّهُ الللَّهُ اللَّهُ اللَّهُ الللَّهُ اللَّهُ اللَّ

سورة الانفطار، الآيات: ٦-٨.

<sup>(</sup>٢) سورة التين، الآية: ٤. (٣) سورة الملك، الآية: ٢٢.

<sup>(</sup>٤) متفق عليه من حديث عبد الله بن عمرو رَضَالِلَهُ عَنْهُا.

<sup>(</sup>٥) الترمذي (٣٥٨).

<sup>(</sup>٦) سورة الأعراف، الآيتان: ٣١، ٣٢.

وقال صَلَّاللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إِنَّ اللهَ جَمِيلٌ يُحِبُّ الْجَمَالَ»(١).

وحبُّ التجمل عند المرأة أكثر منه عند الرجل، وحاجتها إليه أكثر؛ لأن جمالها من أبرز الصفات التي تُرَغِّب فيها، وتُحبِّبُها إلى زوجها، وفي الحديث: «تُنكَحُ الْمَرْأَةُ لِأَرْبَعِ: لِمَالِهَا وَلِحَسَبِهَا وَجَمَالِهَا وَلِحَسَبِهَا السفات التي يُلحظها وَجَمَالِهَا وَلِدِينِهَا؛ فَاظْفَرْ بِذَاتِ الدِّينِ تَرِبَتْ يَدَاكَ (٢٠). أي إن الجمال أحد أبرز الصفات التي يلحظها الرجل في المرأة التي يريد أن يختارها لتكون شريكة حياته؛ ولهذا رخَّص للمرأة من الزينة والتجمل ما لم يرخص للرجل، فأبيح لها لبس الحرير، والتحلي بالذهب دون الرجل، كما قال صَالَاتَهُ وَسَلَمَ: «أُجلَّ الذَّهَبُ وَالْحَرِيرُ لِإِنَاثِ أُمَّتِي وَحُرِّمَ عَلَى ذُكُورِهَا» (٣٠).

وحثَّ الشارع الحكيم المرأة على التجمل لزوجها بالقدر المعتدل الذي ينسجم مع الفطرة، ويكون سببًا لدوام الألفة بينهما، بل ورتَّب لها الأجر على ذلك.

وهذه بعض النصوص التي فيها ترغيب للمرأة على التجمل وأخذ الزينة:

١ - فعن أبي هريرة رَضَيَالِتُهُ عَنهُ قال: قيل: يا رسول الله، أيَّ النَّساءِ خيرٌ؟ قال: «الَّتِي تَسُرُّهُ إِذَا نَظَرَ، وَتُطِيعُهُ إِذَا أَمَرَ، وَلَا تُخَالِفُهُ فِي نَفْسِهَا وَمَالِهَا بِمَا يَكْرَهُ»<sup>(3)</sup>.

٢ - وأمر النبي صَلَّاللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ النساء بالخِضَاب بالحنَّاء ونحوه؛ لتتجمل به لزوجها؛ فعن ضَمْرة بن سعيد عن جدته عن امرأة من نسائهم -قال: وقد كانت صلت القبلتين مع رسول الله صَلَّاللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قالت: «اخْتَضِبِي، تَشُرُكُ إِحْدَاكُنَّ صَلَّاللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقال لي: «اخْتَضِبِي، تَشُرُكُ إِحْدَاكُنَّ الْخِضَابِ حَتَّى تَكُونَ يَدُهَا كَيدِ الرَّجُلِ». قالت: فما تركت الخضاب حتى لقيت الله عَرَّفَتِلَ، وإن كانت لتختضب وإنها لَا بْنَةُ ثمانين (٥).

٣ - وعن عائشة رَحَالِلَهُ عَنْهَا أَن هند بنت عتبة رَحَالِلَهُ عَنْهَا قالت: يا نبي الله بايعني. قال:
 ﴿لَا أَبَايِعُكِ حَتَّى تُغَيِّرِي كَفَيْكِ كَأَنَّهُمَا كَفَّا سَبُعٍ ﴾ (١٠).

٤ - وعن عائشة رَعَوَاللَّهُ عَنها قالت: كانت امرأة عثمان بن مظعون تتخضب وتتطيب، فتركته فدخلت عَلَيَّ، فقلت: أَمُشْهِدٌ أَمْ مُغِيبٌ؟ فقالت: مُشْهُد كمُغِيبٍ، قلتُ لها: مالَكِ؟ قالت: عثمان لا يريد الدنيا ولا يريد النساء، قالت عائشة: فدخل على رسول الله صَلَّاللَهُ عَلَيْهُ وَسَلَّمَ فأخبرته بذلك،

<sup>(</sup>١) متفق عليه من حديث عبد الله بن مسعود رَخَوَاللَّهُ عَنْهُ.

<sup>(</sup>٢) متفق عليه من حديث أبي هريرة رَضَاً لِللَّهُ عَنَّهُ.

<sup>(</sup>٣) أحمد والترمذي والنسائي من حديث أبي موسى الأشعري رَضَالِلَهُ عَنهُ، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

<sup>(</sup>٤) أحمد (٩٥٨٧)، والنسائي (٣٢٣١).

<sup>(</sup>٥) أحمد (١٦٦٥٠).

<sup>(</sup>٦) أبو داود (٤١٦٥).

فلقي عثمان فقال: «يَا عُثْمَانُ ٱتُؤْمِنُ بِمَا نُؤْمِنُ بِهِ؟». قال: نعم يا رسول الله. قال: «فَأُسْوَةٌ مَا لَكَ بِنَا»(١).

٥-وعن كريمة بنت همام رَحَهَااللَهُ قالت: (دخلت المسجد الحرام فأخْلُوهُ لعائشة فسألتها امرأةٌ: ما تقولين يا أم المؤمنين في الحنَّاء؟ فقالت: كان حبيبي صَلَّاللَهُ عَلَيْوَسَلَّم يعجبه لونه ويكره ريحه وليس بمُحَرَّم عليكنَّ بين كل حيضتين أو عند كل حيضة)(٢).

#### تحريم تغيير خلق الله تعالى:

وردت نصوصٌ شرعية في الكتاب والسنة تحرِّم على الرجل والمرأة تغيير الخلقة التي خلقها الله تعالى، ولو كان الغرض من ذلك التجمل، وبين سبحانه وتعالى أن ذلك من إغواء الشيطان لأتباعه فقال: ﴿ إِن يَدْعُونَ مِن دُونِهِ ۚ إِلَا إِنشَا وَإِن يَدْعُونَ إِلَا شَيْطَانَا مَرِيدًا ۞ لَمَنهُ الشيطان لأتباعه فقال: ﴿ إِن يَدْعُونَ مِن دُونِهِ ۚ إِلَا إِنشَا وَإِن يَدْعُونَ إِلَا شَيْطَانَا مَرِيدًا ۞ لَمَنهُ وَقَالَ لَا تَخْدِذَتَ مِنْ عِبَادِكَ نَصِيبًا مَفْرُوضَا ۞ وَلِأَضِلَنَهُمْ وَلَأُمُنِينَهُمْ وَلَا مُرْبَعُهُمْ فَلَيْعَيِّرُتَ خَلَق اللَّهُ وَمَن يَتَخِذِ الشَّيْطَانَ وَلِيَّا مِن دُوبِ اللَّهِ فَقَدْ خَسِرَ خُسْرَانَا مُبِينَا ۞ هُونِ اللَّهِ فَقَدْ خَسِرَ خُسْرَانَا مُبِينَا ۞ هُونَ اللَّهُ فَقَدْ الشَّيْطَانَ وَلِيَّا مِن دُوبِ اللَّهِ فَقَدْ خَسِرَ خُسْرَانَا مُبِينَا ۞ ﴾ (٣).

قال ابن سعدي رَحَمُهُ اللَّهُ في قول الله تعالى: ﴿ وَلَا مُرَبَّهُمْ فَالَيُغَيِّرُتَ حَلَّى اللَّهِ ﴾: (هذا يتناول تغيير الخِلقة الظاهرة بالوَشْم والوَشْر والنَّمص والتفلُّج للحُسْن، ونحو ذلك مما أغواهم به الشيطان، فغير واخلقة الرحمن، وذلك يتضمن التسخط من خلقته والقدح في حكمته، واعتقاد أن ما يصنعونه بأيديهم أحسن من خلقة الرحمن، وعدم الرضا بتقديره وتدبيره، ويتناول أيضًا تغيير الخلقة الباطنة؛ فإن الله تعالى خلق عباده حنفاء مفطورين على قبول الحق وإيثاره، فجاءتهم الشياطين فاجتالتهم عن هذا الخلق الجميل وزينت لهم الشر والشرك والكفر والفسوق والعصيان)(٤).

وجاءت السنة النبوية بالنهي عن أنواعٍ متعددة من الأعمال التي يقصد بها التجمل، وفيها تغييرٌ لخلق الله تعالى، وفيما يلى بعض من تلك النصوص:

<sup>(</sup>۱) أحمد (۲٤٧٥٣).

<sup>(</sup>٢) أحمد (٢٤٨٦١).

<sup>(</sup>٣) النساء، الآيات: ١١٧ – ١١٩.

<sup>(</sup>٤) تفسير ابن سعدي، ص ٢٠٩.

<sup>(</sup>٥) متفق عليه.

٢ - وعن ابن عمر رَضَّالِلَهُ عَنْهُا: (أنَّ النبيَّ صَلَّاللَهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لَعَنَ الواصِلةَ والمُسْتوصِلةَ والواشِمَة والمستَوشِمَة)(١).

٣- وعن ابن مسعود رَضَالِلَهُ عَنْهُ أَنَّه قال: (لَعَنَ اللهُ الواشماتِ والمُسْتوشِمات والمُتنمِّصات والمُتنمِّصات والمتفلِّجات للحسن المغيرات خلقَ الله تعالى، وقال: ما لي لا ألعن من لعن رسولُ الله صَالِيَةُ عَلَيْهِ وَسَالًم) (٢).

٤ - وعن معاوية رَخِيَالِنَهُ عَنْهُ: (أَنَّه قال - وتناول قَصَّة من شَعْر -: سمعتُ رسولَ الله صَأَاللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَمْ ينْهَى عن مثل هذه، ويقول: «إِنَّمَا هَلَكَتْ بَنُو إِسْرَائِيلَ حِينَ اتَّخَذَ هَذِهِ نِسَاؤُهُمْ»)(٣).

٥- وعن معاوية رَخِوَالِنَهُ عَنهُ قال: سمعت رسول الله صَلَّالتَهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «أَيَّمَا امْرَ أَوْ أَدْخَلَتْ فِي شَعْرِ هَا مِنْ شَعْرِ خَيْرِ هَا فَإِنَّمَا تُدْخِلُهُ زُورًا »(نَ)، وفي لفظ: «أَيُّمَا امْرَأَوْ زَادَتْ فِي رَأْسِهَا شَعْرًا لَيْسَ مِنْهُ، فَإِنَّهُ زُورً تَزِيدُ فِيهِ »(٥).

٦ - وعن ابن مسعود رَضَّالِلَهُ عَنْهُ قال: (سمعتُ رسولَ اللهِ صَلَّاللَهُ عَلَيْهُ وَسَلَّم ينْهَى عن النَّامِصة والواشِرة والواصلة والواشمة إلا مِنْ داء) (١).

٧- وعن عائشة رَيَخَالِلَهُ عَنْهَا قالت: (كان النبيُّ صَالَّاللَهُ عَلَيْهِ وَسَلَّم يلعنُ القَاشِرة والمقشورة،
 والواشمة والمُوتَشِمَة، والواصلة والمتَّصلة)(٧).

 $\Lambda$  - وعن جابر رَضَاً لِللهُ عَنْهُ: (زجر رسولُ الله صَالَاللهُ عَالَيْهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ المرأة أَنْ تصلَ شعرَها بشيء) $^{(\Lambda)}$ .

فتضمَّنتْ هذه النصوص النهيَ عن النَّمْصِ، والوصْلِ، والوشْمِ، والتَّفليج، وتغيير خلْقِ الله تعالى.

قال المجد ابنُ تيمية: (النَّامصة: ناتفة الشَّعر من الوجه، والواشِرة: التي تَشِرُ الأسنانَ حتى تكون لها أَشْرٌ: أي تحدُّدُ ورِقَةٌ تفعلُه المرأةُ الكبيرةُ تتشبَّه بالحديثة السنِّ، والواشمة: التي تغرِزُ من اليد بإبرة ظهر الكفِّ والمعصم، ثم تَحْشُوه بالكحل أو بالنورة: وهو دخانُ الشحم حتى يخضرَّ، والمتنمِّصة والمُؤتشِرة والمستوشمة: اللاتي يُفْعَلُ بهنَّ ذلك بإذنهنَّ، وأما القاشرة والمقشورة، فقال

<sup>(</sup>١) متفق عليه.

<sup>(</sup>٢) متفق عليه.

<sup>(</sup>٣) متفق عليه.

<sup>(</sup>٤) أحمد (١٧٢٠١).

<sup>(</sup>٥) النسائيُّ (٥٠٩٣)، ومعناه متفقُّ عليه.

<sup>(</sup>٦) أحمد (٣٩٤٥).

<sup>(</sup>٧) أحمد (٢٦١٧١).

<sup>(</sup>۸) مسلم (۲۱۲۲).

أبو عبيد: نراه أراد هذه الغمرة التي يعالجُ بها النساءُ وجوهَهُنَّ حتى ينسحق أعلى الجلد ويبدو ما تحته من البشرة، وهو شبيهٌ بما جاء في النامصة)(١).

#### الاتجاهات في مناط التحريم في التجميل المشتمل على تغيير الخلقة:

عند التأمُّل في النُّصوص السَّابقة نجدُ بينها نوعًا من العموم والخصوص، فالنُّصوص العامَّةُ في الحثِّ على التجمُّل والتزيُّنِ مخصوصةٌ بالنهي عن أنواع منه، ونصوصُ النَّهي عن تغيير خلق الله مخصوصة بالإذن فيه في بعض مواضع التزيُّن كما سيأتي.

ويبقى النَّظر في تحديد مناط الحكم في التجمُّل الجائز والتجمُّل الممنوع، ولأهل العلم التجمُّل الممنوع، ولأهل العلم التجاهاتُّ متعدِّدةٌ في ضبط ذلك؛ فمنهم من يوسع دائرة الإباحة في التجمُّل، فيجعل الأصلَ فيه الإباحة —ولو اشتمل على شيء من تغيير خلق الله – إلا ما ورد النص بتحريمه، وفي الطَّرَف المقابل منهم من يوسع دائرة المنع، فيجعل الأصلَ في تجميل البدن النهيُ لكونه من تغيير خلق الله، إلا ما دلَّ الدليل على جوازه، وبين هذا وذاك اتجاهاتٌ أخرى نوجِزُها فيما يلى:

#### الاتجاه الأول: الأصلُ في التغيير بغرض التجميل الإباحة.

فعلى هذا الاتجاه يكون الأصل في تجميل البدن الإباحة، ولو اشتمل على شيء من تغيير الخِلْقة، باستثناء ما ورد النص بتحريمه.

والذي ورد النهي عنه مما يشتمل على تغيير الخلقة خمسةُ أنواع؛ هي: النَّمْص، والوَصْل، والوَشْم، والوَشْم، والوَشْر، والتَّفليج، ويلحق بهذه الأنواع ما شابهها في العلة؛ وعلى هذا، فيكون لكلِّ واحدٍ من هذه الأنواع مناطُّ مختلفٌ عن الآخر، فالنَّمْص نُهِيَ عنه لكونه نَمْصًا، وعلةُ النَّهي عن الوَصْل كونُه وصْلاً. وهكذا؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منها وصفٌ ظاهرٌ منضبطٌ يصلحُ أنْ يُبْنَى الحكمُ عليه، ويكون ذكر تغيير خلق الله في هذه النصوص لبيان الحكمة، وليس مناطًا للحكم؛ كالفطر في رمضان للمريض، فإنَّ العلَّة هي المرض، والحكمة كونُ المرضِ مَظِنَّة المشقَّة، فلو وُجِدَتْ مشقةٌ من غير مرض لم يُبَح الفطر.

وبناء على هذا الاتجاه، فما يستجدُّ في حياة الناس من صور تجميل البدن من غير ما نُهِيَ عنه فهو مباح؛ لأنه من قبيل العفو المسكوتِ عنه.

#### ويمكن أن يُحتَجَّ لهذا القول بعددٍ من المؤيِّدات؛ منها:

١ - أنَّ الأصل في التصرفات -ومنها التجميل - الإباحةُ؛ لقوله تعالى: ﴿ وَسَخَّرَ لَكُم مَّا فِي

<sup>(</sup>١) المنتقى من أخبار المصطفى ٢/ ٢٧١.

السَّمَوَتِ وَمَا فِي ٱلْأَرْضِ جَمِيعًا مِّنَّهُ ﴾(١).

Y – أنَّ من مقاصد الشريعة التجمُّل والتزيُّن، ويتأكَّدُ الأمرُ في تجمُّل المرأة لزوجها؛ لكونه يزيدُ من رغبته فيها، ويعينه على كفِّ بصره عن التطلع إلى غيرها، لا سيَّما في هذا العصر الذي لا يكاديسُلَم فيه الرجلُ من وقوع بصره على مفاتن امرأة أجنبية، وقد يتطلَّبُ هذا التجمل إجراءَ تعديلٍ في هيئة المرأة ليزداد جمالُها؛ كإزالة ترَهُّلٍ أو تجاعيدَ أو سِمَنٍ ونحو ذلك؛ فإذا كان المقصود من هذا التغيير التجمُّل لغرضٍ مشروع، وليس العبث، وخلا من الإسراف والضرر وكشف العورات وغيرها من المحاذير، فإنَّ القولَ بجوازه ينسجم مع مقاصد الشريعة.

٣-أنه ورد في الشرع إباحة أنواع متعدِّدة من تجميل البدن، وهي لا تخلو من تغيير خلق الله؛ منها ما هو منصوص عليه وانعقد الإجماع على مشروعيته أو جوازه؛ كالختان، وقص شعر الرأس، ونتف الإبط، وحلق العانة، والكحل، والخِضَاب؛ ومنها ما هو مسكوتٌ عنه وجمهور أهل العلم على الجواز؛ كإزالة الشعور في غير الوجه.

3- أنَّ بعض المفسرين حَمَلَ قولَه تعالى: ﴿ وَلَا مُرَنَّهُمْ فَلَيُعَيِّرُنَ حَلَقَ اللّهِ ﴾ (٢) على أنَّ المراد به تغيير الفطرة التي فَطَر اللهُ النَّاس عليها وهي الدِّين، وهذا التفسير مرويُّ عن ابن عبَّاسٍ ومجاهد وعكرمة والنخعيِّ والحسنِ وقتادة (٢)، ورُويَ عن ابن عباسٍ كذلك أنَّ المرادَ به خَصْيُ الدَّواب، وهو مرويُّ أيضًا عن ابن عمر وأنس وسعيد بن المسيّبِ وعكرمة (١)، وعلى هذين التفسيرين فتغييرُ خلقِ الله ليس مذمومًا بإطلاقه، وأمَّا قولُهُ في الحديث: ﴿ وَالْمُتَمَلِّجَاتِ لِلْحُسْنِ المُعَيِّرَاتِ خَلْقَ اللّهِ ﴾ (٥) فلا يُفْهَمُ منه ذمُّ التغيير مطلقًا، بل المذموم التغييرُ المقترِنُ بنَمْصٍ أو وَشْمٍ أو تفليج.

#### ويناقش هذا القول:

بأنَّ ظاهر النَّصوصِ الشَّرعية ذمُّ تغيير خلق الله مطلقًا، وأنَّه من سبيل الشَّيطان؛ لما فيه من التَّعدِّي على البدن الذي هو أمانةٌ عند العبد اثتَّمنَهُ الله عليه، فليس له أن يغيِّر فيه؛ لكونِ مالِكِه لم يأذنْ له بذلك، لا سيَّما وأن تغيير خلق الله يُنْبِئُ عن نوعٍ من عدم الرضا بخِلْقَة الله التي ارتضاها للعبد، وفضلًا عن ذلك فالتَّجميل الذي فيه تغييرٌ لخلق الله لا يكاد يسْلَم من الإسراف، والتعرض

<sup>(</sup>١) سورة الجاثية، الآية: ١٥.

<sup>(</sup>٢) سورة النساء، الآية: ١١٩.

<sup>(</sup>٣) انظر: تفسير القرآن العظيم لابن كثير ٢/ ٣٩٥.

<sup>(</sup>٤) المرجع السابق ٢/ ٣٩٥.

<sup>(</sup>٥) البخاري (٤٨٨٦).

للخطر، والانشغال بما لم يخلق العبد من أجله، فالقول بإباحته من حيث الأصلُ يؤدِّي مَظِنَّة الوقوع في هذه المحاذير.

وما ورد عن بعض السلف من تفسير التغيير ببعض أنواعه إنما هو من باب التفسير بذكر المثال، ولا يقصد منه حصر معنى الآية بذلك، وهذا كثير في التفاسير المروية عنهم.

### الاتجاه الثاني: الأصل في تغيير خلق الله التحريمُ.

فعلى هـذا الاتجاه لا يحلُّ من التَّجمُّل الذي فيه تغييـرٌ للخِلْقة إلا ما دلَّ الدليلُ على جوازِه، وما عَدَاه فهو ممنوعٌ.

(قال أبو جعفر الطَّبريُّ: في قوله: «الْمُغَيِّرُاتِ خَلْقَ اللَّهِ» دليلٌ على أنَّه لا يجوز تغييرُ شيءٍ ممَّا خَلَقَ اللهُ المرأةَ عليه بزيادةٍ أو نقصٍ؛ التماسًا للتَّحسين لزوج أو غيره، كَمَنْ تكون مقرونة الحَاجِبَيْن فتزيل ما بينهما توهُّمَ البَلَجِ وعكسه، أو تكون لها سنُّ زائدةٌ أو عضوٌ زائد فلا يجوز لها قطعه ولا نزعه؛ لأنه من تغيير خلق الله، وهكذا لو كان لها أسنانٌ طِوالٌ فأرادت تقطيع أطرافها، وهكذا قال القاضى عياض وزاد: إلا أن تكون هذه الزوائد مؤلمة وتتضرر بها فلا بأس بنزعها)(١).

وقال ابنُ حَجَر: (قَوْله: «الْمُغَيِّرَاتِ خَلْقَ اللَّهِ» هي صفة لازمة لمن يصنع الوشم والنَّمْص والنَّمْص والفَّلْج وكذا الوصْل على إحدى الروايات(٢).

## ويمكن أن يحتج لهذا القول بما يلي:

١ - عموم النصوص الواردة في النهي عن تغيير خلق الله، فلم تفرق هذه النُّصوص بين ما إذا
 كان التغيير دائمًا أم مؤقتًا، ولا ما إذا كان بقصد التَّجمُّل أم كان لغير ذلك.

٢- أنَّ تغيير الخلقة فيه تعدِّ على البدن الذي هو أمانة عند العبد، فليس له أن يغير فيه إلا فيما
 أذن له به مالكه.

٣-أنَّ تغيير خلق الله يُنْبِئَ عن عدم الرضا بخِلْقَةِ اللَّه التي ارتضاها للعبد، فضلًا عما فيه من الإسراف، والتعرض للخطر، والانشغال بما لم يخلق العبد من أجله.

#### ويناقش هذا القول:

بأنَّ هذا التعليل غير مطرد، فقد ورد في الشرع إباحة أنواع متعددة من تجميل البدن، وهي لا تخلو من تغيير خلق الله؛ منها ما هو منصوص عليه وانعقد الإجماع على مشروعيته أو جوازه؛ كالختان، وقصِّ شعر الرأس، ونتف الإبط، وحلق العانة، والكحل، والخضاب، ومنها ما هو مسكوت عنه وجمهور أهل العلم على الجواز؛ كإزالة الشعور في غير الوجه.

<sup>(</sup>١) انظر: نيل الأوطار ٧/ ٢٨٥.

<sup>(</sup>۲) فتح الباري ۱۰/۳۷۳.

#### الاتجاه الثالث: التغيير المحرم ما كان على سبيل الدوام.

فهذا الاتجاه يفرِّقُ بين تغيير الخِلْقَة الذي يكون على سبيل الاسْتِدَامة، والتغيير الذي يكون مؤقَّتًا، فيحرم الأول دون الثاني.

قال الشوكاني: (قيل -أي في النهي-: وهذا إنما هو التغيير الذي يكون باقيًا، فأمًّا ما لا يكون باقيًا؛ كالكحل ونحوه من الخِضَابات، فقد أجازه مالكٌ وغيرُه من العلماء)(١).

ولعلَّ مستندَ هذا القول هو التَّوفيق بين النَّهي عن الوَشْم الذي يكون باقيًا في الجلد، وجواز الكحل والخضاب اللذين يَبْقَيَان فيه لمدة مؤقتة.

#### ويناقش هذا القول:

بـأنَّ هـذا التعليل غير مُطَّرَدٍ، فالوصل والنَّمْص محرمان مع أنهمـا لا يدومان، ولو فرض أنَّ من الوشم ما يبقى لمدة قصيرة، ومِنَ الخضاب ما يستمر لمدة طويلة، فالأول محرم بخلاف الثاني.

## الاتجاه الرابع: أنَّ التجميل المحرم ما كان فيه غشُّ وتدليسٌ.

فالعلَّـة في تحريـم الأمـور المذكورة في الأحاديث السَّـابقة ما تشـتمل عليه مـن التضليل والتدليس (٢).

#### ويناقش هذا التعليل:

بأنّه غير مطَّرد، فالوصْلُ محرمٌ ولو كان بغير الشعر مما يمكن تمييزه عن الشعر الأصلي؛ لحديث جابر السابق: (زَجَر رسولُ الله صَّاللَّهُ عَلَيْهُ وَسَلَّمَ المرأة أَنْ تَصِلَ شعرها بشيء)(٢)، كما أنه محرم على المرأة المتزوجة التي لا تقصد به التدليس وإنما تتجمل به لزوجها؛ لحديث أسماء السابق قالت: (أتت النَّبي صَلَّاللَهُ عَلَيْهُ وَسَلَّمَ المرأة فقالت: يا رسول الله إنَّ لي ابنة عُريِّسًا، وإنَّه أصابتها حصبةٌ فتَمَرَّق شعرُها أَفْأصِلُه؟ فقال رسول الله صَلَّاللَهُ عَلَيْهُ وَسَلَّمَ: «لَعَنَ اللَّهُ الْوَاصِلَة وَالْمُسْتَوْصِلَةً» (٤).

ولو صحَّ هذا التعليل لكان الاكتحال أولى بالتحريم من الوصل؛ إذ ما يحصل بالاكتحال من التجمُّل أكثر مما يكون في الوصل.

## الرأي المختار في ضابط التغيير المباح والممنوع:

إن من شروط صحَّة أيِّ ضابط يُجْعَلُ مناطًا للإباحة والتحريم أن يكون مطَّردًا منعكسًا،

نيل الأوطار ٧/ ٢٨٥.

<sup>(</sup>٢) فتح الباري ١٠/ ٣٧٥، المغني: ١/ ١٣١.

<sup>(</sup>٣) سبق تخريجه، ص ٦١٠ من هذا المجلد.

<sup>(</sup>٤) متفق عليه.

فلا يَخْتَرِم ذلك الضابطُ في أيِّ من أفراده، وأرى أنَّ ذلك لا يتحقق إلا إذا نظرنا إلى العمليات التجميلية باعتبارين:

الأول: باعتبار محلِّ التَّجميل.

والثانى: باعتبار الغرض من تلك العمليّة.

وفيما يلي تفصيل ذلك:

أولًا: ضوابط التجميل المباح والمحرم بالنظر إلى العضو محل التجميل.

وباستقراء النُّصوص الشَّرعية فالتَّجميل بهذا الاعتبار على نوعين:

الأول: تجميل الشَّعر بالنَّتْف أو الحَلْق أو القَصِّ أو الوَصْل، وتجميل الجلد بالصَّبْغ أو الوَشْم أو التقشير، ونحو ذلك.

والثاني: تجميل بقية الأعضاء بتغيير شكلها وهيئتها.

أما النوع الأول: وهو التَّجميل المتعلِّق بالشَّعر أو الجلد، فالذي يظهر أنَّ الأصل فيه هو الجوازُ، سواءٌ أكان بعمليَّة جراحيَّة أم بدونها، وسواءٌ أكان لإزالة عيبٍ أم كان بقصد التزيُّن، والمحرم من ذلك ما ورد في النصوص النهيُ عنه فقط.

فيحرم من التجميل المتعلق بالشَّعر: نمصُ الحاجبَيْن، وهو نتْفُهُما، ويقاس عليه الحلقُ، ووصل الشَّعر، وحلق لحية الرجل، وما عدا ذلك فهو مباح؛ ومن ذلك: إزالة شعر الوجه ماعدا لحية الرجل، وتقصير الحواجب، وإزالة الشعور من بقية أعضاء الجسد، وقص الرموش، وتشفير الحواجب، وتحديدها بالأصباغ.

ويحرم من التجميل المتعلق بالجلد: الوشم، وهو أن يُغْرَز في العضو إبرةٌ أو نحوها حتى يسيل الدمُ ثم يُحشى بنورة أو غيرها فيخضرَّ، سواءٌ طالت مدة بقائه في الجلد أم قصرت، وما عدا ذلك فيبقى على الأصل وهو الحل، فيجوز الكحل، والخضاب، واستعمال مستحضرات التجميل التي توضع على ظاهر الجلد، والتقشير، ولبس العدسات الملوَّنة في العينيَّن، وتبييض الأسنان قياسًا على الخضاب، ونحو ذلك، سواءٌ أكان على سبيل الدوام أم لمدة مؤقَّة.

وعلى هذا فيكون النهيُ عن النَّمْص والوَصْل والوَشْم لذات تلك الأعمال لا لكونها تغييرًا لخلق الله، أي أنَّ مناط الحكم لهذا النوع من التجميل يختلف عن بقية الأعضاء ولا يصح قياسه عليها لما يلي:

الأول: تضافر الأدلة الشرعية على جواز صور متعدِّدة من التَّجميل الذي يعدُّ من هذا النوع، وبعضها مُجْمَعٌ عليه، كقَصِّ شَعْر الرأس، ونَتْف الإبْط، والاكتحال، والخِضَاب، وغيرها كثير، مما يدلُّ على أن دائرة الإباحة في هذا النوع أوسع من دائرة المنع بخلاف بقيَّة تجميل بقية الأعضاء.

الثاني: أنَّ الشعر ليس له هيئة مستقرَّة يمكن أن توصف بأنها الهيئة التي خلق الله عليها الرجل أو المرأة، فهو عُرْضَة للزيادة والنقصان والنموِّ والتساقط، ولونُ الجلد كذلك لا يستقرُّ على حالِ واحدة، فهو يميل إلى الاسمرار في حال تعرضه للشمس، وإلى البياض في حال البعد عنها، بخلاف بقية الأعضاء التي تستقرُّ في الإنسان على حال واحدة.

الثالث: أنَّ الشَّعر في حكم المنفصل عن الجسد، فلا يصح معاملته في الحكم كسائر أعضاء الجسد.

الرابع: أنَّ التَّجميل المتعلِّق بالشَّعر والجلد أخفُّ في الضرر والكلفة من التَّجميل المتعلق ببقية الأعضاء.

الخامس: أنَّ الأصل فيما عدا ما نهي عنه من التجميل المتعلق بالشعر والجلد الإباحة، ولا دليل على التحريم.

وأما الاستدلال على ذلك بعموم النهي عن تغيير خلق الله فغيرُ مُسَلَّمٍ؛ لأنَّ وَصْل الشَّعر وَنَتْفَه، وصَبْغَ الجِلْدِ ووشْمَه ليس من تغيير خلق الله؛ لأمرين:

أحدهما: أنَّ المرادَ بتغيير خلق الله تغيير الهيئة، وهذا إنَّما يكون في الأعضاء ذات الهيئة الثابتة، وأما تغيير لون الجلد بصَبْغِهِ أو تغيير الشَّعر بقَصِّه ونحو ذلك فلا يظهر دخولُهُما في مسمى التغيير، ونظير ذلك من يشتري دارًا فيصبغ جدرانها ويزيل ستائرها فلا يقال عنه: إنه غير البناء، والجدار للبيت بمنزلة الجلد، والستائر بمنزلة الشعر، ولو سلمنا بأنَّ ذلك يسمَّى تغييرًا فهذا النوع من التغيير مأذونٌ فيه قياسًا على قصِّ الشعر والاكتحال، ونحو ذلك مما سبق.

والثاني: أنَّ قولَه في الحديث: «الْمُغَيِّرُاتِ خَلْقَ اللَّهِ» يحتمل أن يكون صفةً للمتفلِّجات فقط، فيكون التغيير صفةً لازمةً لمثل هذا النوع من التجميل، وهو ما يكون في الأعضاء ذات الهيئة الثابتة، ويحتمل أن يكون صفة لجميع المذكورات في الحديث؛ وهنَّ: الواشمات والمستوشمات والمتنمِّصات والمتفلِّجات، والاحتمال الأول هو الأقرب؛ لأنَّه لو اعتبر النَّمْص تغييرًا لخَلْق الله، لكان حلقُ الرَّأْس أشدَّ تغييرًا، ولو اعتبر الوشم تغييرًا فالخضاب مثله كذلك.

## والنوع الثاني: التَّجميل المتعلِّق ببقيَّة الأعضاء.

فالـذي يظهـر، أنَّه إذا كان بتغيير الخِلقـة، فالأصلُ فيه التَّحريمُ، سـواءٌ أكان في الأنف أم في الأُذُن أم في السِّن أم في البطن أم في الرِّجل، أم في الثَّدي أم في العَجُز، أم في البطن أم في غير ذلك.

ودليل ذلك: عمومُ النُّصوصِ الواردة في النَّهي عن تغيير خلقِ اللهِ تعالى، فهذه النصوص باقيةٌ على عمومها، لم يُستَثنَ منها شيءٌ -فيما أعلم- إلَّا في موضعَين:

الأول: الختان؛ فهو مستثنَّى بالنَّص والإجماع على مشروعيَّة ختانِ الرجل.

والثاني: ثَقْبُ أَذِنِ البنت للزينة؛ لما جاء في حديث وصف صلاة النبي صَالِّللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَمَ العيدَيْن، وفيه: أنه صَالَللَهُ عَلَيْهِ وَسَلَمَ ذهب بعد الخُطْبة إلى النساء، فوَعَظَهُنَّ، ثم أمر هنَّ بالصدقة، فجعلنَ يُلقِينَ الأقراطَ والخُرْص. وفي رواية: فجعل النساءُ يُشِرْنَ إلى آذانِهنَّ وحلوقِهنَّ (۱).

وقد يقال: إنَّ مثل هذا الثقب ليس من التغيير أصلاً؛ لكونه صغيرًا لا يكاد يُرى، والتغيير إنَّما يكون في الأشياء الظاهرة.

ثانيًا: ضابط التجميل المباح والمحرَّم بالنظر إلى الغرض منه.

والتجميل بهذا الاعتبار لا يخلو من حالين:

الحال الأولى: أن يكون الغرض منه التجمُّلَ والتزيُّنَ.

فهذا يجري عليه الضوابط السابقة، ويختلف حكمُه بحسَب التَّفصيل السابقِ في حُكمِ العمليَّات التَّجميليَّة بالنَّظر إلى العضو محلِّ التَّجميل.

الحال الثانية: أن يكون الغرض منه العلاج أو إزالة عيبِ أو تشوُّو:

فإذا كان الغرض منه علاجيًّا وليس طلبًا للحُسن، فهو مباح. ويتحقق كونُ الغرضِ منه العلاج وليس التجمُّل بأحد أمرَين:

الأول: عيبٌ غيرُ معهودٍ في الخلقة، سواءٌ أكان ذلك العيبُ طارتًا كالتشوُّه الناشئ عن حادثٍ، أم أصليًّا كما لو وُلد مشرومًا، وسواءٌ حصل له الأذى بذلك العيب أم لم يحصل.

فإن كان العيبُ مألوفًا؛ كتساقط شعيرات يسيرة من الرأس، فهو من الحال الأولى، وتَسْري عليه ضوابطُها.

والثاني: حصول الأذى به، ولو لم يكن عيبًا؛ كنزول بعضِ شعر الحاجب على العين، ونحو ذلك.

#### والأدلة على الجواز ما يلي:

أ- أنَّ العمليَّات التجميليَّة التي يُقصَد منها إزالةُ العيبِ مستثناةٌ من تحريم تغيير خلقِ الله؛ فقد جاء في بعض روايات حديث عبد الله بن مسعود تقييدُ اللَّعنِ بقوله: «إِلَّا مِنْ دَاءٍ»(٢) كما تقدَّم، وفيه أيضًا تقييد التغيير المحرَّم بكونه طلبًا للحُسن بقوله: «وَالْمُتَفَلِّجَاتِ لِلْحُسْنِ الْمُغَيِّرَاتِ خَلْقَ اللهِ»(٣).

<sup>(</sup>۱) البخاري (۹۸)، ومسلم (۸۸۵).

<sup>(</sup>٢) سبق تخريجه، ص٦١٦ من هذا المجلد. (٣) سبق تخريجه، ص٦١٣ من هذا المجلد.

تمويل العمليات التجميلية \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

قال الشوكاني: (قوله: «إِلَّا مِنْ دَاءٍ» ظاهرُه أنَّ التحريم المذكور إنَّما هو فيما إذا كان لقَصْد التَّحسين، لا لداءٍ وعلَّة؛ فإنه ليس بمحرَّم)(١).

ب- أنَّ هذا النوعَ من العمليَّات التجميليَّة، لا يشتمل على تغيير الخِلقة قصدًا، بل فيه إعادةُ الخِلقة إلى أصلها المعتادِ.

ج\_أنَّ هـذا النوعُ من التجميل، يُقصَد منه إزالةُ الضَّرَرِ الحِسِّي، أو المعنوي الذي يلحق الإنسان، وإزالةُ الضرر جائزةٌ.

د- أنَّ الغرض من هذه العمليَّاتِ العلاجُ والتَّداوي، وهو مباح؛ لقوله صَلَّاللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «تَدَاوَوُا؛ فَإِنَّ اللهَ عَرَّيَجَلَّ لَمْ يَضَعْ دَاءً إِلَّا وَضَعَ لَهُ دَوَاءً إِلَّا الْهَرَمَ»(٢).

ويجب التنبُّهُ إلى أنَّ هذه العمليَّاتِ الجراحيَّة يُشترط فيها ما يُشترط في عموم الجراحات الطبية، من حيث غلبةُ الظنِّ بنجاحها، ومراعاة الموازنة بين ضرر إجراء العمليَّة وضرر تركها بارتكاب أدنى الضررين.

#### وخلاصة ما تقدّم:

أنَّ الجراحة التجميليَّة في الوجه أو في غيره من أعضاء الجسد تجوز بالضوابط الآتية:

١ - ألَّا يكون فيها تغييرٌ لخلق الله، ويُستثنى من ذلك ثلاثُ حالات:

الأولى: إذا كان الغرض منها علاج عيب، أو إزالة أذَّى، فهذا التغيير جائز.

والثانية: إذا كانت في الشعر فيجوز تغييرُه ما عدا وصله بشعرِ آخَر، ونمص الحاجبين، وحَلْق لحية الرجل.

والثالثة: إذا كانت بتغيير لونِ الجلدِ، فتجوز، باستثناء الوشم وما في معناه.

٧- ألا تشتمل على شيء من التشبّه المحرّم؛ كالتشبه بالكفار والفُسّاق؛ لقوله صَالَلَهُ عَلَيْهِ وَسَلَمَ:
«مَنْ تَشَبّه بِقَوْمٍ فَهُو مِنْهُمْ». رواه أبو داود (٣). ويَحرُم كذلك تشبّه أحدِ الجنسين بالآخر؛ لما روى ابن عباس رَعَعَالِيَهُ عَنْهُا قال: (لعن رسولُ الله صَالَللهُ عَلَيْهِ وَسَلّمَ المحتبّين من الرجال بالنساء، والمتشبّهاتِ من النساء بالرجال) (٤). وفي رواية: (لعن رسول الله صَالَللهُ عَلَيْهِ وَسَلّمَ المختبّين من الرجال، والمترجّلات من النساء، وقال: «أُخْرِجُوهُمْ مِنْ بُيُوتِكُمْ»، فأخرج النبي صَالَلتَهُ عَلَيْهِ وَسَلّمَ فلانًا، وأخرج عمر فلانًا) (٥).

(٣)

<sup>(</sup>١) نيل الأوطار ٧/ ٢٨٥.

<sup>(</sup>۲) أبو داود (۳۸۰۵)، والترمذي (۲۰۳۸)، وابن ماجه (۳٤٣٦).

سنن أبي داود (٤٠٣١). (٤) البخاري (٥٨٨٥).

<sup>(</sup>٥) البخاري (٥٨٨٦).

وعن أبي هريرة رَضَّوَلِيَّهُ عَنْهُ قال: (أُتي رسولُ الله صَّالِللهُ عَلَيْهِ مَعَنَّمُ بمخنَّثِ قد خضَّب يديه ورجلَيْه بالحِنَّاء، فقال: ما بالُ هذا؟ قالوا: يتشبَّهُ بالنساء، فأمر به فنُفي إلى النَّقيع -بالنون- فقيل: يا رسولَ الله، ألا نقتلُه؟ فقال: «إِنِّي نُهِيتُ أَنْ أَقْتُلَ الْمُصَلِّينَ»(١).

٣- غلبة الظن بنجاح العملية؛ فإن كان احتمالُ نجاحِها ضئيلًا فلا تجوز؛ لما في ذلك من التعرُّضِ للخَطَر والضرر من غير مصلحةٍ راجحة، ويَكفي في ذلك الأخذُ بقول طبيبٍ خبيرٍ، سواءٌ أكان مسلمًا أم غيرَ مسلم.

٤ - أن تكون المصلحة المرجوَّة منها راجحةً على المفسدة المتوقعة من إجرائها؛ من احتمال وقوع الضرر أثناء العملية أو بعدَها، وكشف العورة، وغير ذلك.

٥- ألَّا يكون فيها إسرافٌ، ولا يتحقَّق الإسرافُ إلَّا باجتماع أمرين:

الأول: ألَّا يكون ثمة حاجةٌ لإجراء العمليَّة.

والثاني: أن تكون تكلفة العمليَّةِ كثيرةً بالنظر إلى حال مَن يريد إجراءها، وهذا الأمر يختلف تحديدُه من شخص إلى آخَرَ.

010010010

## تطبيقات على العمليَّات التجميليَّة في الوجه

فيما يلي إشارةٌ إلى أبرز العمليَّات التجميليَّة المتعلقة بالوجه، وحُكم كلِّ منها:

## أولًا: زراعة شعر الوجه.

المقصود بزراعة الشعر طبيًّا: أخذُ شريحةٍ من جلدٍ يحتوي على كميَّة وافرةٍ من بُصَيلات الشعرِ وزَرْعُها في المكان الخالي الذي يحتاج إلى تكثيفِ الشعرِ فيه.

وعمليًّات التجميل بالزراعة قد تكون في اللِّحية، أو في الشَّارب، أو الحواجب والأهداب؛ وفيما يلي بيان حكم كلٍّ منها:

#### ١- زراعة شعر اللحية:

لا يظهر ما يمنع شرعًا من زراعة شعر اللحية، سواءٌ أكان بسبب تساقُطِها، أو لضَعْفِ نموِّها خِلقة، أو لتفرُّق الشَّعر على اللَّحْيَيْنِ على هيئةٍ تشوِّه منظر الوجه؛ لأنَّ ذلك ليس من الوصل المحرَّمِ، ولا يدخل في النَّهي عن تغيير خلقِ اللهِ كما تقدَّم.

#### ٢- زراعة شعر الشارب:

أمر الشارع بحف الشارب وتقصيرِه، وزراعتُه تتعارض مع مقصود الشارع في هذا الأمر؛ فالأظهرُ المنعُ منه، إلّا إذا كان هناك تشوُّهُ خِلقي في الشارب، فلا بأسَ بزراعته ليكون متناسقًا مع مراعاة قَصِّهِ وتخفيفِه كلّما طال.

#### ٣- زراعة شعر الحواجب والأهداب أو وصله بشعر صناعي (الرموش الصناعية):

إذا كان الغرض من هذه الزراعة، أو الوصل، إزالة تشوُّه أو عيبٍ في الحواجب والأهداب؛ لقصرِها، أو تناثُرِها، أو تعرُّضِها لحريق أو حادثٍ ونحو ذلك، فلا يظهر ما يمنع شرعًا منها؛ لأنَّها من باب العلاج لدفع الأذى الحاصلِ بقِلَّةِ الشعر، ولا يدخل ذلك في الوصل المحرَّم؛ لحديث ابن مسعود السابق - قال: (سمعتُ رسولَ الله صَلَّاللَّهُ عَلَيْهِ وَسَالَمَ يَنهَى عن النَّامصةِ، والواشرة، والواصلة، والواشمة إلَّا مِن داءٍ). رواه أحمد(١).

أمًّا إذا كانت الحواجبُ والأهدابُ على خِلقَتِها المعهودةِ عند عامَّة الناس ويُراد من الزراعة

<sup>(</sup>١) سبق تخريجه، ص٦١١ من هذا المجلد.

تكثيفُها وزيادةُ طولها، فالأظهرُ المنعُ من ذلك؛ لأنَّها في معنى الوصل المنهي عنه، إذ الوصلُ محرَّمٌ، سواءٌ أكان في الرأس أم في غيره.

قال ابن الأثير: (الوصل: وصلُ الشَّعرِ بشعرِ آخَرَ»(١). يدل على ذلك عموم النصوص الواردة فيه:

ففي حديث معاوية قال: سمعت رسول الله صَلَّالتَهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ أَدْخَلَتْ فِي شَعْرِهَا مِنْ شَعْرِ خَيْرِهَا، فَإِنَّمَا تُدْخِلُهُ زُورًا»(٢).

وفي حديث جابر رَضَاًيلَهُ عَنْهُ قال: (زَجَرَ رسولُ الله صَاَّاللَهُ عَلَيْهُ المراَّةَ أَنْ تَصِلَ شعرَها بشيءٍ) (٢٠).

#### ثانيًا: إزالة شعرالوجه.

الشعر منه ما يُضفي على الموضع الذي هو فيه زينةٌ وبهاءٌ، فيكون مرغوبًا فيه ويُراد تكثيفُه، ومنه ما ليس كذلك فيُر اد إزالتُه.

## وإزالة الشعر تكون بطرق متعددة:

- فمنها ما لا يحتاج إلى تدخُّلِ جراحي؛ كالحَلْق، والنَّتْف بالحلاوة أو بالملقاط ونحوهما، واستعمال المستحضرات الموضعيَّة التي تُضعِف الشعرَ وتُسقطه. وهذا النوع من الإزالة مؤقَّت؛ إذ لا يلبث الشعر أن يعاودَ الظهورَ مرَّةً أخرى.
- ومنها ما يحتاج إلى تدخُّل جراحي؛ كالإزالة بالليزر، أو التحليل الكهربائي؛ وهذا النوع يغلب عليه أنه طويلُ الأَمد.

وفيما يلي حكم إزالة كل شعر من الشعور التي في الوجه:

#### ١- إزالة شعر اللحية للرجل:

لا تجوز إزالة شعر اللِّحية مطلقًا؛ سواءٌ أكانت بالحلق، أم بالتقصير، أم بالنَّتف، أم بغير ذلك؛ للأحاديث الواردةِ في الأمر بإعفائها، والخلافُ في هذه المسألةِ معروفٌ، وليس هذا موضعَ ذِكرِه.

ويُستثنى من ذلك ما إذا احتاج لحلق بعضِ المواضع منها؛ للتَّدَاوي، أو لإجراء عمليَّةٍ ونحو ذلك، فلا بأس به، بشرط أن يقتصر في ذلك على قَدْرِ الحاجة، إلَّا إن كان حَلْقُ بعضِها يشوِّه منظرَه، ويُسبب له الأذى؛ فالذي يظهر أنه يجوز حلقُها كلِّها مرَّةً واحدةً؛ لتنموَ كلُّها متناسقةً.

<sup>(</sup>١) النهاية في غريب الحديث والأثر ٥/ ١٩٣.

<sup>(</sup>٢)، (٣) سبق تخريجه، ص٦١١ من هذا المجلد.

#### ٧- إزالة شعر الشارب للرجل:

المشروع في الشارب هو الحف والإحفاء؛ أمَّا الحَفُّ فهو الأخذ من أطرافه، وأما الإحفاء فهو الأخذ من جميع الشارب حتى يُنهكه.

وإزالةُ الشارب بالحلق محلُّ خلافِ بين أهل العلم، والأقربُ فيه الكراهةُ، وأمَّا إزالتُه بالكُلِّلة بالليزر ونحوه، بحيث لا يعاود الظهورَ مرَّةً أخرى، فالأقربُ فيه التحريم؛ لما فيه من التشبُّه بالنساء.

#### ٣- إزالة شعر الحاجبين:

يَكثُرُ في أوساط النساء ترقيقُ الحاجبَين بإزالة حوافِّهِما؛ إمَّا بنَتْفِهما، أو إزالتهما بالليزر، أو بحلقهما؛ وفيما يلي بيان حكم كلِّ منها:

أولًا: نتف الحواجب.

نتفُ الحواجبِ محرَّمٌ؛ للأحاديث السابقة في تحريم النَّمْص، وهو نتفُ شعرِ الحواجب، كما تقدم.

ومن العلماء مَن قيَّد النَّهيَ عن النَّمص بقيود اجتهاديَّة؛ فبعضُهم قيَّده بما إذا فَعَلَتْه المرأةُ تزيُّنَا لغير الزوج، أمَّا إذا فعلته تزينًا للزوج فيجوز. وبعضهم قيَّده بما إذا فعلته بغرض التَّدليس على خاطبٍ ونحو ذلك، أو إذا لم يأذن به الـزوج (۱)، إلاَّ أنَّ ظاهر النصوص إطلاقُ النَّهي وعدمُ تقييده بشيء مما ذُكر؛ إذ لو جاز النَّمصُ تزينًا للزوج لكانت المرأة الْعُريِّسُ التي تساقط شعرُها وتريد أن تَصِلَه لتتزين لزوجها، أَوْلَى بتجويزه لها، ومع ذلك نَهَاها النبي صَ اللَّهُ عَلَيْهُ وَسَلَّم كما في حديث أسماء بنت أبي بكر رَهَ السابق (۱).

ويستثنى من التحريم ما إذا احتاجت المرأة للنَّمص للعلاج؛ لإزالة تشويه، أو أذَّى يلحقها لكثافته ونحو ذلك، فهذا جائز؛ لأنَّ هذا من إزالة العيب وليس مِن طَلَب الحُسن.

ومن هذا أيضًا: ما إذا كان الحاجبانِ ملتصقَيْنِ فأزالت ما بينهما من الشعر، فلا بأسَ به، ويجب أن تقتصر في جميع ذلك على القَدْرِ الذي يزول به العيبُ فقط.

ثانيًا: إزالة الحواجب بالليزر.

إزالة شعر الحاجب بالليزر له حكم تُثْفِها بالتفصيل السابق؛ لأنَّ الليزر يقضي على الشعر من أصوله، فهو كالنَّتف بل أشدُّ منه؛ لأنَّ الإزالة بالليزر طويلةُ الأَمَدِ، بخلاف النَّتف؛ فإنَّه يُزيل الشعرَ لمدَّةِ مؤقَّتة.

<sup>(</sup>١) انظر: فتح الباري ١٠ / ٣٧٨، حاشية ابن عابدين ٦/ ٣٧٣، نيل الأوطار ٧/ ٣٨٥.

<sup>(</sup>٢) سبق تخريجه، ص ٦١٠ من هذا المجلد.

#### ثالثًا: حلق الحواجب.

ذهب بعضُ أهل العلم إلى أنَّ الحلق يُقاس على النَّتف (١١)؛ لأنه في معناه، والأظهر -والله أعلم - أنَّ الحلق جائزٌ؛ لأنَّ عِلَّة التحريم هي النمص، والنَّمصُ في اللغة: النَّتفُ، أمَّا الحلق فليس بنمص، وهذا هو منصوص الإمام أحمد، وعليه المذهب؛ قال في «الشرح الكبير»: (وإن حلق الشعر، فلا بأس؛ لأنَّ الخبر وَرَدَ في النَّتف، نصَّ عليه أحمد) (٢).

ولا يصحُّ قياسُ الحلق على النَّدف؛ لأنَّ النَّتف يقتلع الشعرَ من أصوله، ولا يُبقي له أثرًا، بخلاف الحلق؛ فإنَّ الإزالة به أضعفُ، وتبقى آثار الشعر المحلوق، ومدَّتُه أقصرُ من النَّتف.

ومن شروط صحة القياس عند الأصوليين تساوي الفرع مع الأصل في العلّة، وهو غيرُ متحقق هنا. والتّعليلُ بأنّه من تغيير خلق الله غيرُ مسلّم؛ فقد تقدَّم أنَّ التغيير المحرَّم ما كان في غير الشعر، بدليل مشروعيَّة حلق الشعر، أو حَفِّه، أو نَتْفه في مواضعَ متعدِّدةٍ من الجسد.

ولو صحَّ هذا التعليلُ، لكان حلقُ أيِّ شعرٍ من الجسـد-من غير ما ورد في الشرع جوازه-محرَّمًا، وهذا لا يقول به المانعون مِن حلق الحواجب.

#### رابعًا: تقصير الحواجب.

لا يظهر ما يمنع شرعًا مِن الأخذ من جميع الحاجب للتَّقليل مِن طُوله؛ لأنَّ هذا ليس بنمصٍ. خامسًا: التَّشقير والتحديد.

والمراد بذلك صبغُ شعرِ الحاجب كلِّه، أو حوافِّه بمثل لـون الجلد؛ حتى يتوهَّمَ الناظر إليه أنَّه رقيق.

والأظهر جواز ذلك؛ لأنه ليس بنمصٍ، وكونُه يُظهِر المرأةَ على غير هيئتِها الحقيقيَّةِ، لا يُعَدُّ موجِبًا للتحريم؛ كالكحل الذي يُظهِر عيني المرأةِ بأحسن مما هما عليه في الحقيقة.

#### ٤- إزالة شعر الوجه من غير ما سبق:

اختلف العلماء في حُكم نَتْفِ شعر الوجه بناءً على اختلافهم في حد النَّمْص؛ فذهب جمهورُ أهلِ العلم إلى أنَّ النَّمص نتفُ شعرِ الوجه مطلقًا، ولا يختص بالحواجب، وبهذا عرَّفه أكثرُ أهلِ اللغة (٣).

<sup>(</sup>١) زينة المرأة المسلمة، ص٧٥.

<sup>(</sup>٢) الشرح الكبير ١/٢٦٣.

<sup>(</sup>٣) انظر: النهاية في غريب الحديث والأثر ٥/ ١٢٠، القاموس المحيط، ص٦٣٣، المغني ١٦٣١، شرح المنتهى ١/ ٤٦.

وذهب بعضُهم إلى أنَّ النمص خاصُّ بالحاجبَيْن؛ قال أبو داود -صاحب «السنن»-: (والنامصة: التي تَنْقُشُ الحاجب حتى تُرِقَّهُ)(١).

والأقرب -والله أعلم- هو القول الثاني، فيكون النَّهي خاصًّا بالحاجبَيْن، أمَّا ما عداهما فلا يدخل في النَّهي؛ لما يلي:

١ – أنَّ النَّمص وإن كان في اللغة يُراد به نتفُ شعرِ الوجه مطلقًا، إلَّا أنَّ النَّهي ينصرف إلى ما جَرَتِ العادةُ بِفِعله، وهو نتفُ الحاجبَين، وهذا كقول صَالَاتَهُ عَلَيْهِ وَسَلَمَ: «إِنَّ الرُّقَى وَالتَّمَاثِمَ وَالتَّوَلَةَ شِرْكٌ» (٢) فهو محمولٌ على ما كانوا يعتادونه من الرُّقَى الشَّركيَّة.

٢- أنَّ إزالة شعر الوجه من باب العلاج؛ لأنَّ المعتاد في وجه المرأة أن يكون ناعمًا خاليًا من الشعور والزَّغَب.

٣- أنَّ شعر الحاجب جمالُ للعين، وبقاؤه مرغوب، والنَّمص يُنافي ذلك، أمَّا شعر الوجه فالجمالُ في عدمه، وبقاؤه غيرُ مرغوبِ فيه، ونَتْفُه يحقِّق هذا الغرضَ.

٤ - لـو صـح أنَّ النَّمص يشـمل جميع شعر الوجه، لَلَزِم تحريم تحديدِ الشعر النابتِ على الخدَّين في الرجل، وهذا ما لم يلتزم به القائلون بذلك.

وعلى ذلك يجوز للمرأة إزالةُ الشعر النابتِ في وجهها، ومن باب أَوْلى ما إذا نبت لها لحيةٌ، أو شارب، أو عَنْفَقَةٍ؛ لأنه إزالة للأذى الذي يلحق المرأةَ به.

ويجوز للرجل كذلك إزالةُ الشعرِ النابت على الخدَّين؛ لأنَّ ذلك ليس من النَّمص، ولا يدخل في حَدِّ اللحية التي أُمر بإعفائها.

## ثالثًا: الجراحات التجميليَّة في العين.

جراحات التَّجميل المتعلِّقة بالعين لها حالاتٌ متعدِّدة؛ فقد تكون بتكبير العين الضَّامرة، أو بإبراز العين الغائرة، أو بإدخال العين الجاحظة، أو برَفْع الجفون أو الحواجب الساقطة على العين.

وحُكم هذه الجراحات مبني على التأصيل السابق للجراحات التجميليَّة؛ ولها حالان:

الأولى: إن كان الغرض من هذه الجراحة إزالة تشوُّو في العين أو أذّى، فتجوز، سواءٌ أكان التشوُّه طارتًا بسبب حادثٍ ونحوه، أو موجودًا في الإنسان خِلقةً منذ والادته، والا فرقَ فيما يُزال الأذاه

<sup>(</sup>۱) انظر: فتح الباري ۱۰/ ۳۷۸، فتح القدير، لابن الهمام ٦/ ٤٢٦، والبحر الرائق ٦/ ٨٨، وبه صدرت الفتوى عن اللجنة الدائمة: فتاوى اللجنة ٥/ ٢١٠.

<sup>(</sup>۲) ابن ماجه (۳۵۳۰)، وأبو داود (۳۸۸۳).

بين أن يكون بسبب حادثٍ، أو بسبب التقدُّم في العُمر؛ لأنَّ هذا التغيير ليس من التغيير المذموم، بل هو رَدُّ للخِلقة إلى وضعها المعتاد، ولا يُقصد منه طلبُ الحُسن، بل دفعُ الضَّرَر الحِسِّي أو النَّفسي الذي يلحق الإنسانَ بسبب وجودِ ذلك العيب أو الأذى.

ويدخل في هذه الحالِ غرسُ العيونِ الصناعيَّةِ محلَّ العيونِ الأصليَّةِ المقلوعة، ويمكن أن يُستدل للجواز بما جاء عن عَرْفَجَةَ بن أسعدَ رَضَاً لِللَّهُ عَنْهُ قال: (أُصيب أنفي يومَ الكُلَابِ في الجاهليَّة، فاتَّخذتُ أنفًا من وَرِقِ فأنْتَنَ عليَّ، فأمرني رسول الله صَالَّلَةُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أن أَتَّخِذَ أنفًا من ذهب)(١).

والثانية: وإن كان الغرض من الجراحة طلب الحُسن، وليس في العين تشوُّهُ أو أذَّى، فهي محرَّمة؛ لأنَّها مِن تغيير خلق الله.

### رابعًا: الجراحات التجميليَّة في الأنف.

وحُكم هذه الجراحةِ كحُكم جراحة تجميل العين:

فإن كان الغرض منها إزالة تشوُّو في الأنف أو أذّى، فتجوز؛ سواءٌ أكان التشوُّه طارعًا بسبب حادثٍ ونحوِه، أو موجودًا في الإنسان خِلقةً، وسواء أكان الأذى بسبب حادثٍ، أو بسبب التقدُّم في العمر؛ لحديث عَرْفَجة السابق؛ فإنَّ النبي صَلَّاللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ رخَّص له في أن يعالج التشوُّه الذي في أنفه بأن يضع أنفًا من ذهب، ولأنَّ هذا التغيير ليس من التغيير المذموم، بل هو رَدُّ للخِلقة إلى وضعها المعتادِ، ولا يُقصَد منه طلبُ الحُسنِ، بل دفعُ الضَّرَر الحِسِّي أو النفسي الذي يلحق الإنسانَ بسبب وجود ذلك العيب أو الأذى.

وإن كان الغرض من الجراحة طلب الحسن، وليس في الأنف تشوُّهُ أو أذَى؛ مثل رفع أرنبة الأنف ليظهر الأنف قائمًا، فهذه الجراحة محرَّمةٌ؛ لأنَّها من تغيير خلق الله.

## خامسًا: الجراحات التجميلية في الشُّفَة.

وحُكم هذه الجراحة على التفصيل السابق:

فإن كان الغرض منها إزالة تشوه في الشفة أو أذى فتجوز؛ سواءٌ أكان التشوه طارئًا أو موجودًا خِلقة، وسواء أكان الأذى بسبب حادثٍ أو بسبب التقدُّم في العمر؛ وأرى أنَّ من هذا النوع:

١ - ترقيع الشفة المشقوقة (المشرومة).

٢- تصغير الشفة الكبيرة إذا كان بشكل لافت للنظر، بحيث يكون منظرُها قبيحًا.

٣- تقصير الشفة الطويلة، إذا كان طولها مشوهًا، بحيث يزيد على القدر المعتاد.

٤ – شدُّ الشفة المتهدِّلة.

<sup>(</sup>۱) أبو داود (٤٢٣٢)، والترمذي (١٧٧٠)، والنسائي (١٦١٥).

وإن كان الغرض من الجراحة طلب الحسن، وليس في الشفة أذًى أو عيبٌ ظاهر، فهي محرَّمة؛ لأنها من تخبير لشفاههنَّ؛ لإضفاء الجمال عليهنَّ.

## سادسًا: الجراحات التجميليَّة المتعلِّقة بجلد الوجه.

الجراحات التجميلية المتعلِّقة بالجلد لها صورٌ متعدِّدة، والغرضُ منها جميعًا واحدٌ، وهو تنعيم الجلد وإزالة التجاعيد والتشوُّهات التي قد تظهر عليه، وهذه الجراحات ترجع إجمالًا إلى ثلاثة أنواع، وفيما يلي بيان هذه الأنواع الثلاثة، وحُكم كلِّ منها:

#### النوع الأول: شد جلد الوجه.

ويَعمِد بعضُ الناس إلى هذه الجراحةِ لإزالة الترهُّلاتِ والتَّجاعيد التي تصيب الجلدَ، لا سيَّما مع التقدُّم في السِّن.

وحكم هذه الجراحة مبني على الباعث على إجراء هذه العمليَّةِ، وذلك على النحو الآتي:

- فإن كان الغرض منها إزالة ترهُّلِ غيرِ معتادٍ أصاب الإنسان صغيرًا أم كبيرًا، بسبب مرض أو حادثٍ ونحو ذلك، فتجوز؛ لأنَّها إزالةٌ لعيب وليست طلبًا للحُسن.
- وإن كان الغرضُ منها طلبَ الحُسن بإزالة التجاعيد أو الترهلات التي تظهر على الجلد لأسبابِ معتادة؛ كالتقدُّم في العمر، فالجراحةُ في هذه الحالِ محرَّمةٌ؛ لأنَّها من التغيير المذَّمومِ لخلق الله، فضلًا عمَّا تشتمل عليه من الخداع والتَّدليس، وإظهار المرءِ نفسَه على أنه صغيرٌ في السِّن.

## النوع الثاني: استخدام المستحضَرات التجميليَّة.

وهي موادُّ كيميائيَّة تُستخدم لتنعيم الجلدِ، وإخفاء ما يظهر عليه من حبوب أو ندبات أو تشقُّقاتٍ أو تجاعيدَ ونحوِ ذلك، وحكمُ هذه المستحضرات يختلف باختلاف طريقة المعالجةِ بها، وهي لا تخلو من حالين:

الحال الأولى: أن تُدهن هذه الموادُّ على الطبقة السَّطحية للجلد؛ لتنعيمه، أو تبييضه، أو تبييضه، أو تلوينه، ونحوِ ذلك؛ فهذه جائزة، ولو كان أثرُها يبقى لمدَّة طويلة؛ لأنَّ الأصل في هذه التصرُّ فات الإباحة، وليست من التغيير المذموم؛ لأنَّ التغيير المذموم ما تضمَّن تغييرًا لهيئة العضو وشكلِه، وهذه ليست منه، ويمكن أن يقاس استعمال هذه المستحضرات على التجمُّلِ بالجِنَّاء والكحل ونحوهما.

وغنيٌّ عن القول: أنه يُشترط لجواز استعمالها توافرُ الشروطِ العامَّةِ للتَّجميل -وقد سبق ذكرها- من انتفاء الضرر، والتَّشبُّه المحرَّم، وعدم المبالغة والإسراف في ذلك.

والحال الثانية: أن تُحقَن هذه الموادُّ داخلَ الجلد، فهذه لها حكمُ الوشم، فتَحرُم إلَّا أن يكون الغرض منها إزالة تشوُّو غير معتادٍ في الجلد.

ومن هذا النوع: ما تفعلُه بعضُ النّسوة من تحمير الشَّفَتَين بمادَّةٍ تُحقن فيهما؛ لتبقى الحمرة فيهما لمدَّة طويلة.

#### النوع الثالث: التقشير.

وفي هذا النوع تُستخدم وسائلُ متعدِّدة لإزالة الطبقة السطحيَّة من الجلد؛ لتظهر مكانَها طبقةٌ جديدة ليس فيها تجاعيدُ أو حبوب، والوسائلُ المستخدَمة لذلك متعدِّدة؛ فقد تكون بمستحضَرات كيميائيَّة، وقد تكون بالليزر أو الأشعة الضوئيَّة.

وقد جاء ذكر التقشير في بعض الروايات إلَّا أنَّها ضعيفة؛ فعن عائشة رَضِيَالِلَهُ عَنْهَا قالت: (كان رسول الله صَلَّالِلَهُ عَنْهَا القاشِرة والمَقْشُورَة، والواشِمة والموتشِمة، والواصِلة والمتَّصِلة)(١).

قال أبو عبيد القاسم بن سلام -في القاشرة والمقشورة-: (نراه أراد هذه الغمرة التي يعالج بها النساء وجوههن حتى ينسحق أعلى الجلد ويبدو ما تحته من البشرة، وهو شبيه بما جاء في النامصة)(٢).

والأقرب -والله أعلم- هو جواز التقشير؛ لأنَّ الأصل في هذه التصرفات الإباحة، ولا دليلَ على المنع، وأمَّا الحديث فإنه ضعيف، ولا يدخل التقشير في التغيير المذموم لخلق الله؛ فإنَّ التغيير المذموم -كما تقدَّم- ما كان فيه تغييرٌ لهيئة العضو، وأمَّا التقشير فالعضو يبقى على هيئته، فهو كالتَّجميل الحاصل بالحنَّاء والدهون وغيرهما من مستحضرات التجميل، والله أعلم.

#### حكم تمويل العمليات التجميليَّة بناءً على التفصيل السابق:

تبيَّن مما سبق، أنَّ العمليَّات التجميليَّة من الأنشطة المختلطة، فمنها ما هو مباحٌ ومنها ما هو محرَّم؛ وعلى هذا فتمويل هذه العمليَّات لا يخلو من ثلاثِ حالاتٍ:

الحال الأولى: أن يعلم أنَّ التَّمويل لعمليَّات تجميليَّة مباحة، فيكون التمويل حينتذِ جائزًا إذا كان بإحدى الصِّيَغ التَّمويليَّة الجائزة شرعًا.

والحال الثانية: أن يعلم أنَّ التَّمويل لعمليَّاتٍ تجميليَّة محرَّمة؛ كأن يتبيَّن من مستندات طلب التمويل أنه لغرض وشم اليد أو الرقبة ونحو ذلك، فيَحرُم التَّمويلُ حينئذِ؛ لما فيه من الإعانة على الإثم.

<sup>(</sup>١) سبق تخريجه، ص٦١١ من هذا المجلد.

<sup>(</sup>٢) المنتقى ٧/ ٣٨٥، وانظر: النهاية في غريب الحديث والأثر ٤/ ٦٦.

والحال الثالثة: أن يعلم أنَّ التَّمويل لإجراء عمليَّةٍ تجميليَّةٍ، ولم يتبيَّن نوعُها ولا حكمُها، فالأظهر -والله أعلم - جواز تقديم التمويل في هذه الحال؛ بناءً على أصل الإباحة في التجميل - كما سبق بيانه - وأمَّا الجزم بأنَّ الغالب في العمليَّات التجميليَّة التحريم، فغيرُ مسلَّم، فدائرةُ المباحِ منها واسعةٌ وَفقَ ما سبق تفصيلُه، سواءٌ من حيث الغرضُ من العملية - والذي يكون كثيرًا لإزالة عيب - أو من حيث محلُّ التَّجميل، مما يصعب معه الجزمُ بأنَّ الغالب في العمليَّات التجميليَّة التحريم أو الإباحة.

فإذا كان الأمر كذلك، فيبقى الأمرُ في حال عدمِ التَّحقُّق على الأصل، وهو الإباحة. ويدخل في هذا القسم تمويلُ المنشأة الطبيّة التي يكون من أنشطتها العمليَّاتُ التَّجميليَّة، وذلك عن طريق فتح الاعتمادِ بالمرابحة أو بالمشاركة، ثم البيع الآجِل، أو بالتورُّق ونحو ذلك، والله أعلم.

والحمد لله أولًا وآخِرًا، وظاهرًا وباطنًا، وصلى الله وسلم على نبيّنا محمدٍ وعلى آله وصحبِه أجمعين.





## فهرس الموضوعات

حة	لموضوع حقم الصفح
	تقديم بقلم الرئيس التنفيذي٧
	تقديم بقلم أمين الهيئة الشرّعية٩
	تصدير بقلم المؤلف
	توطئة بقلم المعتني
	القسم الأول: الخدمات المصرفية والعقود التمويلية
	التكييف الشرعي للحساب الجاري والآثار المترتبة عليه
	مقدمة
	مدخل
	تعريف الحسابات والودائع الجارية وخصائصها
	تكييف الوديعة الجارية
	القول الأول: تخريجها على عقد الوديعة
	القول الثاني: تخريجها على حقد القرض
	القول الثالث: أنها عقد مستحدث
	الموازنة بين الأقوال
	الراجح في تكييف الوديعة الجارية
	الآثار المترتبة على هذا التخريج
	أولًا: حكم الفوائد المشروطة على الحسابات الجارية ٢٩
	ثانيًا: حكمُ الهدايا النقدية غير المشروطة
	ثالثًا: حكمُ الهدايا العينية غير المشروطة٣٠
	رابعًا: حكم المزايا والخدمات المجانية
	خامسًا: حكم أخذ الرسوم على الحسابات الجارية٣١
	ودائع المرابحة في البنوك الإسلامية
	دراسة تأصيلية – تطبيقية
	مقدمة
	المتحث الأه ل: التعريف بالمدائع المصرفة وأنه إعها

# ﴿ ٦٣٢ ﴾— الموضوع رقم الصفحة

٤٣	المبحث الثاني: التعريف بودائع المرابحة وأنواعها
٤٣	المطلب الأول: التعريف بها
٤٥	المطلب الثاني: أنواع ودائع المرابحة وآلية العمل في كل منها
٤٥	النوع الأول: ودائع الاستثمار المباشر
٤٦	النوع الثاني: ودائع الوكالة في الاستثمار
٤٩	الفصل الأول: التأصيل الشرعي لودائع المرابحة
٥١	المبحث الأول: تكييف ودائع الاستثمار المباشر وحكمها
	المطلب الأول: تكييفها الشرعي
٥٢	المطلب الثاني: حكمها الشرعي
٥٧	المبحث الثاني: تكييف ودائع الوكالة في الاستثمار وحكمها
٥٧	المطلب الأول: تكييف ودائع الوكالة في الاستثمار
٥٨	المطلب الثاني: حكم وداثع الوكالة في الاستثمار
71	المبحث الثالث: الأحكام المتعلَّقة بودائع المرابحة
۲۱	المطلب الأول: القبض في ودائع المرابحة
٦٣	المطلب الثاني: كيفية احتساب الأرباح وقسمتها
٦٥	المطلب الثالث: الاسترداد والتخارج
٦9	المطلب الرابع: التحوط في ودائع المرابحة
	الفرع الأول: المرابحات المتجددة
٧٠	الفرع الثاني: الوعود المتقابلة لأغراض التحوط
۷١	الفرع الثالث: المرابحات المتعاكسة لأغراض التحوط من تغير أسعار الصرف
٧٢	الفرع الرابع: الاستثمار بالوكالة مع حافز الوكيل
٧٣	المطلب الخامس: بيع السلعة على المورد الأول أو وكيله أو ضامنه
٧٥	الفصل الثاني: الدراسة التطبيقية لودائع المرابحة
٧٧	المبحث الأول: تطبيقات عقود ودائع المرابحة في أسواق السلع الدولية
٧٧	المطلب الأول: سوق لندن للمعادن الأساسية (LME)
٧٩	المطلب الثاني: بورصة السلع الماليزية (BSAS)
۸۳	المبحث الثاني: دراسة تطبيقية لودائع مرابحة في بعض المصارف الإسلامية
۸۳	المطلب الأول: دراسة تطبيقية لوديعة مرابحة في بنك إسلامي محلي
۸٥	المطلب الثاني: دراسة تطبيقية لوديعة مرابحة في نافذة إسلامية في بنك محلي
۸٦	المطلب الثالث: دراسة تطبيقية لو ديعة مرابحة في بنك خليجي

وضوع حقم الصفحة	•
المطلب الرابع: دراسة تطبيقية لوديعة مرابحة في بنك دولي	
خاتمة البحث	
التأجيرالتمويلي	
دراسة فقهية مقارنة بمشروع نظام الإيجار التمويلي	
مقلمة	ı
تمهيد	
المطلب الأول: التعريف بعقد التأجير التمويلي	
الفرع الأول: تعريفه باعتباره مركبًا إضافيًا	
الفرع الثاني: تعريفه باعتباره لقبًا	
المطلب الثاني: أنواع التأجير التمويلي	
المطلب الثالث: مقارنة التأجير التمويلي ببعض العقود المشابهة	
الفرع الأول: مقارنته بعقد التأجير التشغيلي	
الفرع الثاني: مقارنته ببيع التقسيط	
المبحث الأول: التوصيف الشرعي والنظامي لعقد التأجير التمويلي ١٠٥	١
المطلب الأول: التوصيف الشرعي	
المطلب الثاني: التوصيف النظامي للتأجير التمويلي	
المبحث الثاني: أركان عقد التأجير التمويلي وشروط كل ركن	١
المطلب الأول: الركن الأول: الصيغة	
المطلب الثاني: الركن الثاني: العاقدان	
المطلب الثالث: الركن الثالث: العين المؤجرة	
المطلب الرابع: الركن الرابع: المنفعة	
المطلب الخامس: الركن الخامس: الأجرة	
المبحث الثالث: مراحل التأجير التمويلي وأحكام كل مرحلة ١١٥	1
المطلب الأول: مرحلة الوعد بالاستئجار	
الفرع الأول: حكم الوعد الملزم والمواعدة الملزمة	
الفرع الثاني: حكم المبالغ النقدية التي يأخذها المؤجر في مرحلة الوعد١١٧	
المطلب الثاني: مرحلة التأجير	
الفرع الأول: أحكام الصيانة والضمان للعين المؤجرة	
النوع الأول: الصيانة التشغيلية العادية	
النوع الثاني: الصيانة الأساسية	

# ﴿ ٦٣٤ ﴾— الموضوع رقم الصفحة

17	النوع الثالث: ضمان هلاك العين المؤجرة
١٢٠	وسائل الحماية من مخاطر الضمان والصيانة الأساسية
	المسألة الأولى: تحميل المستأجر عبء إثبات عدم التعدي والتفريه
١٢٢	المسألة الثانية: إبرام عقد صيانة للعين المؤجرة مع طرف ثالث
١٢٢	المسألة الثالثة: التأمين التعاوني على العين المؤجرة
١٢٢	الفرع الثاني: التأمين على العين المؤجرة وعلى المستأجر
١٢٢	المسألة الأولى: حكم التأمين
۱۲٤	المسألة الثانية: حكم تحميل المستأجر مسؤولية التأمين
١٢٥	الفرع الثالث: أحكام الأجرة
١٢٥	المسألة الأولى: الأجرة المتغيرة
١٢٧	المسألة الثانية: تعجيل الأجرة، وتأجيلها
١٢٨	الفرع الرابع: الشروط التوثيقية والجزائية في عقد التأجير
	المسألة الأولى: الشروط التوثيقية
179	المسألة الثانية: الشروط الجزائية
١٣٠	أولًا: اشتراط تعجيل بعض الدفعات الإيجارية لفترات مستقبلية
١٣١	ثانيًا: شرط غرامة التأخير مع التخلص منها
١٣١	ثالثًا: تمديد فترة الإجارة
١٣٢	المطلب الثالث: مرحلة التمليك
١٣٢	الفرع الأول: أن يكون التمليك بعوض
١٣٣	الفرع الثاني: أن يكون التمليك بغير عوض
١٣٥	المبحث الرابع: صور خاصة من عقود التأجير التمويلي
140	المطلب الأول: تأجير الأعيان الموصوفة في الذمة
	المطلب الثاني: العينة الإيجارية
	المطلب الثالث: إجارة العين لمن باعها
١٣٨	المطلب الرابع: إجارة المؤجر العين المؤجرة
144	المطلب الخامس: المشاركة المتناقصة مع التأجير التمويلي
144	المطلب السادس: بيع محافظ الأعيان المؤجرة إجارة تمويلية وتصكيكها
١٤٣	المبحث الخامس: انتهاء عقد التأجير التمويلي
1 8 4	المطلب الأول: انتهاء مدة عقد التأجير
1 8 4	المطلب الثاني: الإنهاء الاختياري
180	المطلب الثالث: الإنهاء الإجباري

فهرس الموضوعات \_\_\_\_\_\_\_فهرس الموضوعات \_\_\_\_\_

الموضوع

رقم الصفحة

الفرع الأول: هلاك العين المؤجرة١٤٥	
الفرع الثاني: إخلال أحد العاقدين بشروط العقد	
يث السادس: الصياغة النظامية لعقد التأجير التمويلي وأبرز مصطلحاته ١٤٩	المبح
مطلب الأول: مكونات العقد والوثائق الملحقة به	ال
مطلب الثاني: بنود العقدمطلب الثاني: بنود العقد	ال
مطلب الثالث: أبرز المصطلحات	ال
ة البحث	خاتما
الإجارة بأجرة متغيرة بتغير السوق	
	مقدمة
يث الأول: التعريف بعقد الإجارة بأجرة متغيرة بتغير السوق	
يث الثاني: شرط العلم بالأجرة في عقد الإجارة وضوابطه	
مطلب الأول: شرط العلم بالعوض في عقود المعاوضة	
مطلب الثاني: ضابط العلم بالعوض في عقود المعاوضة	
بث الثالث: حكم الإجارة بأجرة متغيرة بتغير السوق	
نث الرابع: الموازنة بين القولين وضوابط الإجارة بأجرة متغيرة	
مطلب الأول: الموازنة بين القولين	
مطلب الثاني: ضوابط الإجارة بأجرة متغيرة	
مث الخامس: تطبيقات أخرى للإجارة بأجرة متغيرة بتغير السوق	
لًا: الإجارة المتجددة بأجرة متغيرة	
نيًا: الإجارة بأجرة ثابتة مع الإبراء عما زاد عن المؤشر	
_	الخات
التمويل بالمشاركة	
الآليات العملية لتطويره	
	مقدمة
الأول: المشاركة من خلال رأس المال المخاطر (entur Capital)	
الثاني: المشاركة المتناقصة مع التأجير التمويلي أو المشاركة في الإنتاج ٢٠٣	_
الثالث: المشاركة من خلال أسهم امتياز بزيادة حصة الشريك من الأرباح ٢٠٥	_
الرابع: المشاركة مع ترديد نسبة المقاسمة في الأرباح	_
الخامس: التمويل بالمشاركة مع وعد الشريك بالتنازل عمًّا زاد عن القيمة الاسمية عند	_
التخارج	س

ابحاث في قضايا مالية معاصرة	
رقم الصفحة	الموضوع
 غ أولويَّة بعض الشُّرَكاءِ في التَّصفية٢١٥	 الفرع السادس: التمويل بالمشاركة مع
ق توصية، أو شَركة ذاتِ مُسؤوليَّةٍ محدودة ٢١٧	•
قُل حبِّءِ الإثبات في حال الخسأرة على الشريك	—
Y14	المدير
نود الشركات	الفرع التاسع: التأمين التكافلي على عا
نحميل المتموِّل (المدير) بعضَ المصروفات	الفرع العاشر: التمويل بالمشاركة مع ا
YYW	المنضبطة
د تمويلات المصارف الإسلامية	تعديل عوائد
YYY	مقلمة
بالمرابحة	المبحث الأول: تعديل عوائد التمويل
بالمضاربة أو بالمشاركة	المبحث الثاني: تعديل عوائد التمويل
ر بالإجارة	المبحث الثالث: تعديل عوائد التمويل
بالوكالة	المبحث الرابع: تعديل عوائد التمويل
يلات القائمة	مدى إمكانية التعديل في عوائد التمو
رة المتغيسرة في الإجسارة بعوائسد الودائع الاسستثمارية لدي	مدى إمكانية ربط حسساب الأجسر
YWA	المصرف
. الفعلي المتحقق على الودائع لدي المصرف٢٣٨	أولًا: ربط حساب الأجرة بالعائد
المتوقع تحقيقه على الودائع لدى المصرف٢٤٠	ثانيًا: ربط حساب الأجرة بالعائد
لمدير الاســـتثمار ســـواء أكان مضاربًا أم وكيلًا في الاستثمار	مدى إمكانية ربط حساب الحوافز ا
لمودعين في الودائع الاستثمارية لدى المصرف ٢٤١	أم شريكًا بالربح المتوقع تحقيقه ل
ول إلى العلم وتطبيقاتها المعاصرة	الجهالة التي تؤ
Y & V	مقدمة
، حقد المعاوضة وضوابطه	المبحث الأول: شرط العلم بالثمن في
ط العلم الثمنط العلم الثمن	المطلب الأول: الأصل الشرعي لشر
Yo	المطلب الثاني: ضابط العلم بالثمن.
، تؤول إلى العلم ٢٥١	المطلب الثالث: ضوابط الجهالة التي
تؤول إلى العلم في البيوع الحالة٣٥٠	المبحث الثاني: تطبيقات الجهالة التي
ما ينقطع به السعر	المطلب الأول: البيع بسعر المثل أو ب
۲۰۲	المطلب الثاني: البيع بما باع به فلان.
707	المطلب الغالبة والبيم والبقو

فهرس الموضوعات \_\_\_\_\_\_\_فهرس الموضوعات \_\_\_\_\_

رقم الصفحة	الموضوع
الوحدة	المطلب الرابع: بيع بعض الجملة بتحديد سعر
ي تؤول إلى العلم ٢٥٩	
Y09	المطلب الأول: الإجارة بأجرة متغيرة
Y%	المطلب الثاني: الإجارة المتجددة بأجرة متغيرة
YT•	المطلب الثالث: الإجارة بنسبة من العائد
متغير ٢٦٣	المبحث الرابع: تطبيقات البيع الآجل بالسعر ال
Y7	المطلب الأول: مرابحة البيع الآجل بربح متغير
نير	المطلب الثاني: المرابحات المتجددة بربح مته
نزام بالخصمنزام بالخصم	المطلب الثالث: المرابحة بالبيع الآجل مع الال
Y3A	المطلب الرابع: السلم بسعر السوق
، بر <b>بح متغ</b> یر	المرابحة
YVY	مقدمة
YVV	المبحث الأول: التعريف بمصطلحات الدراسة
<b>YVV</b>	المطلب الأول: التعريف بالمرابحة
YV4	المطلب الثاني: التعريف بالربح
YV4	المطلب الثالث: التعريف بالمرابحة بربح متغير
يع	المبحث الثاني: العلم بالثمن وأثره في صحة الب
م بالثمن	المطلب الأول: أقوال أهل العلم في شرط العل
۲۸۱	المطلب الثاني: الأصل الشرعي لهذا الشرط
YAY	المطلب الثالث: ضابط العلم بالثمن
رابحة بربح متغير	المبحث الثالث: المؤيدات الشرعية لصحة المر
۲۸۰	المطلب الأول: الأصل الشرعي في العقود
ر بعض البيوع الحالة	المطلب الثاني: قياس المرابحة بربح متغير على
ع به السعر	الفرع الأول: البيع بسعر المثل أو بما ينقط
79	الفرع الثاني: البيع بما باع به فلان
791	, ,
ر الوحدة	
ى بعض البيوع الآجلة	المطلب الثالث: قياس المرابحة بربح متغير علم
798	•
798	الفرع الثاني: السلم بسعر السوق

# الموضوع رقم الصفحة

المطلب الرابع: قياس المرابحة بربح متغير على الإجارة بأجرة متغيرة
المبحث الرابع: الاعتراضات الواردة على المرابحة بربح متغير ومناقشتها ٢٩٩
المطلب الأول: شبهة الربا
المطلب الثاني: شبهة الغرر
المطلب الثالث: شبهة الغبن
المطلب الرابع: شبهة الجمع بين بيعتين في بيعة٣٠٣
المبحث الخامس: الحلول المطروحة في التمويل طويل الأجل ومناقشتها ٣٠٥
المطلب الأول: التسزام المصرف بخصم ما زاد عن معدل الربح في السسوق في حال التزام العميل
بالسداد في الوقت المحدد
المطلب الثاني: شراء أصل ثم تأجيره على البائع بأجرة متغيرة٣٠٦
المطلب الثالث: التورق المدار
الخاتمةالخاتمة
حق الانتفاع العقاري (١)
مقلمة
المبحث الأول: التعريف بحق الانتفاع العقاري
المطلب الأول: التعريف بمفرداته
الفرع الأول: التعريف بالحق
الفرع الثاني: التعريف بالانتفاع٣١٨
الفرع الثالث: التعريف بالعقاري
المطلب الثاني: التعريف بحقِّ الانتفاع العقاري باحتباره مركَّبًا
الفرع الأول: تعريفه مركبًا في الاصطلاح الفقهي
الفرع الثاني: تعريفُه مركَّبًا في القانون الوضعي٣٢٠
المبحث الثاني: التوصيف الشرعي لحق الانتفاع العقاري
المطلب الأول: تخريجه على مِلكَيَّةِ المنفعةِ بصَّفةٍ مؤقَّته
المطلب الثاني: ملكية الانتفاع دون الرقبة على سبيل التأبيد
المطلب الثالث: مِلكيَّةُ الانتفاع ملكيةً كاملةً للعين والمنفعة
المطلب الرابع: معيار التمييز بين مِلكيَّة الانتفاعِ التي يترتب عليها تملَّكُ العينِ والتي لا يترتب
عليها ذلك
الفرع الأول: قيودٌ لا تمنع من تحقُّقِ أصلِ الملك
الفرع الثاني: الأوصاف المعتبرة لأصل الملك

فهرس الموضوعات \_\_\_\_\_\_\_فهرس الموضوعات \_\_\_\_\_\_

رقم الصفحة	الموضوع
ع العقاري	المبحث الثالث: المعاوضة على حق الانتفا
تت	•
779	
اري في حقود التمويل	المبحث الرابع: تطبيقات لحق الانتفاع العق
مع وعدٍ من البائع بالشراء بالقيمة الاسمية٣٣٣	
777	
<b>***</b>	الفرع الثاني: الحكم الشرعي
الانتفاع بالأصول دون الملكية الرسمية (الوثائق) ٣٣٤	المطلب الثاني: تملك حملة الصكوك حق
٣٣٤	الفرع الأول: تصوير المسألة
٣٣٤	الفرع الثاني: الحكم الشرعي
ع العقاري في الأسواق المالية ٣٣٥	المطلب الثالث: تداوُل صكوك حقِّ الانتفار
٣٣٥	
٣٣٥	الفرع الثاني: الحكم الشرعي
ره ممن اشتراه إيجارًا منتهيًا بالتمليك٣٣٦	
۳۳٦	الفرع الأول: تصوير المسألة
٣٣٦	الفرع الثاني: الحكم الشرعي
تفاع العقاري (٢)	حق الان
<b>781</b>	مقلمة
٣٤٣	تمهيد: التعريف بحقِّ الانتفاع العقاري
٣٤٣	المطلب الأول: التعريف بالمفردات
اري مرکبًا	المطلب الثاني: التعريف بحق الانتفاع العق
رح الفقهي	الفرع الأول: تعريفه مركبًا في الاصطلا
لوضعيلوضعي	الفرع الثاني: تعريفه مركبًا في القانون ا
ناري بين الفقه والقانون	المبحث الأول: مسائل في حق الانتفاع العة
٣٤٧	المسألة الأولى: توصيف حق الانتفاع
ىارة	الاتجاه الأول: تخريجه على عقد الإج
۳٤۸	الاتجاه الثاني: تخريجه على عقد البيع
بالموت	المسألة الثانية: انتهاء حق الانتفاع العقاري
٣٥٠	المسألة الثالثة: صيانة العقار المنتفع به
٣٥٠	القسم الأول: الصيانة التشغيلية العادية
٣٥٠	القسم الثاني: الصيانة الأساسية

حة	الموضوع رقم الص
	المسألة الرابعة: هلاك العين المنتفّع بها
	المسألة الخامسة: بيع حقُّ الانتفاع العقاري
	المسألة السادسة: رهن حق الانتفاع العقاري
	المبحث الثاني: تطبيقات حق الانتفاع العقاري المعاصرة في التمويل الإسلامي ٥٥٠
	المسألة الأولى: التطوير العقاري من خلال بيع المنافع الموصوفة
	المسألة الثانية: حكم إصدار صكوك متداوَلة على حقوق الانتفاع
	المسألة الثالثة: بيع حق الانتفاع ثم إعادة تأجيره إجارة منتهية بالتمليك على البائع٧٥٧
	الاتجاه الأول: تخريجها على مسألة عكس العِينة
	الاتجاه الثاني: جـواز صكوك حقـوقِ الانتفاع المؤجَّرة إجـارةً منتهيـةً بالتَّمليك على من
	اشتُريت منه
	المسألة الرابعة: بيع حقِّ الانتفاع لعقاراتٍ مؤجَّرة للغير مع وحدٍ بإعادة بيعِها على البائع الأول ٣٦١
	الحال الأولى: أن يكون الوعد بالبيع بالقيمة السوقية، أو بما يتَّفق عليه في حينه٣٦٢
	الحال الثانية: أن يكون الوعد بالبيع بثمنٍ محدَّدٍ
	حماية رأس المال في الفقه الإسلامي
	مقدمة
	أهمية الموضوع
	خطة الدراسة
	تمهيد: في التعريف بمصطلحات الدراسة والألفاظ ذات الصِّلة
	المطلب الأول: حماية رأس المال
	المطلب الثاني: الضمان
	أولًا: تعريف الضمان
	ثانيًا: العلاقة بين حماية رأس المال وضمانه
	المطلب الثالث: التحوط
	أولًا: تعريف التحوط
	ثانيًا: العلاقة بين حماية رأس المال والتحوط
	المبحث الأول: التأصيل الشرعي لحماية رأس المال وضمانه وعلاقة المخاطرة بالربح ٣٧٣
	توطئة٣٧٣
	المطلب الأول: التأصيل الشرعي لحماية رأس المال
	الفرع الأول: الحكم الشرعي لحماية رأس المال
	الفرع الثاني: المعايير الشرعية لحماية رأس المال

رقم الصفحة	وع	الموضو
1 -	( )	, •

	المطلب الثاني: التاصيل الشرعي لضمان راس المال
۳۷۵	الفرع الأول: ضمان المدير في حال التعدِّي أو التفريط
۴٧٦	الفرع الثاني: قيام البينة أو القرينة على تقصير المدير أو تفريطه
طهب۲۷۷	الفرع الثالث: تضمين المدير بالشرط ما لم يأتِ ببيِّنةٍ على عدم تعدِّيهِ أو تفري
۴۷۸	المطلب الثالث: العلاقة بين المخاطرة والربح في الشريعة
۳۸۳	المبحث الثاني: حماية رأس المال بوسائلَ يُقصدُ منها تضمين مدير الاستثمار
۲۸۳	المطلب الأول: اشتراط ضمان رأس المال على المدير
۳۸۳	الفرع الأول: صورة المسألة
۳۸۳	الفرع الثاني: حكمها الشرعي
<b>"</b> ለጓ	المطلب الثاني: المضاربة مع إقراض المال للمدير
<b>"</b> ለኚ	الفرع الأول: صورة المسألة
۳۸٧	الفرع الثاني: حكمها الشرعي
متها الاسمية٣٨٨	المطلب الثالث: التزام المدير بشراء الوحداتِ الاستثمارية أو أصول الصكوك بقيه
۳۸۸	الفرع الأول: تصوير المسألة
۳۸۸	الفرع الثاني: حكمُها الشرعي
۳۸۹	المطلب الرابع: الوعود المتبادلة للتحوُّطِ من تذبذب القيمةِ السوقية
۳۸۹	الفرع الأول: تصوير المسألة
۳۸۹	الفرع الثاني: حكمها الشرعي
۳۹۱	المبحث الثالث: الحماية التعاونية لرأس المال
۳۹۱	المطلب الأول: التأمين التكافلي على الاستثمار والتمويل
۳۹۱	الفرع الأول: تصوير المسألة
۳۹۲	الفرع الثاني: الحكم الشرعي
۳۹۳	المطلب الثاني: الحماية من طرف ثالث
۳۹۳	الفرع الأول: تصوير المسألة
۳۹۳	الفرع الثاني: الحكم الشرعي
<b>"۹</b> V	المطلب الثالث: الحماية بتكوين احتياطيات مخاطر الاستثمار
	الفرع الأول: تصوير المسألة
۳۹۸	الفرع الثاني: الحكم الشرعي
۳۹۹	المطلب الرابع: تطوع العامل بالضمان
٤٠٠	المطلب الخامس: إقراضُ المدير الصندوقَ في حال العجزِ
	الفرع الأول: تصوير المسألة

## الموضوع رقم الصفحة

الفرع الثاني: الحكم الشرعي
المبحث الرابع: الحماية العقدية
المطلب الأول: الحماية بعقود المرابحة
الفرع الأول: الحماية من المخاطر الائتمانيَّةِ ٤٠٤
الفرع الثاني: الحماية من مخاطر العائد
الفرع الثالث: الحماية من مخاطر عدم توفر السيولة
المطلب الثاني: الإجارة مع الوحدِ بالتَّمليك
الفرع الأول: الإجارة مع الوعد بالتَّمليك بقيمةٍ اسمية وعائدٍ منضبطٍ
الفرع الثاني: الاستصناع أو الشراء من طَرَفٍ ثالثٍ ثم التأجير
الفرع الثالث: المسؤولية المحدودة لحملة الصكوك ٤٠٨
الفرع الرابع: تحميل المســتأجرِ الضمانَ والصيانة الأساســية الطارثة ما لــم يثبت عدمُ تعدِّيهِ
أو تفريطه
الفرع الخامس: التأمين التعاوني على الأصول المؤجَّرة ضدَّ التَّلَفِ والصيانة الطارثة ٤١١
الفرع السادس: الإجارة مع الإلزام المتبادل بنَقْلِ الملكيَّةِ
المطلب الثالث: الحماية بالمشاركة مع الإجارة ثم التَّمليك
المطلب الرابع: الحماية في عقود السَّلَم والاستصناع
الفرع الأول: الحماية بضَبْطِ المسلّم فيه بالقيمة لا بالكّمّية
الفرع الثاني: الحماية في الاستصناعَ بتقدير الثَّمَن بسعر التَّكلفة وربح معلوم ٤١٦.
المبحث الخامس: الحماية المركّبة (عقود التحوط)
المطلب الأول: التحوط لرأس المال من تَذَبْذُبِ القيمةِ السُّوقية للأصول ٢٠٠
الفرع الأول: الجمع بين المرابحة والمشاركة
الفرع الثاني: الجمع بين الإجارة والمشاركة
الفرع الثالث: الجمع بين المرابحة وبيع العربون
الفرع الرابع: تنويع الأصول بما يحقِّق الحماية لرأس المال
المطلب الثاني: التحوط لرأس المال من تذبذب أسعار الصرف ٤٢١
الفرع الأول: الجمع بين مرابحتين متقابلتين
الفرع الثاني: الجمع بين قرضَيْن بعُملتَين (القروض المتبادلة)
خاتمة الدراسة وأهم النتائج
التحوط في المعاملات المالية
مقلمة

فهرس الموضوعات \_\_\_\_\_\_\_فهرس الموضوعات \_\_\_\_\_

رقم الصفحة	الموضوع
ب (الحماية)	المبحث الأول: مفهوم (التحوط) و(الضمان) وعلاقتهما
	أولًا: التحوط
£٣٣	ثانيًا: الضمان
£ <b>¥</b> £	ثالثًا: الحماية
٤٣٥	علاقة الحماية بالتحوط
٤٣٥	علاقة الحماية بالضمان
٤٣٥	الضوابط الشرعية لحماية رأس المال
الإسلاميَّة ٤٣٧	المبحث الثاني: تطبيقات الحماية في المؤسَّسات الماليَّةِ
£٣V	المطلب الأول: تطبيقات الحماية البديلة عن التحوط
٤٣٧	الفرع الأول: تطبيقات الحماية في الصرف
لل	الفرع الثاني: تطبيقات الحماية في الاستثمار والتمويا
المال	المطلب الثاني: تطبيقات الحماية البديلة عن ضمان رأس
دات الاستثمارية أو أصـول الصكوك	المسالة الأولى: الترام المدير بشراء الوحر
<b>{{\dagger}o</b>	بقيمتها الاسمية
ويل	المسألة الثانية: التأمين التعاوني على الاستثمار والتم
££٦	المسألة الثالثة: ضمان الطرف الثالث
٤٤٨	المسألة الرابعة: تطوع العامل بالضمان
ي حال العجز	المسألة الخامسة: إقراض المدير محفظة الاستثمار ف
كسي) وبدائلها الشرعية	اتفاقية إعادة الشراء (الريبو والريبو الع
٤٥١	مقدمة
٤٥١	أسباب اختيار الموضوع
٤٥١	الدراسات السابقة
٤٥٢	تقسيمات الدراسة
٤٥٣	تمهيد: إدارة السيولة لدى المصارف المفهوم والأدوات .
٤٥٣	المطلب الأول: مفهوم إدارة السيولة
<b>£0 £</b>	المطلب الثاني: أدوات إدارة السيولة في المصارف
ووظائفها٧٥٤	المبحث الأول: التعريف باتفاقية إعادة الشراء ومكوناتها
٤٥٧	المطلب الأول: التعريف باتفاقية إعادة الشراء
٤٥٨	المطلب الثاني: مكونات اتفاقية إعادة الشراء
٤٥٨	أولًا: الصيغة
٤٥٩	ثانيًا: البائع (المتمول)

# الموضوع رقم الصفحة

٤٥٩	ثالثًا: المشتري (الممول)
٤٥٩	رابعًا: الأصول المالية
٤٥٩	خامسًا: الأَجَل
٤٦٠	سادسًا: العائد (معدل الريبو) (Repo Rate)
٤٦١	المطلب الثالث: وظائف اتفاقية إعادة الشراء
٤٦٣	المبحث الثاني: التكييف الفقهي لاتفاقية إعادة الشراء وحكمها
	المطلب الأول: التكييف الفقهي لاتفاقية إعادة الشراء
٤٦٣	الفرع الأول: تخريجها على بيع الوفاء
٤٦٤	الفرع الثاني: تخريجها على بيع العِينة
٤٦٧	الفرع الثالث: تخريجها على القرض بفائدةٍ مع رهن الأصول المالية
٤٧٠	المطلب الثاني: الحكم الشرعي لاتفاقية إعادة الشراء
٤٧٠	الأمر الأول: هيكلة الاتفاقية
٤٧١	الأمر الثاني: الأصول المالية المرهونة
٤٧٣	المبحث الثالث: البدائل الشرعية لاتفاقية إعادة الشراء
٤٧٣	المطلب الأول: التورق والتورق العكسي مع رهن الأوراق المالية
٤٧٣	الفرع الأول: تصوير المسألة
٤٧٤	الفرع الثاني: الحكم الشرعي للتورُّق مع رهن الأوراقِ الماليَّةِ
٤٧٧	المطلب الثاني: القروض المتبادلة
٤٧٧	الفرع الأول: تصوير المسألة
٤٧٨	الفرع الثاني: الحكم الشرعي للقروض المتبادلة بالشرط
٤٨٥	المطلب الثالث: الودائع المتبادلة بدون شرط (المعاملة بالمثل بدون فوائد)
	الفرع الأول: تصوير المسألة
٤٨٥	الفرع الثاني: الحكم الشرعي
٤٨٦	المطلب الرابع: بيع أوراق مالية مع وعد من المشتري ببيعها للبائع
٤٨٦	الفرع الأول: تصوير المسألة
٤٨٦	الفرع الثاني: الحكم الشرعي
٤٩١	المطلب الخامس: الوكالة في الاستثمار
٤٩١	الفرع الأول: تصوير المسألة
٤٩١	الفرع الثاني: الحكم الشرعي
٤٩٥	الخاتمة
	إفلاس الشركات وإعسارها في الفقه والنظام
£ 9 9	- 30130

فهرس الموضوعات  $\sim$  و  $\sim$  و  $\sim$  الموضوعات  $\sim$ 

رقم الصفحة	الموضوع

0 • 1	الفصل الأول: مفهوم إفلاس الشركات وإعسارها في الفقه والنظام
٥٠٣	المبحث الأول: تعريف الإفلاس والإعسار في الفقه وشروط التفليس .
٥٠٣	المطلب الأول: تعريف الإفلاس
٥٠٤	علاقة الإفلاس بالتَّفليس
٥٠٤	علاقة الإفلاس بالتصفية
٥٠٤	المطلب الثاني: تعريف الإعسار وصِلَتُه بالإفلاس
0 • 0	أولًا: المدين المليء
0 • 0	ثانيًا: المَدين المُعسِر
٥٠٦	ثالثًا: المدين المفلس
٥٠٦	المطلب الثالث: شروط التفليس
٥٠٩	المبحث الثاني: تعريف الإفلاس والإحسار في النظام
	المطلب الأول: تعريف الإفلاس
٥١٣	المطلب الثاني: مفهوم الإعسار في القانون
٥١٥	الفصل الثاني: الآثار المترتبة على إفلاس الشركات في الفقه والنظام.
	المبحث الأول: الآثار المترتبة على الإفلاس في الفقه
٥١٩	انتهاء التفليس
٠٢١	المبحث الثاني: الإجراءات والآثار المترتبة على الإفلاس في القانون
٠٢١	تصرفات الشركة السابقة لشهر الإفلاس
٠٢١	شهر الإفلاس
٠٢١	إدارة الشركة المفلسة
٠٢٢	حلول الديون واقتضاؤها
٥٢٣	العقود المبرّمةُ قبل شهر الإفلاس
٥٢٣	مسؤولية إدارة الشركة عن ديونها
٥٢٣	انتهاء التفليس
٠٢٥	الفصل الثالث: مسائل بين الفقه والقانون
	مسائل بين الفقه والقانون
۰۲۷	المسألة الأولى: تفليس الشركة بالعجز ولو لم تستغرق الديون أصولها.
	المسألة الثانية: استمرار الشركة المفلسة في مزاولة أعمالها
٠٢٩	المسألة الثالثة: المسؤولية المحدودة في الشركات
وال الشركة٥٣١	المسألة الرابعة: إعفاء الشريك الضامن من الديون الزائدةِ عن أمواله وأم

رقم الصفح	الموضوع
ة: حلول الديون المؤجَّلةِ	المسألة الخامس
ة: الاسترداد	المسألة السادس
: الأولوية في تسديد الديون	المسألة السابعة
لمواءمة بين الضوابط الشرعية ومبادئ الرقابة والتنظيم	1
٥٣٩	مقدمة
مواءمة بين الضوابط الشرعية والمبادئ الرقابية في شرط التحاكم ٥٤١	المبحث الأول: ال
مواءمة بين الضوابط الشرعيَّة والمبادئ الرقابية في قيود الملكية ٥٤٥	
ودُّ لا تمنع من تحقُّق أصل الملكِ٥٤٥	•
ل: أنَّ الشرطَ فاسدٌ	•
ن: أنَّ الشرط صحيح	
يــــــــــــــــــــــــــــــــــــ	
سمان	<b>.</b>
حقِّيَّة بالثمن عند بيع الأصل	الثاني: الأ
- لمواءمة بين الضوابط الشرعية والمبادئ الرقابية في نوع الملكيَّة ٥٥١	
مواءمة بين الضوابط الشرعية والمبادئ الرقابية في آثار العقد وشروطه ٥٥٥	
: المواءمة بين الضوابط الشرعية والمبادئ الرقابية في التعرض للمخاطر ٥٥٨	•
*	علاقة الحماية ب
الضمانا	علاقة الحماية ب
س: المواءمة بيسن الضوابسط الشسرعية والمبسادئ الرقابية فسي المعايير	المبحــث الســاد
المحاسبية	
الرقابة الشرعية على المصارف	
ضوابطها وأحكامها ودورها في ضبط عمل المصارف	
٥٦٩	مقدمة
تعريف بالرقابة الشرعية ودورها وأهميتها٧١٥	المبحث الأول: ال
: التعريف بالرقابة الشرعية٧٠٠	
: الفروق بين الرقابة الشرعية والمصطلحات المشابهة٧٧٥	
.: وظائف الرقابة الشرعية	•
أهمية الرقابة الشرعية	•
ي : مكةً نات هنة الـ قابة الشـ عبة	•

فهرس الموضوعات \_\_\_\_\_\_\_فهرس الموضوعات \_\_\_\_\_\_

رقم الصفحة	الموضوع
	7

٥٧٥	المطلب السادس: آنواع الرقابة الشرعية
ovv	المبحث الثاني: الصفة الشرعية لأعمال الرقابة
۰۷۹	المبحث الثالث: الأحكام المتعلقة بعمل هيئة الرقابة الشرعية
٥٧٩	المسألة الأولى: حُكمُ أُخذِ المفتي أجرًا على عمله
ې يعتمد جوازه ۸۸	المسألة الثانية: حُكمُ أُخِذِ عضو هَيئةِ الرقابة أجرًا بنسبةٍ من عوائدِ المنتَجِ الذَّهِ
	المسألة الثالثة: حُكم تملُّكِ أعضاء الهيئة أسهمًا في المصرف الذي تنتمِّي إلي
۰۸۲	المسألة الرابعة: تغيُّر اجتهادِ هيئة الرقابة
٥٨٤	المسألة الخامسة: الأخذ برأي الأغلبية في الترجيح
oat	المسألة السادسة: تكوينُ هيئةٍ عُليا تكون مرجعًا للهيئات الشرعيَّة
٥٨٥	المسألة السابعة: اعتماد هيئة الرقابة في إجازة العقود على غيرها
ِعي ۸۸۰	المبحث الرابع: الصفات المعتَبَرة في عَضو هيئة الرقابة وفي المراقب الشر
oay	أولًا: الصفّات الأساسية
oay	ثانيًا: الصفات السلوكية
۰۸۸	ثالثًا: الصفات العلميَّة
٥٩٠	رابعًا: الصفات العملية
۰۹۳	المبحث الخامس: معايير ضبط الجودة في عمل الرقابة الشرعية
۰۹۳	المعيار الأول: الاستقلال والحياد
٥٩٤	المعيار الثاني: التأهيل العلمي والعملي
٥٩٤	المعيار الثالث: الإلزام
٥٩٦	المعيار الرابع: التدقيق والفحص (المراجعة)
o9Y	المعيار الخامس: الالتزام بالاجتهاد الجماعي
٥٩٨	المعيار السادس: التوفيق مع فتاوى الهيئات الأخرى
o 4 A	المعيار السابع: الالتزام بالمقاصد الشرعية
099	المعيار الثامن: تجنُّب الأقوالِ الشاذَّةِ وتتبُّع الرُّخَص
۲۰۱	الخاتمة: في أبرزِ المقترحات لتفعيل العمل الرقابي الشرعي
	أولًا: فيما يتعلَّقُ بتنظيم حملِ الرقابةِ الشرعيَّة
	ثانيًا: فيما يتعلَّق بتعيين عضوٍ هيئةِ الرقابة الشرعية
	ثالثًا: فيما يتعلَّق بتعيين المراقِبِ الشرعي الداخلي
٦٠٢	رابعًا: فيما يتعلَّق بفتاوى هيئة الرقابة الشرحية
4.4	خاميًا: في ما يتماتي أهمال الرقابة الداخلية

ä	معاصر	مالية	قضابا	ف.	اث	أبحا
•			~~~	15	_	

# ﴿ ۲٤٨ ﴾— الموضوع رقم الصفحة

## تمويل العمليَّات التجميليَّة

۲۰۷	مقلمة
۲۰۸	مقدمة في الحث على التجمل وأخذ الزينة
***	تحريم تغيير خلق الله
717	الاتجاهات في مناط التحريم في التجميل المشتمل على تغيير الخلقة
717	الأتجاه الأول: الأصل في التغيير بغرض التجميل الإباحة
718	الأتجاه الثاني: الأصل في تغيير خلق الله التحريم
710	الأتجاه الثالث: التغيير المحرم ما كان على سبيل الدوام
710	الأتجاة الرابع: أن التجميل المحرم ما كان فيه غش وتدليس
710	الرأي المختار في ضابط التغيير المباح والمممنوع
يل	أولًا: ضوابط التجميل المباح والمحرم بالنظر إلى العضو محل التجم
٠١٨	ثانيًا: ضابط التجميل المباح والمحرم بالنظر إلى الغرض منه
177	تطبيقات على العمليات التجميلية في الوجه
771	<b>أُولًا:</b> زراعة شعر الوجه
777	ثانيًا: إزالة شعر الوجه
770	ثالثًا: الجراحات التجميلية في العين
777	رابعًا: الجراحات التجميلية في الأنف
777	خامسًا: الجراحات التجميلية في الشفة
7YV	سادسًا: الجراحات التجميلية المتعلقة بجلد الوحه
777	ف س الموضوعات

