

من موضوعات منتدى الاقتصاد الإسلامي

تاريخ بدء المناقشة 25 6 2016

الاستصناع المعكوس: إشكالات وردود

تحرير: عبدالباري مشعل

التاريخ 2016/7/18

مقدمة:

دعا المنتدى إلى العصف الذهني بشأن صيغة الاستصناع المعكوس بعد إثارتها من قبل د.أحمد أسعد، وطلبه بيان ضمان البنك في هذه الصيغة، وفيما يلي المناقشات الأساسية التي جرت في المنتدى حول صيغة الاستصناع المعكوس مع تنويهات إضافية بلون أحمر. ولا يقصد من ذلك حسم، ولا حزم، ولا جزم، وإنما تفعيل وتعزيز لما آل إليه العصف الذهني في المسألة. وأعتذر عن الأخطاء المطبعية من الأصل وهي لاتخفى.

تعريف بمنتدى الاقتصاد الإسلامي:

مجموعة على برنامج التواصل WhatsApp تضم المهنيين، والاقتصاديين، والأكاديميين، والمستشارين الشرعيين، تعنى بالمناقشة العلمية الإيجابية لمختلف القضايا والتحديات التي تواجه الاقتصاد الإسلامي، واستشراف الحلول. وفي ظل وجود العديد من المجموعات المماثلة؛ فإن هذه المجموعة تركز على التحليل النقدي وإطلاع الأعضاء على المستجدات في هذا المجال. ويبلغ عدد المشاركين في المجموعتين - المنتدى العربي والإنجليزي - حوالي أربعمئة، من جميع قارات العالم.

مؤسس المجموعة: الشيخ خالد حسني

اللجنة الإدارية للمنتدى:

د. عبدالباري مشعل (رئيس اللجنة)

د. محمد برهان اريونا

الشيخ أشرف جمعة علي

الشيخ إبراهيم موسى تيجاني

الشيخ محمد خالد حسني (مؤسس المجموعة)

ملخص تنفيذي لصورة وحكم الاستصناع المعكوس

الاستصناع المعكوس حيث يكون الصانع هو العميل، والبنك مستصنعًا ثم مؤجرًا على العميل نفسه في عقد إجارة موصوفة في الذمة منتهية بالتملك. وهذه الصيغة تطبقها بعض البنوك في الإمارات، وتداول المنتدى ما يترتب عليه من إشكالات تتلخص في العينة وبراءة البنك المؤجر من العيوب قبل المستأجر؛ لأنه يحملها للمستأجر بصفته صانعًا. وتلخص الرأي بأن المسألة خلافية.

أحمد البغدادي:

هناك آلية أخرى تطبقها بعض البنوك الإسلامية مثل الهلال في الوظي واعتقد ابوظبي الإسلامي بأبوظبي (ويمكن د. أسيد تصحيح ذلك) وهي باختصار علي النحو الآتي: (يطلق عليها البعض الاستصناع المعكوس ولكن بعض العلماء لا يفضلون تلك التسمية):

١- في هذه الحالة يوقع البنك مع المتعامل على عقد استصناع ويكون البنك مستصنعا والمتعامل صانعا ، ومن ثم يوقع المتعامل على عقد استصناع مع مقاول يقوم بالتنفيذ ويكون المتعامل في العقد الثاني مستصنعا ويكون المقاول صانعا.

٢- يوقع البنك علي عقد اجاره موصوفة في الذمه ويكون تاريخ تسليم العين هو نفس تاريخ تسليم المتعامل العين المصنوعة للمصرف من المتعامل، بدون أن يتم الربط بين العقدتين.

ومميزات هذه الآلية انه لا يوجد علي البنك عبء ضمان المصنوع للمتعامل ولكن الذي يضمن المصنوع في هذه الحالة المتعامل "الصانع" في عقد الاستصناع مع البنك.

وايضاً تحل مشكلة التأخر في تسليم المصنوع ، ففي الآلية الأولى والتي يكون البنك صانعا يكون متلزم بتسليم المصنوع في تاريخ محدد وتأخر المقاول لايعفي البنك بضرورة الوفاء بالتزاماته، أما الآلية الثانية والتي فيها البنك مستصنعا فإن تأخر المقاول وطلب المتعامل من البنك بتسليم العين بناء علي عقد الاجاره الموصوفة في الذمه ، فإن البنك سوف يطلب منه تسليم العين بناء علي عقد الاستصناع .

لذلك فقد لاقت هذه الآلية قبولا أكثر من القانونيين والتنفيذيين في البنك خاصة وجود مرونة في عقود الاجارة في مدة التمويل الطويلة عن عقود الاستصناع والتي يتم فيها تثبيت نسبة الأرباح لمدة طويلة وهذا غير مرغوب فيه .

تنويه:

لاحظ قوله: [فإن تأخر المقاول وطلب المتعامل من البنك بتسليم العين بناء علي عقد الاجاره الموصوفة في الذمه ، فإن البنك سوف يطلب منه تسليم العين بناء علي عقد الاستصناع]. ستجد في التعليقات لاحقاً بأن هذا يؤدي إلى براءة المؤجر (البنك) من العيوب في المآل.

عبدالباري مشعل

صورة الاستصناع المعكوس. واضحة كما عرضها د. البغدادي، وأرى أنها قد تواجه إشكالات جوهرية من الناحية الشرعية، منشؤها أن العميل صانع قبل البنك ومستأجر في الوقت نفسه في عقد إجارة موصوفة في الذمة من البنك، ويمكن استنباط الإشكالات إذا علمنا التزامات العقدين وطبيعتهما، ولكنني سأؤجل الحديث عن الإشكالات حتى نتيح الفرصة للإجابة على الأسئلة ومزيد من الإثراء.

الصيغة التي وجدت طريقها إلى بنك الإنماء هي أن المكاول غير العميل المستأجر في عقد الإجارة الموصوفة في الذمة المنتهية بالتمليك، وطبقت في برج العنود في الرياض.

صيغة الإنماء لا تواجه الإشكالات الشرعية التي يمكن أن تنشأ في الصيغة الأولى.

عبدالباري مشعل : أبرز الإشكالات في صيغة الاستصناع المعكوس (مسودة):

١. شبهة العينة، وهي الشبهة المشهورة في إجارة العين لمن اشترت منه إجارة منتهية بالتمليك. والتي وضع المجمع في دورته العشرين ضابطاً لها أوجد مزيداً من الشبهات حول تطبيقات الصكوك القائمة على الصيغة نفسها.

٢. تابع شبهة العينة: معيار الإجارة يجيز إجارة العين لمن باعها إجارة عادية (لاحظ البند ٣ / ٢ في الصورة) ولكن بشرط عدم اشتراط الإجارة في البيع، ويجوز إجارتها بالتمليك ولنفي العينة يشترط أن تمضي مدة تتغير فيها العين أو قيمتها بين عقد الإجارة وموعد البيع إلى المستأجر (لاحظ البند ٨ / ٥ في الصورة). وهذا يعني أن الاتفاق على سعر التملك /، البيع مسبقاً يتناقض مع هذا البند.

٣. تابع شبهة العينة: ولا يجيز المعيار التحلل من التزامات الإجارة بحجة أن العين اشترت من المستأجر . لاحظ البند ٨ / ٦. قريب منه في معيار الاستصناع البند ٢ / ٢ / ٤ لاحظ الصور.

٣. شبهة البراءة من عيوب العين المؤجرة: لا يجوز اشتراط براءة المؤجر من العيوب في العين، (لاحظ البند ٥ / ١ / ٥) . وهذا ينشأ بصيغة الاستصناع المعكوس بالعودة إلى العميل بصفته صانعاً، وهو المستأجر في الوقت نفسه. وهذا يشير إلى تناقض العقدين في هذه النقطة، فقد وردا على عين واحدة.

٤. المصالح المرجوة من التعاقد مع العميل نفسه تتحقق بالتعاقد مع مقاول آخر إلا إن قصد منها التحلل من المسؤولية عن ضمان العيب في الإجارة وهو أكد في الموصوفة في الذمة فلا يتحقق الا بالتعاقد مع العميل نفسه كصانع . وعليه لا تسلم الصيغة إلا بعد الإجابة على هذه الإشكالات. ولا يكفي الفصل بين العقود للإجابة فقد سبق الفصل بين التعهد من المضارب بضمن رأس المال وعقد المضاربة ورفض من المعايير والمجمع.

أحمد البغدادي

1-استاذنا الفاضل د. عبد الباري اعتقد شبهة عينه غير متوفرة في حالة الاستصناع المعكوس والاجاره الموصوفة في الذمة خاصة اذا تم تطبيق الشرط الوارد في المعايير وهو الفترة الزمنية اللازمه التي تتغير فيها حالة العقار ، وفهمي لهذا الشرط هو أن عقد الاجاره تكون مدته سنه على الأقل " مثلاً"حتى لا يعود الأصل الى البائع ويكون هناك شبهة عينه، مع الأخذ في الاعتبار أن عقد الاجاره ليس عقد بيع ولكن تنتقل الملكية في نهاية عقد الاجارة بعقد بيع منفصل او عقد هبه.

2-بالاضافة عقد الاجاره الموصوفة بالذمة لايتضمن براءة المؤجر من العيوب ، ولكن اذا ظهر عيب خفي فالمستأجر له الحق ان يرجع على المؤجر ، وفي حالتنا البنك المؤجر له الحق في الرجوع على الصانع الذي في حالتنا هو المتعامل الصانع وهو ايضا المستأجر في عقد الاجاره الموصوفة في الذمه.

ولكن هناك إشكالات أخرى لهذه الآلية وهي كالاتي:

3- في حالة الهلاك الكلي للعين فإن البنك ملزم بإيجاد بديل للمتعامل المستأجر إجارة موصوفة في الذمه.

4- عند توقيع الاجاره الموصوفة في الذمه لابد من تحديد أجرة الفترة الاولى بالارقام وبالتالي يجب تحديد تكلفة العقار بدقه قبل أن تبدأ عملية البناء مثل تكلفة التأمين أو التكلفة الناتجة عن التأخر في تسليم العين للمستأجر حتي تبدأ الاجاره ، اي ان هناك بعض البنود لايمكن تحديدها بدقه قبل اكتمال البناء بالتالي هناك صعوبه في تحديد أجرة الفترة الأولى بدقه. وقد عالجت بعض الهيئات الشرعية هذه الجزئية بعمل تسويات حسابية في الفترة الإيجارية الثانية[12:2]

5- هناك مخاطر قانونية لقيام البنك بصفته مستصنعا في دفع مستخلصات للمتعامل بصفته صانعا وهو يبني علي أرض مملوكه للصانع فإذا لم يكتمل البناء لأي سبب هناك صعوبه لكي يتصرف المصرف فيما تم بناءه على ارض مملوكه للمتعامل. ولكن هناك حل ايضا وهو شراء المصرف للأرض من المتعامل قبل تعيينه صانعا .

تنويه:

شبهة العينة قوية وستأتي دندنة حولها في التعليقات التالية.

عبدالباري مشعل:

٢. بالنظر للمآل تخلص البنك من المسؤولية عن العيب وحمله للمستأجر. وهذا واضح.

٣ و ٤ و ٥. هذا خارج محل النزاع. [لأنه في صيغة الإجارة الموصوفة في الذمة بصرف النظر عن الاستصناع].

٥. هذا خارج محل النزاع. عندما نتحدث عن مخاطر لا يمكن نقلها شرعاً فلا نتدرع بوجود مخاطر أخرى. على سبيل المثال لو قلنا أن البنك باع ما لم يضمن أي بدون الحيابة الشرعية للعين فلا يعد البيع مشروعاً بوجود مخاطر ائتمانية.

توجيه الحوار:

عبدالباري مشعل

الصيغة تقع في قلب الجدل القوي الدائر حول صيغة إجارة العين لمن اشترت منه إجارة منتهية بالتملك، وان سلمنا جدلاً بان العمل على هذه الصيغة جارٍ في التطبيق رغم ما فيها من إشكالات فان محل النزاع يزيد عليها بشبهة البراءة من العيوب في الإجارة ..

هذا ما يظهر لي كمدير حوار وليس صاحب رأي في المسألة ولا يظهر ان ما قيل كاف في رد الإشكالات...

القياس على الوكالة للواعد في المرابحة فيه خلط بين توكيل البنك للعميل بالصنع وبين الشراء منه استصناعاً والأخير هو الاستصناع المعكوس. [ولو كان العميل وكياً في عقد الاستصناع لانتفت الإشكالات جميعاً].

أسيد كيلاني

قبيل الإفطار.

بسبب حداثة انضمامي إلى المنتدى المبارك، فهل لي بسؤال:

هل الحوار في هذه المسائل يكون على مدار الساعة (٢٤ * ٧)؟

لا شك أن الأخ الدكتور عبد الباري يبذل جهداً كبيراً في ضبط مسار النقاش، لكن المسائل تتفرع بشكل متسارع، فمع كل تعليق مؤيد أو معارض ترد (في الغالب) مسألة أو مسائل جديدة تحتاج إلى مناقشة وتحجير، فينصرف الذهن إليها لأنها إن تُركت فإنها تشوّش على المسألة الأم.

في خضم النقاش في تعيين المتعامل صانعاً في الإجارة الموصوفة في الذمة، ومما التقطه من مناقشات، أود إيراد الآتي:

-بدأ استخدام هذه الصيغة في التمويلات المجمعّة، ومع عملية تمويل قمر "الثريا" لشركة اتصالات بالإمارات عام ١٩٩٩، ولعل هذا كان أول استخدام للإجارة الموصوفة في الذمة في التّمويل. ثم استخدمت في تمويل مجمع آخر لتمويل توربينات توليد كهرباء في مشروع "الشويحات" في الإمارات أواخر عام ٢٠٠١، وشارك فيه دبي الإسلامي وأبوظبي الإسلامي وبيت التمويل الكويتي. (وهذه معلومة تاريخية).

-تعيين مقاول غير المتعامل، كما فعل الإخوة الأكارم في مصرف الإنماء، استخدم ويستخدم كثيراً، وأكثر استخدامه على مستوى تمويل الأفراد في مشاريع التطوير العقاري، حيث يشتري المصرف الوحدة العقارية (بعقد استصناع، وهي تحت الإنشاء)، ويبرم عقد إجارة موصوفة في الذمة مع المتعامل.

1 -لم أقف في السنوات الخمس الماضية (وربما أكثر)، على تمويل مجمع بصيغة الإجارة الموصوفة في الذمة لم يعين فيه المتعامل صانعاً.

-ظهرت إشكالات عملية وقانونية في استخدام هذه الصيغة مع الأفراد، ولا سيما عند تأخر مقاول المتعامل في الإنجاز (أبينها إن وجدت حاجة لذلك).

أما المسائل الفقهية فكثيرة، أوجز منها الآتي:

2 -الغرض من استخدام هذه الصيغة: (١) تعذر التعاقد مع المقاول الفعلي، بسبب تعاقد المتعامل معه (٢) رغبة المتعامل في التعامل مع المقاول مباشرة (٣) وجود أطراف أخرى تمّول جزءاً من المشروع ولها شروطها الخاصة، وهي أطراف حكومية (في قروض الإسكان للمواطنين) (٤) كسل الموظفين، ورغبتهم في حصر التعامل مع جهة واحدة هي المتعامل. أما التحايل على المسؤوليات والضمانات، فلم يكن - فيما اطّلت عليه - غرضاً، والواجب في مثل هذه الصيغة الحرص الشديد على بقاء المسؤوليات والضمانات في مواضعها الشرعية الصحيحة منعاً لصورية المعاملة.

3 -من منّع إجارة العين المعيّنة لمن باعها قد لا يمنح هذه الصيغة، لأن الشراء (بالاستصناع) والتأجير (بالإجارة الموصوفة بالذمة) يردان على موصوفٍ مثليّ، أي أنهما لا يردان على عينٍ واحدة معيّنة بذاتها، والقول بأن العين فيهما واحدة (معيّنة) يهدم

صيغة الإجارة الموصوفة في الذمة وإن كان الصانع غير المتعامل. غير أن هذا عليه إيرادٌ قوي، فمؤداه جواز العينة في الاستصناع. ولذا فالمسألة تحتاج بحثاً أعمق.

4- مسألة انتفاء أثر تغير القيمة (حوالة الأسواق) في نفي العينة إن ثبت الثمن، تحتاج إلى تأمل أكثر. فقد يرد عليها أن ظاهر كلام الفقهاء انتفاء العينة بتغير العين (حقيقة، أو حكماً بتغير القيمة) أو بانتفاء زيادة مقدار الثمن عند وجود الأجل، فأحد هذين الأمرين يكفي لانتفاء العينة، فإن اشترطنا مع تغير العين حقيقة أو حكماً عدم زيادة مقدار الثمن، لكان المؤدى اشتراط الأمرين معاً لا اشتراط أحدهما فقط. ولذا فإن المعيار قد اشترط لانتفاء العينة تغير العين (حقيقة) أو تغير القيمة، وسكت - في معرض الحاجة للبيان - عن اشتراط عدم تثبيت ثمن بيع العين للمستأجر.

5- إن كانت البراءة من العيوب واردة هنا بسبب أن المستأجر يرجع بالعيوب على المؤجر، والمؤجر يرجع به على الصانع، والصانع هو المستأجر، فهي ترد أيضاً إن تم تأجير العين إجارة موصوفة في الذمة بصيغة الإجارة التشغيلية لا المنتهية بالتأمليك، فهل نقول بمنعها لهذا المعنى؟ ومعلوم أن العينة التي قررها المجمع لا ترد في الإجارة التشغيلية. يضاف إلى ذلك أن البراءة من العيوب غير ظاهرة، فإذا ظهر العيب في العين لم يكن للمستأجر أن ينفي عن نفسه مسؤولية اختلال أو نقص المنفعة بسببه، ويكون لذلك أثره على الأجرة (أو في حق المستأجر في الفسخ). فهذه المسؤولية قائمة مع أثرها وإن كان المستأجر هو الصانع. والرجوع بالعيوب على الصانع بموجب عقد الاستصناع إنما يرجع به عليه لإصلاحه، من غير أن يُحمّل ما فات من أجرة بسبب العيب أو بسبب إخراج العين من تحت يد المستأجر لأجل الإصلاح.

6- ثم إن العيب الذي يرجع به المستأجر أوسع من الذي يرجع به المستصنع. فالمستصنع يرجع بعيب الصنعة المخد بالموصفات المتفق عليها، أما المستأجر فيرجع بهذا وبالعيوب الطارئ الذي لا يرجع إلى الصنعة إن لم يكن بسبب المستأجر.

- ثم إن مسؤولية المؤجر تمتد إلى التلف الجزئي والتلف الكلي، إن لم يكونا بسبب المستأجر، وهذه المسؤولية لا تقوم على الصانع. وفي التلف الكلي يكون على المؤجر إحضار عينٍ بديلة (كما ذكر الأخ أحمد)، وليس على الصانع ذلك بعد التسليم.

- ومع هذا فإن هذه الصيغة محل خلاف، ومن اختار منعها فله وجهه، ومن اختار العمل بها كان عليه الاحتياط لتطبيقها بالضوابط التي تمنع اختلال أحكام الاستصناع بصفته عقداً مستقلاً بين طرفين، وأحكام عقد الإجارة بصفته عقداً مستقلاً كذلك بين طرفين، وتمنع اختلال أحكام الضمان وتربُّب المسؤوليات، ومن ذلك أن تأخر الصانع في التسليم لا يعفي المؤجر من مسؤولية التسليم في الوقت المحدد بحجة أن الصانع هو المستأجر وهو الذي تأخر، وإذا كانت هناك أجرة مقدمة دفعها المستأجر قبل التسليم ثم لم يتم المصنوع بسبب الصانع وتعدر على المؤجر إحضار عينٍ بديلةٍ وفسخت الإجارة، كان على المؤجر إعادة الأجرة المقدمة إلى المستأجر ويكون للمستأجر أن يطالب بتعويض الضرر الفعلي وفق الضوابط الشرعية، وليس للمؤجر أن يعفي نفسه من ذلك بزعم أن المستأجر هو الصانع. ولكن يكون للمستصنع أن يرجع على الصانع بطلب التعويض عن الضرر لفعلي وفق أحكام عقد الاستصناع ... وهكذا

عبدالباري مشعل

إيرادات على الإيرادات التي وردت في تعليق قبيل الإفطار للدكتور أسيد:

1. بدأ تطبيق الإنماء لصيغة الإجارة الموصوفة في الذمة ولكن مع مقاول غير العميل غير المستأجر في عام 2011 وانتهى المشروع منذ فترة قريبة في برج العنود.
2. جميع ما ذكر من أغراض لتفضيل هذه الصيغة يتحقق بتوكيل العميل وليس بالتعاقد معه أصالة. وإن كان غرض التحايل ليس مقصوداً إلى أن مؤداه قد يوجد في واقع الأمر أو مآله.
3. انتهى الإيراد نفسه إلى أن إشكال العينة ما زال قائماً. والقول بأن العين فيهما واحدة لا يستند إلى التعيين، ومن ثم هدم معنى الوصف في الذمة، وإنما يستند إلى هدم نظرية استقلال العقدين وعدم الربط بينهما.
4. انتهى الإيراد نفسه إلى أن المعيار سكت في موضع الحاجة للبيان. ولعل المعيار ينطق في صيغته المعدلة الجديدة. ومقتضى إعمال حوالة الأسواق هو البيع بسعر السوق أو بالسعر الذي يتفق عليه في تاريخ البيع. علماً بأن المجمع سد الأبواب إلى هذه الصيغة في دورته العشرين في الجزائر.
5. لا تجوز البراءة من العيوب في الإجارة تشغيلية أو تملكية. وأما أن العينة غير واردة في التشغيلية فيرد عليه أن معيار الإجارة (البند 2/3) نص على عدم جواز اشتراط الإجارة في البيع الذي حصل به تملك المؤسسة للعين، ولعل سبب هذا الاشتراط هو التحرز من العينة في المنفعة.
6. محل النزاع في عيب الصنعة. والإيراد الأساس في أن دعوى استقلال العقدين لا تتحقق في الواقع سواء بشأن تسليم المصنوع، أو بشأن الرجوع في العيب. وهي أشبه بضمان المضارب لرأس المال بصفته المستقلة عن عقد المضاربة. وكلها إيرادات تستدعي بحثاً أعمق، وتأملاً أكثر كما قال أخي د.أسيد، وأقل ما ينشأ عن هذه الإيرادات القول بأن الصيغة محل خلاف. ا هـ .

د.خالد السيارى:

كُتبت مضمون هذه المشاركة صباح اليوم، وظللتها من الملاحظات لاختيار (قص) حتى أضعتها في المجموعة، فأخطأت باختيار (لصق) فذهب المكتوب وجاء بدلا عنه كلام منسوخ قديم فالحمد لله على كل حال، وما أعسر إعادة كتابة شيء سبق كتابته.. هذه تعليقات على موضوع (الاستصناع المعكوس)، وأعتذر عن التأخر، وهناك موضوعات أخرى مفتوحة للنقاش، قد يصعب المشاركة في جميعها.

1-يقول ابن خلدون إن مما يضر العلم اختلاف المصطلحات، ويقول ابن القيم إن الاصطلاح لا مشاحة فيه مالم يتضمن مفسدة؛ كاضطراب المصلحات، وتشويش المعاني. فهذه قضية منهجية، ولا أعتقد أنها ملحوظة شكلية.

2-اسم (الاستصناع المعكوس) غير دقيق وفيه احتمال خلط ولا ينطبق على المراد، فإن مما استقر في الوسط المالي إطلاق المعكوس عند اختلاف مراكز أطراف التعاقد المعهود فعلا. فمثلا في الريبو العكسي والتورق المعكوس ومعكوس المربحة الخ. هذه انعكست مراكز الأطراف فعلا. فالمربحة تمويل بينما معكوسها استثمار، وفي الأولى العميل يحتاج إلى سيولة بينما الثانية هو لديه فائض سيولة.

3-في صورة (الاستصناع المعكوس) لم تتغير مراكز الأطراف، فالعميل يحتاج إلى إنشاء مشروع فعلا، وهذا يتحقق في صيغة الاستصناع والاستصناع الموازي، ولكنه عدل إلى صيغة الإجارة الموصوفة لعدة أسباب مرونة العائد المتغير. لكن حصل في هيكله المنتج هنا أن المؤجر تخلص من تبعات الإنشاء بتحميلها العميل بتوقيع عقد مقابله معه. وتسميته باستصناع معكوس يؤثر في تصنيف المنتج.

4- وأضرب مثلا على ذلك، فبعض الهيئات الشرعية عانت كثيرا من اضطراب المصطلحات، وأخذ منها كثيرا من الوقت والجهد، لاسيما في الصكوك، بسبب تسميتها صكوك استصناع، وبعد طول مراجعة وبحث يتبين أنها صكوك إجارة فيها ذلك الشرط، وتعلمون الفروق الشرعية بين صكوك الإجارة والاستصناع. وتأثر النظر الشرعي بذلك.

5- هذا ما يتعلق بالتسمية، وقد أطلت فيها لمعرفة آثار عدم ضبط المصطلحات. وعلى كل حال ليست هي محل السؤال ولا النقاش. وقد نضطر بالاستمرار في تسميتها هكذا اختصارا.

6- لفت نظري معلومة تاريخية تفضل بها فضيلة د.أسيد، وهو حجة في هذا الباب، ورأيه مقدم لسابقته في الصناعة فقد وصلت خبرته البنكية 20 سنة حسب علمي ولا يزال على رأس العمل. ومن علم حجة على من لا يعلم. ولذلك أقترح على فضيلته مزيد بيان وتوضيح للفائدة، إذ إن معرفة نشأة أي منتج ومراحل تطوره مما يعين على فهمه واستيعاب مشكلاته.

7-الذي أعرفه وما بلغه علمي، أن هذه الصيغة طبقت لدينا في المملكة أولا في بنك الراجحي منذ عام 1997 ثم عام 1999 أيام الشيخ مصطفى الزرقا، وكانت لتمويل مشروع للشركة السعودية للكهرباء في ميناء الشعبية غربي المملكة على البحر الأحمر.

وهذه الصيغة تناسب أصول محطات الكهرباء والشركات البتروكيمياوية، وتكررت هذه الصيغة فيها عدة مرات، واستسختها البنوك ومكاتب المحاماة، وأذكر الآن 16 مشروعاً نفذ بهذه الطريقة، سواء في تمويل جماعي أو صكوك.

8- أبرز إشكال يتكرر في هذا النموذج هو التعاقد المسبق بين العميل والمقاول وهي عقود ضخمة جداً وتشتمل على تفاصيل طويلة ومعقدة ومتخصصة (عقود فيديك) لا قبل للهيئات الشرعية بالنظر فيها، ولا أعلم جهة شرعية تراجعها، أو تعرف إشكالاتها، ومن لديه مزيد علم فليكرمنا.

9- هذه الإشكال الشرعي (التعاقد المسبق)، له عدة معالجات شرعية، منها: خيار فسخ العقود أو خيار الوكالة المسبقة (شبيهة بتصرف الفضولي). وهذا الخيار تأخذ به هيئة الراجحي.

10- وبعض الهيئات تختار معالجة ثانية وهي: خيار الحل محل العميل في عقد المقابلة بنفس التكلفة، وذلك من قبيل الرأي الفقهي بشراء المستصنع فيه قبل قبضه بمثل الثمن لا أكثر. وهذا الخيار تأخذ به هيئة البلاد والإنماء.

11- في كلا المعالجتين: تقوم البنوك بعد توقيع عقد الإجارة، بتوقيع عقد وكالة متابعة إنشاءات (ليستمر العميل في متابعة المقاول)، وعقد وكالة خدمات (للصيانة والتأمين).

11- لم ينته الأمر هنا، فلا يزال هناك مخاطرة على البنوك، فبعضها يرى جواز تضمين العميل في عقد وكالة الإنشاءات، وجعله ضامناً للمقاول. وهذا تخريجاً على الرأي الفقهي بجواز تضمين الأمين بالشرط، أو تخريجاً على الأجير المشترك الذي يغيب بالسلعة. وهذا تأخذ به هيئة الراجحي والبلاد في بعض التطبيقات.

12- جميع ما سبق قد يكون محل مناقشة، لكن ليس هذا محله.

13- المعالجة الثالثة وهي الصورة محل البحث، بأن يوقع البنك (المؤجر هنا) عقد المقابلة مع العميل مباشرة، ويكون عقداً مختصراً وموجزاً. وهذه الطريقة يؤخذ بهذا أيضاً حتى قبل تعاقد العميل مع المقاول لأن البنك يريد أن يكون في مواجهة طرف واحد، وهو العميل. وتأخذ بهذه الطريقة عدد من هيئات نوافذ البنوك التجارية الكبرى لدينا في المملكة.

14- وقفت في تمويل جماعي واحد اشتركت فيه بنوك إسلامية ونوافذ بنوك تجارية، واستخدم فيها مكتب المحاماة عقود مختلفة للبنوك والنوافذ كل حسب رأي هيئته، رغم أن العميل واحد والمشروع واحد والمقاول واحد! وهذه من مواقف وتصرفات مكاتب المحاماة مع الهيئات الشرعية، والعلاقة بين الطرفين ليست في أكمل صورها.

15- هذه المعالجة الثالثة (وهي الصورة محل البحث) صدر بها قرار بالمنع من هيئة الراجحي عام 2005 وكان نص التعليق في القرار "شبهة العينة وبعدها عن الصورية". وقد تابعها على هذا الاجتهاد هيئة البلاد والإنماء.

16- هذا القرار منسجم مع رأي هيئة الراجحي حينها بمنع إجارة العين لمن باعها، لأن الاستصناع بيع، فعندما يقاول البنك العميل فيكون (اشترى منه) الأصول ثم أجرها عليه إجارة تمويلية. وهنا سؤال: من يرى جواز إجارة العين لبائعها بدون شرط وبعد تغيير العين حسب المعيار، هل يرى العينة هنا؟ لا سيما أن المعيار منع العينة في الاستصناع لأن العقد الأول والثاني كلاهما

عقد بيع؛ فافترقا. وأما قرار المجمع في الجزائر عام 2012 فقد منع إجارة العين لبائعها إذا كان هناك شرط، وهذا منسجم مع المعيار .

17- تبقى مشكلة تحلل البنك من تبعة الهلاك والتلف، الذي يعد علامة على الملكية الحقيقية وأحد أبرز آثارها، ولعل هذا ما قصده قرار الراجحي بالصورية. كما يشمل تبعة التعيب والبراءة منه، وقد منعه المعيار في الاستصناع رغم أنه عقد بيع، وأجازه في المراجعة، ولمعرفة ملحظ الفرق بينهما يراجع بحث مصطفى الزرقا عن عقد الاستصناع.

18 -تجاوزت عددا من النقاط بعضها نسيانا وبعضها لتقديري بأنها خارج محل الصورة. وإن كانت تستحق النقاش.

أكرر الاعتذار للجميع ..

وشكرا

عبدالباري مشعل

شكرًا دكتور خالد على الإثراء ، ويبدو أنك أتيت بما فات ، فالحمد لله.. وسأعود إليها غدا إن شاء الله فقد قضيت عشر سنوات في الراجحي بدءا من عام ١٩٩٤ عاصرت في أغلبها الشيخ مصطفى الزرقا رحمه الله وعاصرت مشروع الشعبية وقضيت سنتين وأربعة أشهر في الإنماء عاصرت فيها صيغة برج العنود وغيرها وكنا زملاء في هذه الفترة ٢٠٠٩- ٢٠١١. ولذا سأعلق في ضوء خبرة الراجحي والمشروعات التي ذكرت مع تقديري لاستحضارك قرار الراجحي بالمنع والذي يتطابق مع الإشكاليين اللذين ذكرتهما على الصيغة وهما العينة والبراءة من العيوب.

مرة أخرى شكرًا لحضورك المتميز في نقاش هذا الموضوع (الاستصناع المعكوس) لعل حاله يعتدل بهذه المشاركة ويستقيم.

عبدالباري مشعل

عودًا على المداخلة القيمة لأخي وزميلي الدكتور خالد السياري، وسأتوقف فقط عند بعض النقاط التي وردت في المداخلة وسأذكرها بأرقامها في المداخلة للإثراء بشأنها بما يسمح به المقام دون تفصيل:

1. فقرة ٧. الشعبية كانت بصيغة استصناع واستصناع مواز، وليست استصناعًا وإجارة موصوفة في الذمة، وتكرر تطبيق الصيغة الأصلية صحيح. وأول صيغة للإجارة الموصوفة في الذمة في المملكة أظنها في برج العنود ٢٠١١.

2. فقرة ٨. وكان في الشعبية مشكلتان رسو المناقصة قبل دخول الراجحي، ثم ضمان العميل للمقاول. وأتوقف عن التفصيل أكثر في هذه المسألة التي عاصرتها عن قرب شديد مع شيخنا د. الأطرم وكان يراجع فيها الشيخ الزرقا رحمه الله، .

3 فقرة ١٠. خيار الحلول فيه شبهة العينة ولم يتم إعماله في مشروع الشعبية كما لم يتم إعمال الفضولي.

4. فقرة ١٧. البراءة من العيوب تناسب بيع المعين كالمرابحة وهو قول الحنفية يشترط عدم العلم بالعيب الخفي وبه أخذ الاجتهاد المعاصر، ولا تناسب الموصوف في الذمة كالاستصناع ولا الإجارة، لأنها تنافي مقتضى العقد حينئذ.

أ.ناصر السحيم

هناك تمويل إجارة موصوفة في الذمة لمشروع الشعبية عام 2005 وأظنه تمويل لأحد مراحل المشروع

عبدالباري مشعل

يعني ان الصيغة طبقت قبل برج العنود شكرًا لك شيخ ناصر، د.خالد السباري

د.أسيد كيلاني

(في هذأة الخميس ..)

السَّلَام عليكم ورحمة الله تعالى وبركاته

1- شكر الله تعالى للأخ الدكتور خالد تعليقاته القيّمة في الموضوع المُسمّى "الاستصناع المعكوس".

1- في "ملخص الحوارات القائمة" الذي أكرمنا به الأخ الدكتور عبد الباري: في المسألة (١) وهي "حكم ضمان أداء الصانع من العميل"، كان هناك تعليق من الأخ الدكتور السّمحان، قال فيه: "في الاستصناع الموازي : اذا تخلص البنك من اهم مسؤولياته بل من جميع مسؤولياته عن الصنعة من خلال كفالة الامر بالاستصناع للصانع . فعلى ماذا يستحق الربح فهو لم يعمل ولم يضمن . ويكون قد استحق الربح مقابل دفع المبلغ فقط. هذا خطير في رأيي وخروج على حقيقة الاستصناع". وهذا وجيه جداً، ولم يُناقش.

3. وفي المسألة (٣) وهي "حكم الاستصناع المعكوس .."، ذكر الأخ الدكتور عبد الباري أنها: "صيغة تطبقها بعض البنوك في الإمارات". وواقع التّمويلات المجمعّة القائمة على الإجارة الموصوفة في الذمة يتجاوز في تطبيقها بنوك الإمارات (من بدايات التّطبيق وإلى اليوم).

4- ذكر الأخ الدكتور عبد الباري في "الاستصناع المعكوس: إشكالات وردود" في إيراداته المباركة أن الأغراض التي ذكرتها في التّعليق السابق يمكن الوصول إليها من خلال التوكيل. ولا يخفى أن التوكيل لا يصلح للغرض (١) والغرض (٣).

5- ما تفضّل به الأخ الدكتور خالد من أن الإجارة الموصوفة في الذمة استُخدمت في الراجحي في ١٩٩٧ وفي ١٩٩٩، فمعلومة جديدة وسارة، إن صحّت، وقد نفاها الأخ الدكتور عبد الباري، وكان يعظم الشُّرور بها لو أن فضيلة الشيخ مصطفى الزرقا وافق على استخدام هذه الإجارة، لأنه - رحمه الله تعالى - منَعها في فتوى قديمة له وردّت في كتاب "فتاوى مصطفى الزرقا"، فلو أنه قبلها بعد ذلك لكان رجوعاً من فضيلته عن فتواه وقبولاً منه بهذه الإجارة وبأن تكون الأجرة فيها مؤجّلة (وما قاله 6- رحمه الله تعالى - في الفتوى المعنيّة يسند ما سرى في عدد من الأبحاث والرسائل العلميّة من أن الحنفية يمنعون الإجارة الموصوفة في الذمة، وهو غير صحيح، وقد ردّ هذا القول الأخ الدكتور عبد الرحمن السّعدي في رسالته للدكتوراه بنقولٍ في المسألة من أمّهات المذهب - وهذا استطراد).

6- ما أذكره في معاملة "الثريا" عام ١٩٩٩، أن فضيلة الشيخ محمد تقي العثماني (وكان وقتها نائباً لرئيس هيئة الفتوى والرقابة الشرعية لمصرف أبوظبي الإسلامي) هو من اقترح ترجمة "الإجارة الموصوفة في الذمة" إلى "Forward lease"، حيث كانت عقود التمويل باللغة الإنجليزية وصاغها مكتب محاماة عالمي، ثم شاعت هذه الترجمة وهي مستخدمة إلى اليوم، وإن كان الشيخ - حفظه الله تعالى - لا يراها ترجمة دقيقة، لأن الإجارة المُضافة (كما هي ترجمة التسمية الإنجليزية) قد تكون معيّنة، ويشاركه في هذا فضيلة الشيخ نظام يعقوبي (عضو الهيئة) الذي تولى جُلّ مراجعة عقود العملية مع المحامين، ويرى فضيلته أن "Specified Lease" أقرب. وقد كانت هذه العملية قبل المعيار الشّرعي للإجارة (أو "المتطلّبات الشّرعية"، في التسمية القديمة)، وكانت أجزتها متغيّرة. وعند صياغة عقد إجارة موصوفة في الذمة في تمويل مجمع لاحق، ناقشت هيئة شرعية موقّرة لبنك إسلامي في جواز تأجير الموصوف في الذمة من حيث الأصل، ثم وافقت. وبعد ذلك صدرت المتطلّبات الشّرعية، فالمعيار الشّرعي، وانتشر تطبيق هذا النوع من الإجارة. (معلومة تاريخيّة).

7- المعالجات التي نقلها الأخ الدكتور خالد لتحميل العميل بالضمان مشكلةً جداً، وما قد يوجد من ضمان أو شبهة براءة من العيوب في صيغة "الاستصناع المعكوس"، إن سلّم وجوده، فهو أهون مما في تلك المعالجات.

8- الإشكال في صيغة "الاستصناع المعكوس" هو شبهة العينة، فمن يرى وجودها فيها فإنه يمنعها ومن يرى انتقاءها ببعض الضوابط فإنه لا يمنعها، أو قد يعدّها مكروهة أو خلاف الأولى. وأكثر من تكلموا في العينة في "إجارة العين لمن باعها" قصدوا العينة في "الرقبة"، وقلةً من اعتنوا بالعينة في "المنفعة" التي ألمح إليها الأخ الدكتور عبد الباري في "إيراداته" المشار إليها، ومن هؤلاء الأخ الدكتور سامي السويلم. غير أن البند (٢ / ٣) من المعيار الشّرعي للإجارة لا يُسعف في المنع للعينة في "المنفعة"، والعينة التي أوردَ البند (٥ / ٨) من المعيار ما تُجتنب به هي في الإجارة المنتهية بالتّمليك وهي عينةٌ في "الرقبة"، وقرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي لم يلتفت إلى العينة في "المنفعة" فقصر المنع على الإجارة المنتهية بالتّمليك ولم يعمّ به الإجارة التّشغيلية (وفي ظني أن هذا الخلاف في إثبات أو نفي العينة باقٍ، ولن يرفعَه - للأسف - قرار المجمع الذي جاء متأخراً، ولعلّ المجلس

الشرعي يعالج هذه المسألة في الإجارة المعيّنة والإجارة الموصوفة في الذمة عند مراجعته لمعيار الإجارة، ويُفصّل فيها من جميع جوانبها ووجوهها، سواء انتهى رأي المجلس إلى المنع، فيتّفق فيها مع المجمع، أو إلى الصّبط، فيستقر الخلاف ويستقر للفقهاء فيها رأياً معتبراً). ومن يرى من الأكارم العينة في "المنفعة" في إجارة العين لمن باعها إجارة تشغيلية يرد عليه أن البيع محلّه الرّقبة والمنفعة التابعة الباقية ببقائها، والإجارة محلّها المنفعة فقط وهي لمدّة محدّدة، فيكون المحلّ متغيّراً بنحوٍ أظهر من تغير العين الذي تنتفي به العينة في الأعيان.

9- بالنسبة لتسمية "الاستصناع المعكوس"، فلا أدري من أين جاءت، وهي غير مستخدمة فيما اطّلت عليه من استخدامات هذه الصّيغة.

10- نقل الأخ الدكتور خالد "الفسخ" في معالجات "التّعاقّد السّابق". ولا يخفى أن فسخ الاستصناع القائم ليس شرطاً لصحة التّعاقّد الجديد مع نفس الصانع، لأن العين موصوفة، وهو يُطلّب لإنهاء وتسوية الحقوق والالتزامات القائمة بالتّعاقّد السّابق. ومن تطبيقاته الجارية ما يتم في تمويل وحدات التطوير العقاري عندما يطلب المتعامل التّمول بعد التّعاقّد مع المطوّر العقاري، حيث توفّق "اتفاقية تحويل" ثلاثية الأطراف، وتحرص بعض المصارف الإسلامية على ضبط عباراتها لتكون فسحاً للتّعاقّد القائم بين المطوّر والمتعامل وإبراماً لتعاقد جديد مباشر بين المطوّر والمصرف، فيتحقّق بها التحويل والحلول وتسوية الحقوق والالتزامات السّابقة بطريقة مقبولة شرعاً.

11- ذكر الأخ الدكتور خالد "خيار الوكالة المسبقة" في معالجات "التّعاقّد السّابق"، ولم أتبيّن حقيقة هذه المعالجة الشّبيهة بتصرّف الفضولي (كما أورد جزاه الله تعالى خيراً)، فالوكيل يتعاقد بعد التوكيل لا قبله، والفضولي يتصرّف عن الغير لا عن نفسه. ثم إن الوكالة لا تغني عن المراجعة الشّرعية للعقود الصّخمة التي يُبرمها الوكيل مع المقاول.

هذه تعليقات متفرّقة، شكر الله تعالى للجميع فضلهم وصبرهم ..

والله تعالى أعلم [16:54, 2016/14/7] Ab

عبدالباري مشعل

جزاكم الله خيراً أخي دكتور أسيد، وبارك بوقتكم. لقد كانت إيراداتي على مداخلكم الرمضانية المباركة المعنونة قبيل الإفطار في أيام عيد الفطر ... وعنوان مداخلكم الحالية "هدأة الخميس" يبث الراحة والطمأنينة والهدوء في العقول والنفوس، ولكننا لن نستسلم طويلاً وسنعود ولكن في هدأة يوم نالٍ قريبٍ إن شاء الله.

د.خالد السيارى:

شكر الله لكم فضيلة د.أسيد

مداخلة ثرية وماتعة ومركزة، كما هي عادتكم في كتاباتكم، لا عدنا فضلكم،
وسأحاول إن شاء الله استكمال المشاركة لإثراء هذا الموضوع.

عبدالباري مشعل:

تعليق على مداخلة الأخ الدكتور أسيد التي عنوانها "في هدأة الخميس" طبقاً لتسلسل فقراتها وقد تم ترقيمها ليسهل الربط بينها
وبين هذه التعليقات:

1. تضمنت المداخلة التعليق على ما أورده على مداخلة سابقة للدكتور أسيد بعنوان "قبيل الإفطار" وسيقتصر التعليق هنا
عليها، كما تضمنت مداخلة الدكتور أسيد تعليقات على مداخلة الدكتور خالد السيارى الذي سيقوم بالتعليق لاحقاً على
ما يخصه.

2. فيما يتعلق بحكم ضمان أداء الصانع من العميل، هو محل نقاش مستقل وسنستمر فيه إن شاء الله، وما تفضل به
الدكتور سمحان وجيه إن أدى ضمان الأداء إلى ما ذكره د.سمحان.

3. نعود إلى الاستصناع المعكوس، عندما قلت صيغة تطبقها البنوك الإماراتية فقد قصدت الاستصناع المعكوس وليس
الإجارة الموصوفة في الذمة، ويقصد بالاستصناع المعكوس عقد الاستصناع الذي يظهر فيه البنك مستصنعاً والعميل
صانعاً بينما المعتاد أن يكون العميل مستصنعاً والبنك صانعاً، ولكن البنك ينفذ عن طريق استصناع مواز مع مقال.
ويمكن أن نطلق مصطلح (الاستصناع المعكوس مع الإجارة الموصوفة في الذمة تمييزاً عن الصيغة المعتادة وهي
(الاستصناع والاستصناع الموازي).

4. ذكرت في إيراداتي بأن ما ذكر من أغراض لتنفيذ الاستصناع المعكوس يمكن أن تغني عنه الوكالة من البنك للعميل،

فأجاب الدكتور أسيد بأن الغرض 1 و 2 لا يصلح لهما التوكيل، الغرضان هما على التوالي: [1- تعذر التعاقد مع

المقاول الفعلي، بسبب تعاقد المتعامل معه. 3] وجود أطراف أخرى تمول جزءاً من المشروع ولها شروطها الخاصة،

وهي أطراف حكومية (في قروض الإسكان للمواطنين)، ولم يظهر لم لا يصلح لهما التوكيل. وما ذكر في الغرض

الأول فهو مشكلة، لأنه لا بد من معالجة تعاقد العميل مع المقاول قبل دخول البنك من خلال الفسخ والحلول من خلال

عقد منفصل ثنائي أو ثلاثي الأطراف وهو ما ذكر في الفقرة 10 من المداخلة. وأما الغرض الثالث فلم يظهر المانع

أيضاً من أن يتعاقد العميل بصفته وكيلاً، علماً بأن لا يلزم شرعاً للوكيل أن يفصح عن وكالته لمن يتعامل معهم من

المقاولين في الحاليين.

5. لا تعليق لي.

6. لا تعليق لي.

7. لا تعليق لي.

8. المنع من اشتراط الإجارة (التشغيلية) في الاستصناع في البند 2/3 لا يظهر له وجه سوى تجنب شبهة العينة، ولا يرى المعيار فرقاً بين الإجارة المعينة والموصوفة في الذمة في الجملة عدا ما ذكر خاصاً بالموصوفة في الذمة. وأما ما ورد في العينة في الإجارة التمليلية فلا بد له من الأخذ بالشرطين: ما ذكر في البند 2/3 والبند 5/8. ولعل المجلس الشرعي يجلي هذه التفاصيل إن شاء الله.

9. مصطلح الاستصناع المعكوس مستجد كما يبدو، ولكن للمساهمة في الإيضاح أرى أنه جارٍ على ما انتشر في التطبيق من استخدام مصطلح المرابحة العكسية والتورق العكسي، على أساس أن البنك يأخذ الموقع الذي يأخذه عادة العميل، فيكون مشترياً ومتورقاً لنفسه وفي الاستصناع المعكوس يكون مستصنعاً. ولا يلزم أن يقبل هذا الاسم شرعاً ولكن ليس هناك مانع في استعماله، فالبركة أطلقت على المرابحة العكسية مصطلح [المرابحة بصفة البنك مشترياً]، ومجمع الرابطة استعمل مصطلح التورق العكسي. وعليه يمكن أن نبقى على مصطلح الاستصناع العكسي، أو الاستصناع بصفة البنك مستصنعاً.

10. لا تعليق لي.

11. لا تعليق لي.

د.عبدالباري مشعل ا.هـ

د. خالد السيارى

تعليقات إضافية على موضوع "الاستصناع المعكوس":

أكرر الشكر لفضيلة د. أسيد على إثرائه الموضوع وتصحيح جملة من المعلومات التاريخية والعلمية في المصرفية الإسلامية، والشكر موصول لفضيلة د. عبدالباري على إثرائه ومشاركته وإدارته لمناقشات المجموعة وما أشق هذا الدور فله الأجر والدعاء.

وهذه المشاركة محاولة لاستكمال الموضوع:

1- أشارك الزملاء في استغراب الاسم، وإن كان الذي اطلعت عليه في التمويلات الجماعية لا سيما التي اشترك فيها أطراف ترى توكيل العميل (كالراجحي والبلاد والإتماء) وأطراف أخرى ترى مقابلة العميل (كنوافذ البنوك التجارية الكبرى في المملكة)، أن تسمى الأطراف الأولى "أطراف التمويل بالوكالة والإجارة"، والأطراف الأخرى تسمى "أطراف التمويل بالاستصناع والإجارة"، وهي تسمية رديئة كما هو ظاهر، لا تعكس الصورة الشرعية، وهذه التصرفات مع عدم قبول الهيئات الشرعية لها إلا أنه يُغض الطرف باعتبارها ملحوظات شكلية مع وجود ملحوظات جوهرية ينصرف الجهد عليها، وكما يلاحظ حجم أثر الغلط عند استمرار خلط المصطلحات. هذا في التمويل الجماعي، أما في الصكوك فإنها تسمى "صكوك استصناع"! رغم اشتغالها على عقد إجارة رئيس هو مصدر عوائد الصكوك! ولا يخفى على الجميع سبب منشأ هذه الأخطاء وحجم أثرها..

2- هناك مسائل ليس لها صلة مباشرة بموضوع "الاستصناع المعكوس"، ولكن الحديث جر بعضه بعضا، فما نقله د. أسيد عن د. سمحان، فهو وجيه كما ذكر، ويحسن التفصيل فيه بأن ضمان العميل قد يحتمل ثلاث صور: الصورة الأولى: ضمان ما يترتب على اختياره للصانع، وحسن أدائه لالتزاماته. والصورة الثانية: ضمان ما يترتب على تحديده لأوصاف المصنوع. والصورة الثالثة: ضمان المصنوع من التلف والعيوب قبل التسلم. وجميع هذه الصور تدخل في ضمان مالم يجب، خلافا للأصل في الضمان الذي يكون في الحق الذي انعقد سبب وجوبه، وهذا المبدأ محل خلاف فقهي، وقد أقره المجلس الشرعي (كمبدأ) كما في معيار الضمانات. وإذا تقرر هذا؛ فينظر في صور وتطبيقات هذا الضمان: فأما الصورة الأولى؛ فلا يبدو فيها إشكال، ويمكن الاستئناس بما جاء في معيار المراجعة. وأما الصورة الثانية، فهل يمكن قياس جوازها على الصورة الأولى، لكون البنك قد اعتمد على العميل في تحديد أوصاف المصنوع؟ هذا محتمل. أما الصورة الثالثة؛ فيبدو مخالفتها لمبدأ الخراج بالضمان، إذ نص الفقهاء على أن الصانع لو تقبل عملا ثم قبله لغيره بأقل منه طاب له الفضل، ولا سبب لاستحقاقه الفضل إلا الضمان.

3- ذكر فضيلة د. أسيد أن تعيين العميل وكيفا لا يغطي بعض الأغراض فيما لو كان مقاولا، وأقول من حيث التطبيق العملي، أن عددا من البنوك لا تزال تأخذ بخيار الوكالة وعليه العمل، وإن كان يرد عليها بعض الإشكالات التي تفضل بها، كما في فسخ عقد المقاول أو الحلول محله بمثل الثمن، أو تضمين الوكيل، والذي لا يفتأ عن ذكره المحامون، رغم المتابعة المستمرة من بعض الهيئات الشرعية في عدم التضمين، ولصور تضمين الأمين والتحايل عليها؛ لاسيما في الصكوك حكاية ليس هذا محلها.

4-أشار فضيلة د.أسيد لرأي الشيخ مصطفى الزرقا (وهو حنفي المذهب) بمنع إجارة الموصوف في الذمة، وما نسب للحنفية بمنع ذلك، والتصحيح الذي ورد على هذه النسبة (أعني الحنفية) من عدد من الباحثين، كان منهم فضيلة د.عبدالرحمن السعدي في رسالته الدكتوراه عن الإجارة الموصوفة في الذمة، فأني أؤكد على ما ذكره فضيلته. ويبدو أن عدم التحرير جاء بسبب تأخر دخول الإجارة الموصوفة في التطبيقات، وأذكر د.عبدالستار أبو غدة كان يقول: إن الإجارة الموصوفة لم تعرف إلا قريبا، ولم يكن لها ذكر في التطبيقات، وكانت نسيا منسيا. انتهى ما أذكره. وإن كان د.أسيد قد استطرده هنا كما ذكر، فأستأذن بالاستطراد أيضا لأبشر أعضاء المنتدى بأن هذا الكتاب (كتاب د.السعدي) أصبح محل اختيار أحد البنوك التي تدعم البحث العلمي في المصرفية وهو بنك البلاد لغرض نشره وطباعته وهو قريب الصدور، مع كتاب آخر سبق لهذا المنتدى الإشارة إليه وهو كتاب تكلفة القرض للشيخ ناصر الداود. وقد اعتمد الكتابان في خطته السنوية حسب علمي.

5-ما ذكره د.أسيد عن الشيخ تقي عثمانى، يحفزني لأستأذنه بالاستفسار عن رأي الشيخ تقي في الإجارة الموصوفة في الأصول الثابتة (العقارات)؛ فإن مما ينقل عن الشيخ تقي المنع في ذلك، وقصر إجازتها على المنقولات، جريا على اتفاق الفقهاء بمنع العقد الموصوف على العقار؛ كعقد السلم، وكما يُعلم فمعيار السلم منع السلم في العقار، ومعيار الاستصناع أجاز الاستصناع في العقار لكن بشرط أن تكون الأرض مملوكة إما للصانع أو المستصنع. فإن صح هذا النقل عن الشيخ تقي، فبعض التطبيقات تكون في مباني وأبراج تجارية، وطرق سريعة، وجسور، وسدود مائية، وصهاريج، وخطوط أنابيب.. فبعضها ينطبق عليه تعريف العقار عند الفقهاء (سواء أكان عقارا بالأصالة أم بالتبعية)، وبعضها محتمل ويحتاج إلى تأمل، لأن بعضها مما يمكن نقله. وبعضها واضح أنه من المنقولات كالطائرات والسفن والقطارات .

6- أتفق مع أهمية تحرير العينة في المنفعة، والفرق بينها وبين العينة في الإجارة الممنوعة في المعيار بند 4/3، والتوفيق بينها وبين إجارة العين لبائعها إجارة تشغيلية المجازة في المعيار بند 2/3، مع أهمية انسجام ذلك كله مع قرار المجمع الأخير عند النظر في تعديل معيار الإجارة.

7- المعالجات التي نقلتها عن بعض الهيئات، قد يكون النقص مني في اختزالها واختصارها لأنها لم تكن محلا للبحث، فخير الوكالة المسبقة، رأيت بعض الهيئات (بعد تردد طويل) قبولها كحل لمشكلة التعاقد المسبق، حيث يحصل أن تتأخر الموافقة الائتمانية للعميل المحتمل وهو بصدد التوقيع مع المقاول (وكما يعلم ضخامة هذه العقود والحرص في التأخر فيها) فحتى لا يوقع العميل أصالة ثم يتكرر الإشكال، فتوقع هنا وكالة مبدئية بين البنك والعميل، حتى يكون توقيعه لعقد المقاولة حينئذ وكالة لا أصالة (فيما لو تمت الموافقة الائتمانية عليه لاحقا)، وجاء تخريجهم على تصرف الفضولي، فقالوا: ما دام قد أجزنا تصرف الفضولي (وهو محل خلاف فقهي) فمن باب أولى إجازة هذه الوكالة الضعيفة، لا سيما مع الرأي الفقهي المنسوب للشافعية بجواز التوكيل قبل التملك. وعلى كل حال فالمقصود هنا إيضاح هذه المعالجة ومستندها.

8- ما ذكر في (اتفاقية التحويل) أو ما يسمى في القانون "التنازل عن العقد"، الذي يظهر أنه يعد فقها من قبيل الفسخ والإقالة ثم التعاقد الجديد، فهو يلتقي مع إحدى المعالجات فيما يبدو.

9- القول بأن الوكالة لا تغني عن المراجعة الشرعية للعقود الضخمة التي يبرمها الوكيل مع المقاول، وجيه جدا من فضيلته، لأنه تصرف منسوب للأصيل، ولتعسر ذلك، فإنه ينص في اتفاقية التوكيل على وجوب التزام الوكيل في تعاقداته بالضوابط الشرعية وخلوها من الربا والغرر، مع حق الموكل في الاطلاع على جميع تلك العقود، وهذا حل وسط ارتأته بعض الهيئات الشرعية، جريا على المثل "لا يموت الذيب ولا تقنى الغنم" (:

10- يبدو لي أنه قد تحرر من هذه المناقشات المستفيضة في موضوع مقابلة العميل في نموذج الإجارة الموصوفة (أو ما يسمى الاستصناع المعكوس)، علتان: الأولى: شبهة العينة، والنقاش فيها فيما يبدو قد بات مكرورا. الثانية: شبهة نقل ضمان تلف المصنوع وعيوبه من البنك إلى العميل لكن ليس باعتباره مستأجرا (لأن هذا ممنوع عند الجميع فيما أظن)، وإنما باعتباره مقاولا.. فهل تلك العلل متحققة، أم هي مجرد شبه مدفوعة؟ والله أعلم ...

مع الاعتذار عن الإطالة، والخروج عن المقصود، فيبدو أن جملة من مناقشات هذا الموضوع قد خرجت عن مسارها ومنها تعليقي هذا للأسف، فأكرر اعتذاري..

وشكرا

خالد السيارى في 2016/7/18

ملاحظة: بهذا يغلق الملف وحسبنا أننا حررنا محل النزاع وأوردنا عليه ما يمكن من إشكالات شرعية وحلول وتوجيهات أيضًا. وأسأل الله أن يبارك بجهود الجميع مشاركين ومتابعين في هذا المنتدى المبارك، وأن يجعل هذا العمل في ميزان حسنات الجميع.

١١٥٥٠
١١٥٥٠
١١٥٥٠
١١٥٥٠
١١٥٥٠
١١٥٥٠
١١٥٥٠
١١٥٥٠

١١٥٥٠
١١٥٥٠
١١٥٥٠
١١٥٥٠
١١٥٥٠
١١٥٥٠
١١٥٥٠
١١٥٥٠
١١٥٥٠
١١٥٥٠

١١٥٥٠
١١٥٥٠
١١٥٥٠
١١٥٥٠
١١٥٥٠
١١٥٥٠
١١٥٥٠
١١٥٥٠
١١٥٥٠
١١٥٥٠

١١٥٥٠
١١٥٥٠
١١٥٥٠
١١٥٥٠
١١٥٥٠
١١٥٥٠
١١٥٥٠
١١٥٥٠
١١٥٥٠
١١٥٥٠