



بدعم



المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب
البنية الإسلامية للتربية

تنظيم



شورى للاستشارات الشرعية
Shura Sharia Consultancy



مؤتمر

شورى الفقيهي

SHURA FIQH

Conference

7

20-19 ديسمبر 2017

2-1 ربيع الآخر 1439

البحث الثاني

الإضافة إلى المستقبل في عقدي البيع والإجارة حكمها وأثرها في تطوير العمل بمنظومة المشاركة المتناقصة

المملكة العربية السعودية

فضيلة الشيخ أ. د. محمد علي القري

أستاذ الاقتصاد الإسلامي - جامعة الملك عبدالعزيز (سابقاً)

الراعي البلاتيبي



الراعي الرئيسي

الشركة الكويتية العالمية للتأمين التكافلي
KUWAIT INTERNATIONAL TAKAFUL INSURANCE CO.



الراعي الفضي



الراعي الذهبي





بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله وحده وصلى الله وسلم على سيدنا ونبيينا محمد وعلى آله وصحبه... وبعد:-

المسألة محل النظر:

من المسلم أن البنوك هي أحد أعمدة الاقتصاد المعاصر لأنها من خلال نهوضها بوظيفة الوساطة المالية تساهم في تهيئة الاقتصاد لتحقيق الاستخدام الأمثل للموارد المتاحة وكلما زادت كفاءة عمل البنوك، ارتفعت قدرتها على تعبئة المدخرات وتوجيهها نحو توليد فرص العمل والاستثمارات النافعة، ولذلك فإن التحدي الذي نواجهه اليوم كيف نجعل المصارف الإسلامية تصل إلى المستوى الأمثل من الكفاءة ضمن نطاق الحلال والمباح، ومن ذلك أحد أهم أنشطة البنوك وهو التمويل السكني، هذه الورقة تتضمن مقترحات بشأن إعادة هيكلة المشاركة المتناقصة وهي من أفضل هياكل التمويل السكني وتعتمد على "البيع المضاف" وليس "الوعد بالبيع" كما هو التطبيق الجاري وبيان مزايا تلك المقترحات.

التعليق والإضافة إلى المستقبل:

الأصل أن البيع يقع منجزاً بإيجاب وقبول يتبعه الحكم وتظهر آثار العقد بلا تأخير. إلا ان طرفي العقد ربما وجدا مصلحة في الارتباط عقدياً مع جعل الأثر المترتب على العقد يحصل في زمن مستقبلي. وذلك بالتعليق على شرط أو الإضافة إلى المستقبل.

أولاً: التعليق على شرط

والعقد المعلق على شرط، هو عقد مكتمل الأركان وشرائط الصحة لكنه لا ينعقد في الحال كما في العقود المنجزة وإنما يكون انعقاده عند وجود السبب وهو الشرط المعلق عليه العقد، ومن صوره أن يقول بائع إلى مشتري بعتك إن رضي فلان. فإذا تحقق هذا الرضا انعقد العقد وإلا فلا. أما البيع المضاف إلى وقت في المستقبل فهو عقد مكتمل الأركان وشرائط الصحة أيضاً ولكنه ينعقد في الحال على خلاف العقد المعلق على شرط الذي لا ينعقد إلا عند وقوع الشرط أما أثر العقد المضاف فإنه يتأخر ولا يظهر إلا في الوقت المضاف إليه. مثل أن يؤجره منزلاً فيبرمان العقد في محرم على أن تبدأ الإجارة في شهر رجب. والإلزام والالتزام بينهما قائم من شهر المحرم لكن الانتفاع بالأصل المؤجر لا يقع إلا في رجب.

والتعليق والإضافة بينهما شبه كبير حتى ان بعض الفقهاء لا يفرق بينهما، فيجعل كلاهما معلق أحدهما على أمر محتمل والآخر على أمر محقق الوقوع، لكن بينهما فروق أخرى مؤثرة منها أن تراخي



الحكم عن الصيغة في العقد المضاف نشأت من الصيغة نفسها لأن الإيجاب فيها مضاف إلى زمن مستقبل حتي الوقوع أما تراخي الحكم في العقد المعلق على شرط فمرجعه إلى أمر خارج عن الصيغة وهو وقوع الشرط. ووقوع الشرط أمر احتمالي غير محقق.

1-1 | حكم تعليق البيع على شرط:

جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية على المنع من تعليق البيع على شرط وإن هذا البيع إذا وقع فهو باطل لكن المصادر المعتمدة للمذاهب الفقهية لا تخلو من أقوال مخالفة تعد مرجوحة في ميزان الاستدلال. لكنها جديرة بالنظر والتأمل. ومع أن أكثر الباحثين ينسب إلى المذهب الحنبلي منع تعليق البيع على شرط إلا أن قراءة دقيقة للفقه الحنبلي تشير إلى غير ذلك (1)، قال ابن القيم رحمه

(1) بعض النقول عن أئمة المذهب الحنبلي:

"وإن قال بعثك على أن تنقدي ثمنه إلى ثلاث وإلا فلا بيع صح نص عليه" (1)، "إن قال بعثك على أن ترهنني لم يصح البيع وإن قال إن رهنته على ثمنه وهو كذا فقد بعثك قال اشتريت ورهنته عندك على الثمن صح الشراء والرهن (1).

"القسم الثاني فاسد يحرم اشتراطه كتعليق بشرط نحو بعثك إن حببتي بكذا أو إن رضي زيد فلا يصحان وعنه صحة عقده وحكي عنه صحتهما اختاره شيخنا في كل العقود والشروط التي لم تخالف الشرع لأن إطلاق الاسم يتناول المنجز والمعلق والصحيح والكتابة" (ج 6، ص 190). "وقد نقل علي بن سليمان فيمن باع شيئاً وشرط إن باعه فهو أحق به بالثمن جواز البيع والشرايين وأطلق بن عقيل وغيره في صحة هذا الشرط ولزومه روايتين قال شيخنا عنه نحو عشرين نصاً على صحة هذا الشرط".

وقال ابن تيمية رحمه الله: "ونحن قد بينا في غير هذا الموضوع أنه يجوز تعليق العقود بالشروط إذا كان في ذلك منفعة للناس ولم يكن متضمناً ما نهي الله عنه ورسوله فإن كل ما ينفع الناس ولم يحرمه الله ورسوله هو من الحلال الذي ليس لأحد تحريمه" (العقود ص 227). وذكرنا عن أحمد نفسه جواز تعليق البيع بشرط ولم أجد عنه ولا عن قدماء أصحابه نصاً بخلاف ذلك".

وفي كشف القناع: " (فصل) وإن قال البائع إن بعثك تنقدي الثمن إلى ثلاثة أيام (أو) إلى (مدة معلومة) أقل من ذلك أو أكثر (وإلا فلا بيع بيننا صح) البيع وهو قول عمر كشرط الخيار (وينفسخ) البيع (إن لم يفعل) أي إن لم ينقده المشتري الثمن في المدة (وهو) أي قوله: وإلا فلا بيع بيننا (تعليق فسخ البيع على شرط) لأنه علقة على عدم نقد الثمن في المدة التي عينها وهو صحيح (كما تقدم) قريباً" (كشف القناع عن متن الاقتناع للهوتي، دار الكتب العلمية).

وأضاف القرافي رحمه الله بعد أن ذكر منع تعليق البيع والإجارة بالشرط قال "وقد يكون معلوم الحصول كقدوم الحاج وحصاد الزرع ولكن الاعتبار في ذلك بجنس الشرط دون أنواعه وأفراده فلوحظ المعنى العام دون خصوصيات الأنواع والأفراد" (الفروق للقرافي، الفرق 45، ج 1، ص 229).

فكانه رحمه الله يقول إن منع جميع أنواع التعليق إنما هو لطرده القاعدة وإنما هناك أنواع من التعليقات لإجازتها وجه.

وأجازوا أنواعاً من صيغ العقود استناداً على أنها من أنواع الخيارات أو أنها فسخ معلق على شرط مع أنها تحتمل الشريطة من ذلك: ما جاء في الشرح الكبير (4، ص 68، دار الكتب العلمية) "لو قال بعثك على أن أستأجر فلاناً أو حد ذلك بوقت معلوم فهو خيار صحيح وله الفسخ قبل أن يستأجره".

وقال المرادوي في تصحيح الفروع (ج 8، ص 431): "ويصح تعليق الفسخ بشرط ... فيما إن أجره كل شهر بدرهم إذا مضى شهر فقد فسختها أنه يصح كتعليق الخلع وهو فسخ على الأصح".

وفي كشف القناع: " (فصل) وإن قال البائع إن بعثك تنقدي الثمن إلى ثلاثة أيام ... (وإلا فلا بيع بيننا صح) البيع وهو قول عمر كشرط الخيار (وينفسخ) البيع (إن لم يفعل ... (وهو) ... (تعليق فسخ البيع على شرط).

وفي الفروع لابن مفلح (ج 6، ص 190): "وإن قال بعثك على أن تنقدي ثمنه إلى ثلاث وإلا فلا بيع صح نص عليه".

المالكية لا يجوزون تعليق البيع على الشرط ثم المعلق عليه قد يعترضه عدم الحصول.



الله وهو أحد أعلام المذهب "وليس في الأدلة الشرعية ولا القواعد الفقهية ما يمنع تعليق البيع بالشرط والحق جوازه فإن المسلمين على شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً وهذا لم يتضمن واحداً من الأمرين فالصواب جواز هذا العقد وهو اختيار شيخنا وعلى عادته حمل ذلك وفعل إمامنا" (1)، وجزم د. وهبه الزحيلي رحمه الله في كتابه الفقه الإسلامي وأدلته على أن التعليق حكمه الجواز في المذهب الحنبلي فقال: "أجاز الحنابلة تعليق التصرف بشرط معلق في جميع أنواع العقود والفسوخ والتبرعات والالتزامات من بيع وإجارة وكفالة وإقالة وإبراء وزواج وغيرها ودليلهم على الجواز إطلاق الحديث النبوي (المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً) ولأن تعليق العقود وغيرها على شرط قد تدعو إليه الضرورة أو الحاجة أو المصلحة" (2).

ومعلوم انه لم يرد في كتاب الله ولا في سنة رسوله صلى الله عليه وسلم نص صريح بشأن تعليق البيع على شرط إلا أن المانعين عللوا المنع بما يلي:

أن مقتضى عقد البيع هو نقل الملك حال التبايع والتعليق بالشرط يترتب عليه منافاة مقتضى العقد. يناقش هذا التعليق بما ذكره ابن تيمية رحمه الله من التفريق بين مقتضى العقد ومقصوده ومقصود الشرع وأن الشرط لا يبطل العقد بمخالفة مقتضى العقد وإنما بمخالفة مقصوده أو مقصود الشرع أما إذا لم يشتمل على واحد من هذين فالواجب حله لأنه عمل مقصود للناس يحتاجون إليه إذ لولا حاجتهم لما فعلوه (3).

وقالوا في معرض تعليق المنع إن في صيغة البيع المعلق مسألة "بيع وشرط" وقد ورد في الحديث: نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط.

يناقش بأن الحديث رواه ابن أبي ليلى وشريك القاضي وقد أنكره الإمام أحمد وغيره من العلماء وذكروا إنه لا يعرف وأن الأحاديث الصحيحة تعارضه فلا يحتج به قال ابن القيم "لا يعلم له إسناد صحيح".

وقالوا إن الرضا الذي هو أساس صحة العقود لا يتحقق في العقد المعلق على شرط وذلك أن الرضا إنما يكون مع الجزم ولا جزم مع التعليق إذ يعترضه عدم حصول ما علق عليه من شرط.

وجاء في الفتاوى البزازية ج 4 ص 226: ان الفقيه أبو الليث رحمه الله، قال: "البيع إلى النبروز إذا كان البائع والمشتري يعلمان الوقت الذي فيه النبروز يجوز".

"ونص الإمام أحمد على جواز تعليق البيع بالشرط في قوله إن بعث هذه الجارية فأنا أحق بها بالثمن واحتج بأنه قول ابن مسعود ورهن الإمام أحمد نعله وقال للمرتهن إن جنتك بالحق إلى كذا وإلا فهو لك وهذا بيع بشرط قد فعله وأفتى به".

(1) عبدالرحمن بن قاسم، حاشية الروض المربع، ج 4، ص 406.

(2) وهبه الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 4، ص 568.

(3) الفتاوى، ج 4، ص 94.





يناقش بأن عدم تحقق الرضا (أو ما يسمى في القانون "عيوب الرضا") إنما يحدث بسبب الإكراه أو الغلط أو التدليس أو الغبن وليس واحداً من هذه موجود في البيع المعلق على شرط. وإنما هو عقد يحصل فيه التراضي على العقد وعلى الشرط.

وعلّلوا المنع بالغرر فقالوا إن كلا المتبايعين لا يدري في البيع المعلق هل يحصل الأمر المعلق عليه فيتم البيع أو لا يحصل كما لا يدريان متى يحصل في حال حصوله وقد يحصل في وقت تكون رغبة المشتري أو البائع قد تغيرت، قالوا: فذلك كله غرر مفسد للعقد.

وقد رد ابن تيمية رحمه الله على مثل هذه الأقوال بأن الغرر الذي نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم هو أن يكون متردداً بين أن يحصل مقصوده بالبيع أو لا يحصل مع أن ماله يؤخذ على التقديرين وقال: "وأما البيع نفسه فليس فيه غرر بل هو عقد واقع لا يسمى غرراً سواء منجزاً أو معلقاً بشرط فإن النذر المعلق على شرط لا يسمى غرراً وتعليق العقد بشرط لا يسمى غرراً" (العقود 227). يكون غرراً إذا استولى البائع على الثمن سواء وقع الشرط وتم التعليق أم لم يقع.

وقالوا إن التعليق يفضي إلى القمار وتعليق البيع على شرط عندهم مخاطرة تؤدي إلى أكل أموال الناس بالباطل (لأنها تمليكات للمال فلا تضاف للاستقبال كما لا تعلق بالشرط لما فيه من القمار)(1). يناقش بأن كون البيع المعلق قمار ليس بإطلاقه وإنما يعتمد على ما علق عليه من شرط فإن كان شرطاً ذا صلة بعقد البيع وللطرفين أو أحدهما مصلحة في التعليق به فلا يكون قماراً أما إن كان شرطاً لا علاقة له بالبيع مثل أن يقول بعثك إن فاز فريق الأهلي في المباراة فهذا مظنة القمار وليس هو المقصود في الصيغة المرجح جوازها.

2-1| حكم تعليق الإجارة على شرط:

جاء في الموسوعة الفقهية الكويتية(2)، "اتفق الفقهاء على أن الإجارة غير قابلة للتعليق كالبيع" وصرح قاضي زاده من الحنفية بذلك فقال: "الإجارة لا تقبل التعليق"، وقال القرافي في الفروق: "ولا يصح تعليق البيع والإجارة بأن يقول إن قدم زيد فقد بعثك أو أجزتك بسبب أن انتقال الأملاك يعتمد الرضا والرضا إنما يكون على الجزم ولا جزم مع التعليق فإن شأن المعلق عليه أن يعترضه عدم الحصول". ومع ذلك نجد في مدونات الفقهاء أنواعاً من المعاقبات التي وقعت الفتوى بجوازها لا يجد المتأمل فيها أنها تخرج عن وصف التعليق على شرط، فقد أجازوا أن يقول لخياط إن خطت هذا الثوب اليوم فبدرهم أو غداً بنصف درهم(3).

(1) ابن عابدين، ج 4، ص 324

(2) الموسوعة الفقهية الكويتية، ج 1، ص 256

(3) الموسوعة الفقهية الكويتية، ج 1، ص 256





ثانياً/الإضافة إلى المستقبل في البيع والإجارة

1-2| حكم إضافة البيع إلى المستقبل:

القول الراجح في المذاهب الأربعة بشأن البيع المضاف إلى المستقبل أنه غير جائز. ومع ذلك تجد للفقهاء في كل المذاهب الأربعة أقوالاً بإجازة صيغ للبيع المضاف إلى المستقبل، ومن غير تتبع للنقول نورد مثلاً واحداً نجد فيه أن الفقيه يجيز هذه الصيغة مع أنه يمنع تعليق البيع على شرط، جاء في الفتاوى البزازية عن الفقيه أبو الليث قال: "البيع إلى النيروز إذا كان البائع والمشتري يعلمان الوقت الذي فيه النيروز جائز" (1). والحقيقة ان هذا تعليق أيضاً. والواقع أن كل قول بجواز تعليق البيع على شرط من لوازمه إجازة إضافة البيع إلى المستقبل، ولذلك فإن ما نقلناه عن فقهاء المذاهب بشأن تعليق البيع على شرط يمكن الاستفادة إليه في تحرير الإضافة إلى المستقبل.

2-2| إضافة الإجارة إلى المستقبل:

جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة على جواز إضافة الإجارة إلى زمن في المستقبل، وصفة ذلك أن يقول له اليوم وهو في شهر المحرم آجرتك داري إجارة مضافة إلى شهر شوال ونحو ذلك وهي مسألة مشهورة. وانفرد الشافعية بالقول بعدم الجواز (2).

حاصل الأقوال في إضافة البيع إلى المستقبل:

يتبين من جميع ما سبق أن القول الراجح في المذاهب الأربعة هو منع إضافة البيع إلى المستقبل، كما يتبين بنفس الدرجة من الوضوح أن جميع المذاهب لا تخلوا من قول مرجوح يجيز التعليق على شرط والإضافة إلى المستقبل وخاصة في المذهب الحنبلي، فالحاصل أن القول بجواز تعليق البيع على شرط

(1) الفتاوى البزازية، ج4، ص426.

(2) قال في مجمع الأنهر: "وتصح الإجارة حال كونها (مضافة) إلى زمان في المستقبل بأن قال مثلاً إذا جاء رأس الشهر فقد آجرتك هذه الدار بكذا إلى سنة" (مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر دار أحياء التراث، ج2، ص404).
تبيين الحقائق شرح كز الدقائق للزيعلي: "وأما الثاني وهو ما يجوز إضافته إلى ما يستقبل من الزمان فأربعة ... الإجارة وفسخها ... لأن الإجارة تتضمن تملك المنافع وهي لا يتصور وجودها في الحال فتكون مضافة ضرورة ..."
"الإجارة المضافة إلى وقت في المستقبل تصح" (ج20، ص16)، حاشية ابن عابدين.
"الإجارة تقبل الإضافة" (ج4، ص224).

مجلة الأحكام العدلية مادة م/440 "الإجارة المضافة صحيحة وتلزم قبل حلول وقتها"، قال ابن قدامة في المغني: "فصل ولا يشترط في مدة الإجارة أن تلي العقد بل لو أجره سنة خمس وهما في سنة ثلاث أو شهر رجب في المحرم صح" (ج8، ص9).
وفي بداية المهجد لابن رشد الحفيد، قال في الإجازات: "وكذلك لم يجز الشافعي إذا كان أول العقد متراخياً عن العقد وأجازه مالك" (ج2، ص226).
وفي معنى المحتاج "لا تصح إجارة العين إجارة مضافة للمستقبل" (ج2، ص338).





وإضافته إلى المستقبل قول له اعتباره ولا يخلو دليل القائلين به من قوة، وإن كان في ميزان الاستدلال قول مرجوح في المذاهب الأربعة.

ولا نخاطر إذا قلنا إن عملية تطوير التمويل الإسلامي وسد الذريعة إلى المعاملات الربوية يحتاج في بعض الأحيان إلى الأخذ بالقول المرجوح إذا تبين أنه أصلح للحال وأرجح في تحقيق المآل، وليس هذا أمراً مستهجناً ولا مستغرباً ولا ممنوعاً بل هو المنهج الذي سارت عليه الفتوى قديماً وحديثاً.

الأخذ بالقول المرجوح:

قال الأصوليون الراجح ما قوى دليله وكثر قائلوه(1). والمرجوح هو ما كان دليله أضعف من مقابله(2). والراجح بدليل قطعي يجب العمل به ولا يجوز تجاوزه إلى قول مرجوح، أما الراجح بدليل ظني فقد اختلف العلماء في حكم العمل به على ثلاثة مذاهب، ومذهب الجمهور هو جواز التخيير بالعمل الراجح أو المرجوح(3). فيجوز عندهم عمل الفقيه بالمرجوح وإفتاء الناس به وبذلك قال جمهور الفقهاء من الحنفية وأكثر المالكية وبعض الشافعية وهو مذهب الحنابلة.

وقال ابن رجب رحمه في الاستخراج "وقد ينزل القول الراجح المجتهد فيه إلى غيره من الأقوال المرجوحة إذا كان في الإفتاء بالقول الراجح مفسدة. وقرأت بخط القاضي مما كتبه من خط أبي حفص أن ابن بطّة كان يفتي أن الرهن أمانة فقبل له إن ناساً يعتمدون على ذلك ويجحدون الرهون فأفتى بعد ذلك أنه مضمون"(4).

وقال ابن تيمية في الفتاوى "فهذه الأمور وإن كان أحدها أرجح من الآخر فمن فعل المرجوح فقد فعل جائزاً وقد يكون فعل المرجوح أرجح للمصلحة راجحة وهذا واقع في عامة الأعمال....."(5).

يقول السبكي "إذا قصد المفتي الأخذ بالقول المرجوح مصلحة دينية جاز"(6).

يقول ابن عاشور في مقاصد الشريعة "وقد يقع الإغضاء عن خلل يسير ترجيحاً لمصلحة تقرير العقود كالبيع الفاسدة إذا طرأ عليها بعض المفوتات المقررة في الفقه وقد كان الأستاذ أبو سعيد بن لب مفتي حضرة غرناطة في القرن الثامن يفتي بتقرير المعاملات التي جرى بها عرف الناس على وجه غير صحيح في مذهب مالك إذا كان لها وجه ولو ضعيف من أقوال العلماء".

(1) شرح الخرشي على مختصر خليل، ج 1، ص 36.

(2) البحر المحيط أصول الفقه للزركشي، ج 4، ص 425، دار الكتب العلمية.

(3) بحث الأخذ بالأقوال المرجوحة د. أحمد صالح البراك ص 45.

(4) الاستخراج لأحكام الخراج، لابن رجب الحنبلي، ج 1، ص 89، دار الكتب العلمية، 1985م.

(5) مجموع الفتاوى، لابن تيمية، ج 24، ص 196.

(6) الفوائد المدنية، ص 236، فيمن يفتي بقوله من أئمة الشافعية محمد بن سليمان الكردي دار...





ويقول الأستاذ مصطفى الزرقاء - رحمه الله - : "إن الآراء والنظريات الفقهية في المذاهب المعتمدة، سواء منها الراجح والمرجوح كلها ثروة تشريعية قيمة، وقد يظهر تطور المصالح الزمنية وإعادة النظر أن ما كان من الآراء الفقهية وهو الذي يجب أن يكون الراجح وما كان يظن ضعيف المبنى هو في الحقيقة أقوى وأسد، ولكن مرمى نظر صاحبه قد كان أمام قافلته بمسافات لا تدركها أبصارهم، فيبقى غير معتمد عليه حتى تصل العصور بالأجيال إلى مرمى ذلك النظر، فإذا هو البصر الحديد، والفهم الرشيد(1).

مجمع الفقه الإسلامي الدولي أخذ بالقول المرجوح في مسائل عدة: لا ينكر منصف ان لمجمع الفقه الإسلامي الدولي أثر فعال في تجديد الدين(2)، وفي مساعدة المسلمين على التمسك بأحكام الشرع وذلك باستنباط الأحكام الشرعية والنظر في النوازل والمستجدات عن طريق الاجتهاد الجماعي وتبنى منهج وسطي يقوم على مراعاة الأحكام الراجحة، مع العناية بالمصلحة وتفهم أثر العرف مع النظر في مآلات الأمور، وأن الفتوى تتغير بتغير الأزمان ولذلك نجد قد أخذ بالمرجوح مع وجود الراجح في أمور كثيرة لما رآها أقرب إلى تحقيق هذه المقاصد الحسنة مثال ذلك: بيع العربون فجمهور الفقهاء على أن بيع العربون بالصيغة التي أجازها المجمع لا تجوز ولكن المجمع أخذ برأي المذهب الحنبلي بإجازته لما رأى الحاجة قائمة له.

الالزام بالوعد فجمهور الفقهاء على أن الوعد ملزم ديانة لا قضاء والقول بالإلزام قضاء والتعويض عن الضرر في حال النكول وهو من مفردات مذهب واحد هو المذهب المالكي وقد أخذ به المجمع لما وجد حاجة المصارف الإسلامية إليه.

الحاصل ان الذي اتجه إليه نظرنا أن الأخذ بالقول المجيز لإضافة البيع إلى المستقبل له وجاهته ومستنده، وهو يركن إلى أدلة معتبرة، كما أن الأصل في المعاقبات هو الجواز والإباحة، وأن ما تبين فيه المصلحة يمكن الأخذ به حتى لو كان الرأي فيه مرجوحاً في ميزان الاستدلال. والذي نريد بيانه الآن هو أن تضمين هيكل التمويل العقاري البيع المضاف إلى المستقبل يؤدي إلى تحقيق الكفاءة التي يسعى لها ويعطي المصرفية الإسلامية أداة مالية قادرة على إغناء المسلمين عن سبيل التمويل الربوي للمساكن، بخلاف ما عليه الوضع الآن من تأسيس المشاركة المتناقضة على الوعد لا العقد.

ثالثاً/ متطلبات أساسية في هياكل التمويل العقاري

لا يخفى أن عمل البنوك بالغ التعقيد، ومن أهم أوجه هذا التعقيد أن عملها محاصر بأنواع من القيود التي تفرضها القوانين، وقواعد الإشراف من قبل المصرف المركزي، ومعايير بازل وأمثالها،

(1) لمدخل الفقهي العام، الأستاذ مصطفى الزرقاء- رحمه الله - ج 1، ص 568.

(2) وتجديد الدين المقصود به إعادته إلى صفائه ونقاؤه ليعود قوياً كما كان من مبدأ إبراز حقائقه الناصعة وتجليه خصائصه المميزة.





إضافة إلى المعايير المحاسبية المعتمدة في كل بلد. وكل هيكل للتمويل تتبناه هذه البنوك يجب أن يتوافق مع جميع هذه المتطلبات ثم يكون بعد ذلك ذا جدوى اقتصادية وأن يستوفي متطلبات قياس المخاطر الخاص بالبنك وبالنسبة للمصارف الإسلامية أن يكون موافقاً للمقتضى الشرعي. ولذلك فقد تطور هيكل معياري للتمويل العقاري يقوم على:

ضرورة الاشتراك بين المصرف والعميل فلا يقوم المصرف بتمويل كامل قيمة العقار(1)، فيكون تمويل المصرف لجزء من ثمن العقار وليس جميعه، حتى يتأكد من ملاءة العميل وقدرته على تحمل تبعات التمويل وتسديد ما عليه. وتختلف التعليمات من بلد لآخر فقد يشترط أن يساهم العميل بـ 30% أو أقل أو أكثر من ذلك ويقوم المصرف بتقديم 70% من قيمة العقار فقط. والتمويل العقاري الذي تعمل به البنوك في الوقت الحاضر يقوم على التأجير المنتهي بالتمليك. وطريقة معالجة تقديم الدفعة المقدمة بنسبة 30% مثلاً هو جعلها أقساطاً أيجارية مقدمة تغطي الشهر الأول فقط بمعنى أن تكون أجرة الشهر الأول تساوي 30% من قيمة العقار وهو أمر غير مستساغ، وتزعم البنوك إلى ذلك لأنها لا تريد أن ترد إلى العميل أي جزء مما دفع في حال انفساخ العقد أو انهائه قبل وقته. بسبب طول مدة التمويل يجب أن يكون الهيكل ذا مرونة بحيث يمكن التعامل مع الحالات الطارئة للعميل، مثل تعثره في بعض الفترات أو رغبته في تأجيل بعض الأقساط أو مرضه ونحو ذلك. أن يكون قابلاً للتوريق (تصكيك) من قبل المصرف.

رابعاً/ الحاجة إلى صيغ تمويل مشروعة:

من المسلم أنه لا سبيل لرفع بلوى الربا من عمل المصارف إلا بإيجاد صيغ التمويل التي تنهض بحاجة الناس إلى التمويل ضمن نطاق المباح والحلال. ويمثل التمويل العقاري جانباً مهماً من النشاط المصرفي ليس فقط لما يمثله من حجم عظيم، إذ إن ثروة أكثر الأفراد إنما تتمثل في ملكيته للمنزل، بل لأن توفير التمويل لبناء وامتلاك المساكن مطلب اقتصادي واجتماعي لا يستغني عنه أي مجتمع وله دور مؤثر في تحقيق الاستقرار الاجتماعي والسياسي، ومن هذا الباب جاء الاهتمام بصيغ التمويل التي تكون متوافقة مع المقتضى الشرعي وفي نفس الوقت قادرة على النهوض بحاجات المجتمع ضمن نطاق المتطلبات المالية والمصرفية من حيث المخاطر وطريقة الإدارة.

خامساً/ المشاركة المتناقصة

01) ويعتقد أن من أهم مسببات الأزمة الاقتصادية التي ضربت البنوك قبل عدة سنوات كان التمويل العقاري ومن صفاته عندئذ أن المصرف يمول كامل قيمة العقار فيحصل على التمويل من لا قدرة له على تحمل تبعاته.





المشاركة المتناقصة هي صيغة تمويل ابتكرتها المصارف الإسلامية بديلاً عن التمويل العقاري بالقرض الربوي المسمى "مورقج"، وهي تقوم على اشتراك المصرف مع عميله في ملكية أصل عقاري وتبدأ المعاملة بملكية غالبية للمصرف وتنتهي بملكية تامة للعميل عبر تقسيم الأصل إلى وحدات يجري بيعها عليه من قبل المصرف بشكل متدرج ضمن جدول زمني متفق عليه بين الطرفين.

وقد صدرت بشأن المشاركة المتناقصة العديد من القرارات الشرعية من قبل مجمع الفقه الإسلامي الدولي، وهيئة المعايير في البحرين (الأبوفي) وكذا العديد من المؤتمرات الفقهية والهيئات الشرعية (1):

1-5 | صفة المشاركة المتناقصة التي أجازتها الفتاوى المعاصرة:

يقوم هيكل المشاركة المتناقصة الذي أجازته هذه الفتاوى الشرعية على اشتراك المصرف مع العميل في شراء أصل عقاري (مبنى سكني)، يملك المصرف منه حصة مشاعة قدرها مثلاً 90% بينما يملك العميل حصة مقدارها 10%، فتنشأ بينهم شركة ثم يجري من المصرف تقسيم حصته إلى وحدات، كل وحدة تمثل حصة مشاعة قدرها مثلاً 5%، ويعد عميله بأن يبيع عليه هذه الحصص بناء على جدول معد لهذا الغرض بثمن يتحدد عند تاريخ البيع (وليس في الابتداء) بحسب القيمة السوقية عندئذٍ. كما يوقع المصرف مع عميله عقد إجارة يستأجر العميل حصة البنك بأجرة متفق عليها

(1) 1/ أجاز مؤتمر المصرف الإسلامي المنعقد في دبي 1399 هـ الموافق 1976 م صوراً من المشاركة منها: "الصورة الأولى اتفاق البنك مع عميله على تحديد حصة كل منهما في رأس المال المشاركة وشروطها وقد رأى المؤتمر أن يكون بيع حصص المتعامل إلى البنك بعد اتمام المشاركة بعقد مستقل بحيث يكون له الحق في بيعها للبنك أو لغيره وكذلك الأمر بالنسبة للبنك بأن تكون له حرية بيع حصصه للمتعامل شريكه أو غيره".

2/ كما صدر عن مجمع الفقه الإسلامي الدولي قراراً بشأن المشاركة المتناقصة هذا نصه: "قرار رقم 136 (2/15) بشأن المشاركة المتناقصة وضوابطها الشرعية: أن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي المنعقد في دورته الخامسة عشرة بمسقط (سلطنة عمان) 19-14 المحرم 1425 هـ الموافق 6-11 مارس 2004 م. بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع المشاركة المتناقصة وضوابطها الشرعية، وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حوله،

قرر ما يلي:

المشاركة المتناقصة: معاملة جديدة تتضمن شركة بين طرفين في مشروع ذي دخل يتعهد فيها أحدهما بشراء حصة الطرف الآخر تدريجاً سواء كان الشراء من حصة الطرف المشتري في الدخل أم من موارد أخرى.

أساس قيام المشاركة المتناقصة: هو العقد الذي يبرمه الطرفان ويسهم فيه كل منهما بحصة في رأس مال الشركة، سواء أكان إسهامه بالنقد أم بالأعيان بعد أن يتم تقويمها، مع بيان كيفية توزيع الربح، على أن يتحمل كل منهما الخسارة - إن وجدت - بقدر حصته في الشركة.

تختص المشاركة المتناقصة بوجود وعد ملزم من أحد الطرفين فقط، بأن يتملك حصة الطرف الآخر، على أن يكون للطرف الآخر الخيار، وذلك بإبرام عقود بيع عند تملك كل جزء من الحصة، ولو بتبادل إشعارين بالإيجاب والقبول.

يجوز لأحد أطراف المشاركة استئجار حصة شريكه بأجرة معلومة ولدة محددة، وبطل كل من الشريكين مسئولاً عن الصيانة الأساسية بمقدار حصته.

المشاركة المتناقصة مشروعة إذا التزم فيها بالأحكام العامة للشركات، وروعت فيها الضوابط الآتية:

عدم التعهد بشراء أحد الطرفين حصة الطرف الآخر بمثل قيمة الحصة عند إنشاء الشركة، لما في ذلك من ضمان الشريك حصة شريكه، بل ينبغي أن يتم تحديد ثمن بيع الحصة بالقيمة السوقية يوم البيع، أو بما يتم الاتفاق عليه عند البيع.

عدم اشتراط تحمل أحد الطرفين مصروفات التأمين أو الصيانة وسائر المصروفات، بل تحمل على وعاء المشاركة بقدر الحصص.





محسوبة على أساس الوحدة، وكلما اشترى العميل وحدة سقطت عنه أجرتها حتى ينتهي الأمر بامتلاك العميل لجميع الوحدات ومن ثم كامل العقار.

وخلال هذه المدة تكون العلاقة بين المصرف والعميل علاقة مشاركة في العقد الأول وعلاقة مؤجر بمستأجر في العقد الثاني وفي كلا الحالين يلتزم الطرفان بمقتضيات عقدي الشركة والإجارة كما جاءت في أحكام الشريعة.

المشاركة المتناقصة بهذه الصيغة لا تصلح للتطبيق المصرفي لعظم المخاطرة فيها على كل من المصرف والعميل.

ذلك أن عقود التمويل العقاري طويلة الأجل بطبيعتها، وخلال مدة العقدين من الزمان أو أكثر يتقلب ثمن العقارات ارتفاعاً وانخفاضاً، فإذا اتفق على أن يبيع الوحدات المشاعة يكون بالسعر السائد عند البيع فارتفعت أسعار العقارات ترتب على ذلك ضرر جسيم على العميل، وإذا انخفضت انخفاضاً كبيراً ترتب على ذلك تهديد المصرف بالانهيار (وقد وقع ذلك فعلاً في بعض التطبيقات).

وقد اتجه التطبيق المعاصر إلى محاولة تقليل هذه المخاطر عن طريق الوعد الذي يقطعه المصرف على نفسه بأن يبيع هذه الوحدات بثمن يذكر في الوعد بصرف النظر عن السعر الساري في السوق عند إبرام العقد، أو وعد يقطعه العميل على نفسه بأن يشتري الوحدات، أما الخيار الثالث فهو المواعدة الملزمة من الطرفين، ولكن في هذا التطبيق إشكالات منها:

أن الوعد الصادر من الواعد غير ملزم للموعد، ولذلك فإن الحماية تكون للموعد دون الواعد وهذا لا يقلل المخاطر، أما المواعدة الملزمة فهي تبقى مواعدة لا عقداً وتحتاج إلى إبرام عقد بيع كلما حل أجل شراء وحدة، وفي نفس الوقت غاية ما يستطيع المصرف المطالبة به في حال تكون الطرف الآخر هو التعويض عن الضرر الفعلي الواقع عليه عن طريق القضاء، وإثبات الضرر وتعريف مشمولاته أمر في غاية الصعوبة ومكلف للغاية لا سيما أنه يتضمن عناصر قد تبدوا أساسية من جهة نظر المصرف لكن القضاء لا يقبلها إلا فيما ندر، من ذلك مسألة فوات الربح.

الجهة القضائية ذات العلاقة التي يحتكم إليها الطرفان في حال الخلاف سوف تطبق القانون السائد، والقوانين في الدول المختلفة على ضربين، الأول لا يرى الإلزام في الوعود ولذلك لا يقدم الوعد حماية كافية لأي من الطرفين، والثاني من يرى أن لا اختلاف بين الوعد والعقد ويجري على هذه المواعداً أحكام المعاقبات، ولكن بعد تحمل أعباء التقاضي وتكاليفه المالية.

ومما يزيد الأمر تعقيداً مسألة الضرائب، لأن العقود التي تبرم كل سنة (أو كل نصف أو ربع سنة) تحسب الضرائب عليها عندئذٍ، مما يترتب عليه مخاطرة من جهة أن عنصراً من عناصر الثمن يبقى مجهولاً لاحتمال تغير الضرائب خلال مدة العقد الطويلة التي تصل إلى ربع قرن، أما بوجود عقد بيع واحد فإن التكلفة تكون واضحة من اليوم الأول.





من المعلوم أن تصكيك أصول التمويل العقاري من الإجراءات التي تحتاج إليها البنوك، وذلك ببيع تلك الأصول إلى مستثمرين والحصول على قيمتها الحالية لإعادة توليد أصول جديدة. والتصكيك في ظل الهيكل المبسوط أعلاه يواجه مصاعب وتعقيدات ناشئة عن مسألة أن العقار - من الناحية القانونية - مملوك للبنك فإذا باعه فغاية ما يستطيع أن يفعله لحماية مصالح العميل هو تعهد المشتري بأنه سوف يلتزم بما التزم به البنك من وعد بالبيع لوحدة المشاركة المتناقصة للعميل. وظاهر ما في هذا من مخاطرة عظيمة على العملاء وتعقيدات قانونية حال التقاضي.

2-5 | صفة عقد المشاركة المتناقصة المعتمدة على البيع المضاف:

عقد المشاركة المتناقصة القابل للتطبيق والمنسجم مع المتطلبات المصرفية والمالية والقانونية والموافق لمعايير المخاطر هو ذلك العقد الذي تنتقل فيه الحصص من ملكية المصرف إلى ملكية العميل من خلال عقد بيع مضاف إلى المستقبل وكما رأينا سابقاً فإن عقد البيع المضاف هو الذي ينعقد مستوفياً لأركانه ويتولد عنه الإلزام والالتزام إلا أن آثاره لا تقع إلا في وقت مستقبلي. والذي ندعيه في هذه الورقة هو أن هيكل المشاركة المتناقصة المبني على نموذج البيع المضاف أفضل من الصيغة الجارية من جهة أنه أوضح في تسكين الحقوق وبيان الالتزامات، وأكثر قابلية للانسجام مع القوانين السارية والمعايير المصرفية المعتمدة، من ذلك على سبيل المثال:

الوضوح واليقين إذ إن وحدات المشاركة يجري بيعها إلى المستفيد عن طريق إبرام عقد بيع مضاف للمستقبل، ولكل وحدة عقد بيع ينص على تاريخ ظهور آثار البيع والتمن المتفق عليه، ولا إشكال في تحديد الثمن وقت البيع، لأن ذلك ركن من أركان عقد البيع سواء كان ناجزاً أو مضافاً إلى المستقبل، ولا تختلف القوانين في اعتبار هذا البيع وأنه قابل للنفذ بخلاف الوعد.

ولأنه ينعقد دفعة واحدة لجميع الوحدات فإن المخاطر على الطرفين تكون أقل، والوضع القانوني أوضح، وأحرى أن لا يتولد عنه إشكال أو خلاف.

لا حاجة لإبرام عقد بيع في كل مرة يجري فيها انتقال ملكية وحدة على أحكام البيع المضاف، إذ يمكن إبرام كافة العقود في اليوم الأول ثم تنتقل الملكية إلى العميل كلما حل التاريخ ذي العلاقة دون أي إجراء إضافي، وجلي ما في ذلك من اليسر والسهولة والكفاءة في التطبيق.

وليس هناك ما يمنع من التصكيك في ظل نموذج البيع المضاف، ذلك أن الأصل يبقى مملوكاً للمصرف حتى تمضي أحكام البيع المضاف وله التصرف فيه بالبيع وسواه ما دام أن المشتري يعلم بأن ملكيته ستنتقل إلى العميل عند حلول التاريخ المحدد لذلك، فالعقار الذي تم بيعه بعهده ببيع مضاف تمضي أحكامه بعد عشر سنين، للمصرف أن يبيعه إلى طرف ثالث يصبح مالكاً له ومتمتعاً بكل حقوق الملكية خلال السنين العشر، فإذا انقضت عشر سنين انتقلت ملكية العقار إلى عميل البنك.

والحمد لله رب العالمين...





2017



1439

