



مؤتمر شورى الفقيه الثامن 8th Shura Fiqh Conference

فندق فور سيزونز – دولة الكويت

11 و 12 ربيع الاخر 1441 هـ – 8 و 9 ديسمبر 2019 م

البحوث وأوراق العمل

تنظيم



شورى للاستشارات الشرعية
Shura Sharia Consultancy



مؤتمر شورى الفقيه الثامن
8th Shura Fiqh Conference

فندق فور سيزونز – دولة الكويت
12-11 ربيع الاخر 1441 هـ – 9-8 ديسمبر 2019 م

حقوق الطبع محفوظة

1441 هـ - 2019 م



شورى للاستشارات الشرعية
Shura Sharia Consultancy

www.shura.com.kw



shurashariaconsultancy



shura_consult



shura sharia consultancy

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

﴿بَلْ هُوَ آيَاتٌ بَيِّنَاتٌ
فِي صُدُورِ الَّذِينَ أُوتُوا الْعِلْمَ
وَمَا يَجْحَدُ بِآيَاتِنَا
إِلَّا الظَّالِمُونَ﴾

سورة العنكبوت - آية (٤٩)

الفهرس

05	المقدمة
09	المحور الأول: المشاركة المتناقصة لتمويل الأصول الثابتة
11	مخطط البحث
15	فضيلة الشيخ / أ.د. نزيه كمال حماد
23	فضيلة الشيخ / د. خالد بن محمد السياره
47	فضيلة الشيخ / د. علي السراطوي
69	فضيلة الشيخ / د. محمد علي كليب الهدية
	المحور الثاني: حكم الدخول بعقود البيع أو الإجارة التي تفرض
97	فيها غرامة تأخير، ولا يقبل الطرف المشروط له حذفها
99	مخطط البحث
103	فضيلة الشيخ / د. محمد علي القرني
115	فضيلة الشيخ / أ.د. عبدالعزيز خليفة القصار
131	فضيلة الشيخ / أ.د. نزيه كمال حماد
143	فضيلة الشيخ / د. محمد عود الفزيع
	المحور الثالث: التكيف الفقهي لأسهم
179	شركات المساهمة «إعادة الطرح»
181	مخطط البحث
185	فضيلة الشيخ / أ.د. صالح العلي
209	فضيلة الشيخ / د. العياشي فداد
211	فضيلة الشيخ / د. علي محمد نور

بسم الله والحمد لله، والصلاة والسلام على سيدنا رسول الله، وعلى آله وصحبه
وجميع من اتبع هداه، أما بعد:

بحمد الله نواصل في هذا المؤتمر الثامن سلسلة مؤتمرات شورى الفقهية الهادفة
أن تكون إطاراً فاعلاً يوسع مجال الاجتهاد الجماعي، حيث تتضافر فيه الجهود بين
علماء الشريعة وفقهائها الممارسين لفقه المعاملات وخبراء الصناعة المالية الإسلامية
بغية التوصل إلى حكم شرعي للمعاملات المالية المعاصرة مبني على تصور دقيق
للوواقع.

ويسعدنا أن نضع بين أيدي القراء الكرام هذا الكتاب من سلسلة كتب المؤتمرات
الذي يحوي الأوراق العلمية المطروحة في مؤتمر شورى الفقهية الثامن، المنعقد في
دولة الكويت تحت رعاية وحضور معالي الدكتور/ محمد يوسف الهاشل محافظ بنك
الكويت المركزي، في الفترة من ١١-١٢ ربيع الآخر ١٤٤١ هـ، الموافق ٨-٩ ديسمبر
٢٠١٩م. والذي سيناقش بمشيئة الله تعالى الموضوعات التالية:

١. المشاركة المتناقصة لتمويل الأصول الثابتة.
٢. التكييف الفقهي لأسهم شركات المساهمة «إعادة طرح».
٣. حكم العمل بعقود البيع أو الإجارة التي تفرض فيها غرامة تأخير
عند التأخر في سداد الثمن أو الأجرة، ولا يقبل الطرف المشروط له
حذفها.

وقد دأبنا في هذه المؤتمرات على بذل عناية قصوى في اختيار القضايا ذات
الأهمية التطبيقية، وبخاصة ما يستحق إعادة النظر وتجديد الاجتهاد، مع الاقتصار
على عدد محدود من القضايا في كل مؤتمر لتوفير مساحة كافية للمناقشات
والتعليقات، كما لم نتردد في إعادة طرح القضايا التي لم تنته فيها الى قرارات،
لأيماننا بأهمية متابعة النظر الى أن ينجلي الوجه الأقرب للصواب. وحرصنا على
تخير الباحثين من ذوي التخصص والممارسة العملية من الفقهاء والفنيين المعروفين
بالبحوث العميقة والرصينة، إضافة إلى مجموعة من الباحثين الواعدين الذين
أثبتوا جديتهم في البحث العلمي التطبيقي، مع دعوة عدد من كبار أهل العلم المتصلين
بالقطاع المالي والمصرفي، إثراء للعلم والتماسا للصواب.

وتطمح شورى أن تكون مؤتمراتها الفقهية رافداً من روافد المجامع الفقهية الدولية
والمجالس الشرعية، تمهد للموضوعات التي تتصدى لها تلك المجامع والمجالس، وأن
توفق إلى إضافة لبنة سليمة في صرح فقه المعاملات المعاصرة، ليستطيع من يأتي
بعدها إكمال البناء.

ولتعميم الفائدة من مؤتمراتنا فقد درجنا على طباعة الكتب التي تضم البحوث وأوراق العمل، مع رفع نسخة منها بصيغة رقمية على موقع شورى www.shura.com.kw، لتشكل مع التسجيلات المرئية لجلسات المؤتمر وما دار فيها من حوارات ونقاشات - المرفوعة على الموقع أيضا - مرجعا علميا يمتاز بالثراء والشمول، ويسهل الوصول إليه من أي مكان في العالم.

إن هذا المؤتمر هو ثمرة تعاون أطراف عديدة على البر والخير، يسره الله بفضلته وتوفيقه، فنحمده عليه حمدا كثيرا. وننوه بالإسهامات القيمة للسادة للعلماء الباحثين والخبراء المشاركين، ونثني على ما لقيناه من المؤسسات والجهات الراعية والداعمة من رعاية مادية سخية تمكنا بها من إقامة المؤتمر وتنظيمه على الوجه اللائق، ونذكر بالتقدير عمل اللجنة التحضيرية للمؤتمر التي استقصت الأفكار وأعدت المخططات.

شكر الله للجميع جهودهم وعطاءهم. وصلى الله على سيدنا ومولانا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

عبد الستار علي القطان
رئيس اللجنة التحضيرية
المدير العام

دولة الكويت
الأحد ٢٧ ربيع الأول ١٤٤١هـ
الموافق ٢٤ نوفمبر ٢٠١٩ م



مؤتمر شورى الفقهاء الثامن 8th Shura Fiqh Conference

فندق فور سيزونز - دولة الكويت
12-11 ربيع الآخر 1441 هـ - 9-8 ديسمبر 2019 م

المحور الأول

المشاركة المتناقصة تمويل الأصول الثابتة

الرعاة الرئيسة



بيت التمويل الكويتي
Kuwait Finance House



الرعاة الفضية

موفتبيك
فندق وريزيدنس برج هادر مكة



بنك بويان
Boubyan Bank

الرعاة الذهبية

الإمتياز
ALIMTAZ GROUP

الرعاة البلاطينية

البنك الأهلي المتحد
ahli united bank



الأهلي
NCB

النقل المحلي



شركة سمكار لخدمات
تأجير السيارات

الشريك الاستراتيجي



بالتعاون مع



الجمعية الإسلامية للبنوك والتجارة

تنظيم



بيت التمويل الكويتي
Kuwait Finance House



مؤتمر شورة الفقهي الثامن 8th Shura Fiqh Conference

فندق فور سيزونز - دولة الكويت
12-11 ربيع الآخر 1441 هـ - 9-8 ديسمبر 2019 م

مخطط بحث المحور الأول

المشاركة المتناقصة تمويل الأصول الثابتة

الراعي الرئيسي



بيت التمويل الكويتي
Kuwait Finance House



الراعي الفضي

موفتبيك
فندق وريزيدنس برج هادر مكة



بنك بويان
Boubyan Bank

الراعي الذهبي

الإمتياز
ALIMTAZ GROUP

الراعي البلاتيني

البنك الأهلي المتحد
ahli united bank



الأهلي
NCB

الشركاء المحليين



شركة سمكار لخدمات
تأجير السيارات

الشركاء الاستراتيجيين



بالتعاون مع



الجمعية الإسلامية للبنوك والتجارة

تنظيم



بيت التمويل الكويتي
Kuwait Finance House

«المشاركة المتناقصة لتمويل الأصول الثابتة»

الباعث على طرح الموضوع:

عند عرض مسودة قرار «تطوير المشاركة المتناقصة» في الجلسة الختامية لمؤتمر شوري الفقهي السادس، لم يحظ القرار بأغلبية أصوات كافية لاعتماده، إذ دارت في الجلسة الختامية نقاشات واعتراضات عدة على مسودة القرار، لعل أبرزها الخلاف في تخريج المشاركة المتناقصة على أحد نوعي الشركات في الفقه (العقد أو الملك). إضافة الى عدم تعرض القرار للعمليات التي تنطبق عليها الأحكام التي وردت فيه، من حيث كونها تشمل جميع عمليات التمويل بالمشاركة المتناقصة كعمليات تمويل العقارات والحصص في الشركات القائمة والسلع والبضائع والخدمات والمنافع، أم أنها قاصرة على عمليات التمويل العقاري.

وحيث إن المشاركة المتناقصة تطوي على مجموعة عقود والتزامات مترابطة، وبما أن البنوك الإسلامية استخدمتها في عمليات تمويل متنوعة تشمل تمويل الأصول الثابتة كالعقارات والمصانع وغيرها كما تشمل تمويل رأس المال العامل كحوص في الشركات والبضائع والسلع والخدمات، فقد رأت شوري حصر بحث الموضوع في مؤتمرها الفقهي الثامن بالمشاركة المتناقصة لتمويل الأصول الثابتة، وقامت شوري باستكتاب أحد الباحثين في الموضوع ليكون ورقة تمهيدية ومرجعية تساعد الباحثين والمشاركين في المؤتمر على اصدار القرار.

المطلوب من الباحث:

١. استعراض الاجتهادات الفقهية التي أعقبت انعقاد مؤتمر شوري الفقهي السادس (الذي عقد عام ٢٠١٥) في موضوع المشاركة المتناقصة. بما في ذلك قرار مؤتمر شوري الفقهي السابع (الذي عقد عام ٢٠١٧) في موضوع «البيع المضاف إلى المستقبل»، التي قد تساعد في إصدار قرار متكامل في موضوع المشاركة المتناقصة.

٢. وضع مسودة لقرار في المشاركة المتناقصة يشمل:

- تعريف المشاركة المتناقصة لتمويل الأصول الثابتة وما تطوي عليه من مجموعة عقود والتزامات مترابطة تؤدي الى تحقيق غرض المتعاقدين منها.
- وصف عام لبنود اتفاقية المشاركة المتناقصة ومراحل تنفيذها.
- التخريج الفقهي لطبيعة الشركة التي تنشأ عن المشاركة المتناقصة.
- بيان حكم تملك الشريك للحصص تدريجيا من خلال عقد بيع مضاف إلى المستقبل.

- بيان حكم تأجير الشريك للحصص أثناء المشاركة بأجرة متفق عليها في بداية عقد المشاركة المتناقصة، أو الاتفاق على تحديدها في مواعيد مستقبلية محددة أثناء مدة المشاركة.
- بيان أثر اختلاف محل المشاركة (عقار/ حصة في شركة قائمة/ سلع وبضائع/..) في اختلاف أحكامها.

ملاحظات:

يرجى من الباحث ما يلي:

- الاطلاع على قرار مؤتمر شورى الفقهي السابع في موضوع: « البيع المضاف إلى المستقبل».
- الاطلاع على الورقة البحثية الأولية التي قام بإعدادها فضيلة الشيخ أ.د. نزيه حماد بناء على طلب إدارة المؤتمر في موضوع المشاركة المتناقصة.
- الاطلاع على مسودة القرار الذي تنوي إدارة المؤتمر عرضه للتصويت عليه في موضوع المشاركة المتناقصة.



مؤتمر شورة الفقهي الثامن 8th Shura Fiqh Conference

فندق فور سيزونز - دولة الكويت
12-11 ربيع الآخر 1441 هـ - 9-8 ديسمبر 2019 م

البحث الأول

التكيف الفقهي للشركة التي تقوم عليها منظومة المشاركة المتناقصة اهي شركة ملك ام شركة عقد؟

فضيلة الشيخ / أ. د. نزيه كمال حماد

الرعاة الرئيسة



بيت التمويل الكويتي
Kuwait Finance House



الرعاة الفضية

موشنبيك
فندق وريزيدنس برج هاجر مكة



بنك بويان
Boubyan Bank

الرعاة الذهبية

الإمتياز
ALIMTAZ GROUP

الرعاة البلاطينية

البنك الأهلي المتحد
ahli united bank



الأهلي
NCB

النقل المحلي



شركة سماتر لخدمات
تأجير السيارات

الشريك الاستراتيجي



بالتعاون مع



الجمعية الإسلامية للبنوك والتجارة

تنظيم



بيت التمويل الكويتي
Kuwait Finance House



بسم الله الرحمن الرحيم

الشركة لغة:

١- الشركة في اللغة مشتقة من الشَّرِك، وهو النصيب والحصة. يقال شَرِكْتُ فلانا في الأمر والمال وشاركته، شَرِكًا وشَرِكَةً وشَرِكَةً، إذا كان لكل منهما فيه حصة ونصيب^(١)

قال القاضي عياض: (الشَّرِكُ والشَّرِكَةُ والاشترَاك واحد)^(٢). وفي (معجم مقاييس اللغة) لابن فارس: (الشين والراء والكاف (شرك) أصلان: أحدهما يدل على مقارنة وخلاف انفراد، والآخر يدل على امتداد واستقامة، فالأول: الشَّرِكَةُ، وهو أن يكون الشيء بين اثنين لا ينفرد به أحدهما. ويقال: شاركت فلانا في الشيء، إذا صرّت شريكه فيه. وأشركت فلانا: إذا جعلته شريكاً له. وأما الأصل الآخر: فالشَّرِكُ: لَقَمُ الطَّرِيق وهو شركة أيضا. وشرك النعل مَشَبَهُ بهذا. ومنه شَرِكُ الصائد، سمي بذلك لامتداده^(٣).

الشركة اصطلاحاً:

٢- وتطلق الشركة في الاصطلاح الفقهي - بمعناها العام - على الخلطة وثبوت الحصة^(٤).

وقيل: هي خلط النصيبين فصاعداً، بحيث لا يتميز أحدهما عن الآخر^٥.

وجاء في م (١٠٤٥) من المجلة العدلية: (الشركة في الأصل هي اختصاص ما فوق الواحد بشيء، وامتيازهم به).

كما تطلق الشركة على العقد الذي يتم بسببه خلط المالين حقيقة أو حكماً مجازاً، من باب إطلاق اسم السبب على المسبب^(٦).

قال الخرشي: (وهي بكسر الشين وفتحها، وسكون الراء فيهما، وفتح الشين وكسر الراء، والأولى أفصحها)^(٧).

١- القاموس المحيط ص ١٢١٩، النهاية لابن الأثير ٢/٤٦٧، المعجم الوسيط ص ٤٨٠، أساس البلاغة ص ٢٣٤

٢- مشارق الأنوار ٢/٢٤٨

٣- معجم مقاييس اللغة ٣/٢٦٥

٤- الاختيار للموصلي ٢/١١

٥- تبين الحقائق ٣/٣١٢، حاشية الطحاوي على الدر ٣/٥١١، المعاملات المالية الشرعية لأحمد إبراهيم ص ٢٠٦.

٦- الدر المنتقى ١/٧١٤، الخرشي ٦/٣٨، رد المحتار ٣/٣٢٢

٧- شرح الخرشي على خليل ٦/٣٧



اقسام الشركة

٣- تنقسم الشركة عند الفقهاء إلى قسمين: شركة ملك، وشركة عقد.

فأما شركة العقد: فهي عقد بين اثنين أو أكثر على الاشتراك في رأس المال وفي ربحه، أو على الاشتراك في الربح فقط إذا لم يكن هناك رأس مال^(٨).

قال في الدر المختار: (وحكمها الشركة في الربح)^(٩).

وقد جاء في م (١٣٢٩) من المجلة العدلية: (شركة العقد عبارة عن عقد شركة بين اثنين فأكثر على كون رأس المال والربح مشتركا بينهما). وقال الخرشي: (هي إذن كل واحد من المتشاركين لصاحبه في أن يتصرف في ماله له ولصاحبه مع تصرفهما لأنفسهما أيضا)^(١٠).

وجاء في م (٧٤٧) من مرشد الحيران (شركة العقد هي عبارة عن عقد بين المتشاركين في رأس المال وفي الربح. وهي أنواع: شركة بالمال، وشركة بالأعمال، وشركة وجوه، وكل من هذه الثلاثة إما مفاوضة أو عنان)

وقد ناقش الفقيه البارع الدكتور إبراهيم عبد الحميد تعريفات الفقهاء المختلفة لشركة العقد، وانتهى إلى أن التعريف الجامع المانع لها هو أنها: (عقد بين اثنين فأكثر يقتضي إذن الجميع أو بعضهم في التصرف للجميع على أن يكون الربح بينهم جميعا)^(١١).

٤- أما أبرز خصائص شركة العقد بأنواعها المختلفة في النظر الفقهي فهي:

أولاً: أن مقصودها الاشتراك في الربح والكسب المستفاد من تصرف الشركاء بمال الشركة أو أعمالها. ولهذا نص الفقهاء على أن حكمها وموجبها الشركة في الربح.

ثانياً: أنها تتضمن وكالة كل شريك لشريكه، أو إذنه في التصرف في نصيب شريكه، ليتحقق مقصود الشركة، إذ لا سبيل إلى ذلك إلا إذا كان كل واحد من الشريكين نائباً عن صاحبه في نصف ما تصرف فيه، وأصيلاً عن نفسه في نصفه الآخر^(١٢).

وعلى ذلك نصت م (٧٤٨) من مرشد الحيران: (يشترط لجواز شركة العقد أن يكون المقود عليه قابلاً للوكالة، وأن يكون الربح معلوم القدر، وأن يكون جزءاً شائعاً في الجملة لا معيناً).

وجاء في رد المحتار نقلاً عن الفتح: (كل صور عقود الشركة تتضمن الوكالة، وذلك ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركاً بينهما، فيتحقق حكم عقد الشركة المطلوب منه، وهو الاشتراك في الربح، إذ لو لم يكن كل منهما وكيلاً عن صاحبه في النصف، وأصيلاً في الآخر لا يكون المستفاد مشتركاً، لاختصاص المشتري بالمشتري)^(١٣).

٨- أحكام المعاملات الشرعية لعلي الخفيف ص ٤٥٨، وانظر: بدائع الصنائع ٦/ ٥٦، ٥٧، الاختيار ٣/ ١٢، رد المحتار ٣٢٧/ ٣، تبين الحقائق ٣/ ٣١٣، الدر المختار وحاشية الطحطاوي عليه ١١٣/ ٣.

٩- الدر المختار مع حاشية الطحطاوي ٣/ ٥١٤، حاشية ابن عابدين ٣/ ٣٢٧.

١٠- الخرشي على خليل ٦/ ٣٨، وانظر الزرقاني على خليل ٦/ ٤٠، منح الجليل ٣/ ٢٧٩، مواهب الجليل ٥/ ١١٧.

١١- الشركة للدكتور إبراهيم عبد الحميد ص ٣٥.

١٢- انظر فتاوى النوازل لأبي الليث السمرقندي ص ٢٢٢، الشركة لابراهيم عبد الحميد ص ٥٠ - ٥٢، أحكام المعاملات الشرعية للخفيف ص ٤٥٨، المعاملات المالية الشرعية لأحمد إبراهيم ص ٢٠٩.

١٣- رد المحتار لابن عابدين ٣/ ٣٢٧.



وجاء في حاشية الشلبي: (عقد الشركة يتضمن الوكالة، لأن المقصود من الشركة تحصيل الربح بالتجارة، والتصرف في مال الغير لا يجوز إلا بولاية أو وكالة من طريق النطق أو الحكم، ولم توجد الولاية والنطق له بالتوكيل، فتعين الثالث لتحقق الحكم المطلوب من الشركة، وهو الربح^(١٤)).

ثالثاً- أن تكون حصة كل شريك من الربح أو الكسب محددة بجزء شائع منه معلوم النسبة إلى جملة كالتصنيف والربع والعشرون الخ، فإذا تم العقد على أن يكون للشريك حصة من الربح من غير بيان المقدار، كان عقداً فاسداً، لأن الربح مقصود الشركة، فتفسد بجهالته، وكذلك إذا علم مقدار حصة الشريك في الربح، ولكن جهلت نسبتها إلى جملة، لأن هذا قد يؤدي إلى خلاف مقتضى العقد، وهو الاشتراك في الربح، فقد لا يحصل منه إلا ما جعل لأحد الشركاء، فيقع ملكاً خاصاً لواحد، لا شركة فيه لسواء، وذلك قاطع للشركة.

وأما شركة الملك: فهي أن يكون الشيء مشتركاً بين اثنين فأكثر على الخصوص بسبب من أسباب التملك، كالشراء والهبة والوصية والميراث وخلق الأموال أو اختلاطها بصورة لا تقبل التمييز والتفريق^(١٥). وهي نوعان: اختيارية، وجبرية.

أ. فأما الشركة الاختيارية فهي أن يملك الشريكان أو الشركاء مالا بشراء أو هبة أو وصية أو خلط لأموالهم باختيارهم.

ب. وأما الشركة الجبرية (الاضطرارية): فهي أن يملك الشريكان أو الشركاء مالا بإرث، أو باختلاط المالكين بلا اختيار المالكين اختلاطاً لا يمكن معه تمييزهما حقيقة، بأن كانا متحدي الجنس، أو يمكن التمييز بينهما بمشقة وكلفة، بأن كانا مختلفين جنساً^(١٦).

هـ- أما أبرز خصائص شركة الملك فهي:

أولاً: اختصاص الشريكين أو الشركاء بمحل واحد وامتيازهم به^(١٧).

ثانياً: ليس المقصود بها الاشتراك في الربح أو الكسب المتولد نتيجة تصرف الشركاء في المال المشترك، الذي هو مقتضى شركة العقد.

ثالثاً: أن كل شريك فيها يعتبر أجنبياً في نصيب الآخر، حتى لا يجوز له التصرف فيه إلا بإذن الآخر، كغير الشريك، وذلك لعدم تضمنها الوكالة أو الإذن بالتصرف فيه^(١٨). قال الطحطاوي في حاشيته على الدر عن شركة الملك: (وحكمها أن يكون المال مشتركاً، وكل واحد في نصيب الآخر كأجنبي، لا يجوز تصرفه فيه بدون إذن شريكه)^(١٩).

١٤- حاشية الشلبي على تبين الحقائق ٣ / ٢١٢

١٥- وقد سميت شركة ملك لحصولها بأحد أسبابه. انظر: رد المحتار ٣ / ٢٢٣. تبين الحقائق ٣ / ٢١٣، فتاوى النوازل للسمرقندي ص ٢٢٢، حاشية الطحطاوي على الدر ٣ / ٥١١، المعاملات الشرعية المالية لأحمد إبراهيم ص ٢٠٦، مجلة الأحكام العدلية م ١٠٦٠، مرشد الحيران م ٧٤٥.

١٦- م ٧٤٦ من مرشد الحيران، و م ١٠٦٢، ١٠٦٣، ١٠٦٤ من المجلة العدلية، رد المحتار ٣ / ٢٢٣، الشركة لابراهيم عبد الحميد ص ١٩، الموسوعة الفقهية الكويتية ص ٢٠ - ٢٢

١٧- الدر المنتقى ١ / ٧١٤، رد المحتار ٣ / ٢٢٣

١٨- مجمع الأنهر ١ / ٧١٥، تبين الحقائق ٣ / ٢١٢

١٩- حاشية الطحطاوي ٣ / ٥١٠



تخريج مسألة الشركة في المشاركة المتناقصة:

٦. بناء على ما تقدم في بيان حقيقة وخصائص كل من شركة العقد وشركة الملك في النظر الفقهي، فإن اتفاق الشريكين في المنظومة الموسومة بـ (المشاركة المتناقصة) على بنائها على أساس الاشتراك في تملك عقار أو غيره من المستغلات، لا يترتب عليه ولا ينشأ عنه شركة عقد بحسب المفهوم الاصطلاحي لها، وإنما يتولد عنه شركة اختيارية بملك، وذلك لأمرين:

أحدهما: أن تلك الشركة ليس المقصود بها الربح أو الكسب الذي ينشأ عن تصرفات وأعمال شركات العقد، كما أنها لا تتطوي على وكالة من أي شريك لشريكه أو إذن بالتصرف في ماله من أجل تحقيق الربح والاشتراك فيه، وكذلك لا يشترط فيها أن تكون حصة كل شريك من الربح أو الكسب محددة بجزء شائع منه معلوم النسبة إلى جملته.

والثاني: أنه لا فرق في النظر الفقهي بالنسبة إلى شركة الملك الاختيارية بين أن يقع تملك شخصين فأكثر عينا مالية على التعاقب أو مصادفة دون اتفاق أو تراض مسبق بينهما، وبين أن يقع في عقد واحد أو صفقة واحدة، بناء على اتفاق أو تراض متقدم بينهم، حيث أن الفارق بين هذه الأحوال غير مؤثر في الحكم الشرعي على ذلك الاشتراك بأنه شركة ملك لا شركة عقد. وقد نبه العديد من الفقهاء على اختلاف مذاهبهم إلى هذا المعنى في نصوص واضحة صريحة، منها:

أ. قول الكاساني: (شركة الأملاك نوعان: نوع يثبت بفعل الشريكين، ونوع يثبت بغير فعلهما. فأما الذي يثبت بفعلهما، فنحو أن يشتريا شيئاً أو يوهب لهما أو يوصى لهما أو يتصدق عليهما، فيقبلا، فيصير المشتري والموهوب والموصى به والمتصدق به مشتركا بينهما شركة ملك، وأما الذي يثبت بغير فعلهما: فالميراث، بأن ورثا شيئاً، فيكون الموروث مشتركا بينهما شركة ملك)^(٢٠).

ب. تعريف السعدي، قاضي القضاة، ورئيس الحنفية في بخارى في القرن الخامس الهجري لشركة الملك - التي كان يطلق عليها في بخارى في عصره شركة الخاص، نظراً لكون الملك فيها مخصوصاً بالشركاء - بقوله (هي أن يرثا ميراثاً، أو يقبلا وصية، أو توهب لهما هبة متساوية بينهما، أو يشتريا مالا، عبداً أو دابة أو غيرهما بصفقة واحدة. وهذه شركة وقعت لهما فيما ذكرنا ليست بشركة عقد يعقدان عليها)^(٢١).

ج. نص م (١٠٦٠) من (مجلة الاحكام العدلية) على أن شركة الملك هي كون الشيء مشتركا بين أكثر من واحد، أي مخصوصاً بهم، بسبب من أسباب التملك، كالاشتراء، والاتهاب وقبول الوصية، والتوارث، أو بخلط أموالهم أو اختلاطها بصورة لا تقبل التمييز والتفريق، كأن اشترى اثنان مثلاً مالا، أو وهبه أحد لهما، أو أوصى به وقبلا، أو ورث اثنان مالا، فيصير ذلك المال مشتركا بينهما، ويكون كل منهما شريك الآخر في هذا المال).

قال العلامة علي حيدر في شرح هذه المادة: (مثلاً: لو اشترى اثنان أو أكثر مالا بعقد واحد أو بعقود متعددة، أو وهبها أحد مالا، أو أوصى به، أو تصدق به عليهما، أو اهداه لهما، فقبلا الهبة أو الوصية أو الصدقة أو الهدية، أو ورث اثنان أو أكثر مالا، يكون ذلك



المال مشتركاً بينهما، ويكونان ذوي نصيب في ذلك المال، ومشاركين فيه، ويكون كل واحد منهما شريك الآخر فيه، ويسمى المال مشتركاً، ومشاركاً فيه، بصيغة اسم المفعول، ويسمى أصحاب المال مشاركين ومشاركين ومشاركين وذوي نصيب^(٢٢).

د- ما جاء في م (٩٨٧١) من (مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد) في بيان صفة شركة الملك، ونصه: (إذا تملك اثنان فأكثر عينا أو منفعة بسبب من أسباب الملك أو عقد واحد، كشراء، واتهاب، وإرث، واستتجار، وقبول وصية ونحو ذلك فتلك العين أو المنفعة مشتركة بينهما شركة ملك).

ه- ما جاء في م (٤٤٧) من (مرشد الحيران) ونصها: (الشركة على نوعين): شركة بملك، وشركة بعقد). وم (٥٤٧) منه ونصها: (شركة الملك هي أن يملك اثنان فأكثر عينا أو دينا بسبب من أسباب الملك). وم (٦٤٧) منه ونصها: (شركة الملك نوعان: شركة اختيارية، وشركة جبرية. فالشركة الاختيارية هي أن يملك الشريكان أو الشركاء مالا بشراء أو هبة أو وصية أو خلط لأموالهم باختيارهم. والشركة الجبرية: هي أن يملك الشريكان أو الشركاء مالا بآرث أو باختلاط المالكين بلا اختيار المالكين اختلاطاً لا يمكن معه تمييزهما حقيقة بأن كانا متحدي الجنس أو يمكن التمييز بينهما بمسقة وكلفة، بأن كانا مختلفين جنساً).

و- تنبيه الشيخ عليش المالكي في معرض تعريفه لشركة العقد^(٢٣) الى أن شركة المبتاعين شيئاً بينهما ليست بشركة عقد، إذ لا إذن لهما في التصرف به. ومراده بذلك أن اجتماع شريكين فأكثر في ملك عين باختيارهما في عموم الأحوال إنما يُشكّل شركة ملك، لا شركة عقد^(٢٤).

ز- تعريف وبيان الفقيه المحقق الدكتور إبراهيم عبد الحميد لشركة الملك الاختيارية بقوله: (هي التي تكون بإرادة الشريكين أو الشركاء، سواء بواسطة عقد أم بدونه، وسواء وقع العقد مشتركاً منذ بدايته، أم طرأ عليه اشتراكهما، أم طرأ الاشتراك في المال بعد العقد.

فمثال ما كان بواسطة عقد مشترك منذ البدء: ما لو اشترى اثنان دابة للجر أو الركوب، أو بهيمة للعمل أو اللبن، أو سيارة للشحن أو غيره، أو بضاعة يتجران فيها، وكالشراء قبول هبة شيء من ذلك أو غيره، أو الوصية أو التصديق به.

ومثال ما كان بواسطة عقد طرأ اشتراكه أو الاشتراك في المال بعده: أن يقع الشراء أو قبول الهبة أو الوصية من واحد، ثم يُشرك معه آخر، فيقبل الآخر الشركة بعوض أو بدونه.

ومثال ما كان بدون عقد: ما لو خلط اثنان ماليهما، وما لو اصطاد اثنان صيدا بشرك نصباه، أو أحياها أرضاً مواتاً^(٢٥).

٢٢- درر الحكام شرح مجلة الأحكام ١١ / ٣

٢٣- بأنها (إذن كل واحد من المشاركين لصاحبه في أن يتصرف في ماله له ولصاحبه مع تصرفهما لأنفسهما أيضاً)

٢٤- منح الجليل ٢ / ٢٧٩

٢٥- الشركة للدكتور إبراهيم عبد الحميد ص ١٨، ١٩، ونص كلامه جاء أيضاً في الموسوعة الفقهية الكويتية ٢٦ / ٢١،

نظراً لكونه كاتب موضوعي (الشركة) و (شركة العقد) فيها.



ح- التحقيق النفيس والتحرير البديع الذي لخصه أستاذنا العلامة الثبت المحقق مصطفى الزرقا رحمه الله بقوله:

(إن الملكية الشائعة إنما تكون دائماً في شيء مشترك، فهذه الشركة إذا كانت في عين المال فقط دون الاتفاق على استثماره بعمل مشترك تسمى (شركة ملك) وتقالها (شركة العقد) وهي أن يتعاقد شخصان فأكثر على استثمار المال أو العمل، واقتسام الربح، كما في الشركات التجارية أو الصناعية)^(٢٦).

ثم قال: (الشركة في ذاتها قد تكون شركة في ملك مشترك بين عدة أشخاص ناشئة عن سبب طبيعي كالإرث مثلاً. وقد تكون شركة عقد بأن يتعاقد جماعة على القيام بعمل استثماري يتساعدون فيه بالمال أو بالعمل، ويشتركون في نتائجه.

شركة الملك هي من قبيل الملك الشائع، وليست من العقود، وإن كان سببها قد يكون عقداً، كما لو اشترى شخصان شيئاً، فإنه يكون مشتركاً بينهما شركة ملك، ولكن ليس بينهما عقد على استغلاله واستثماره بتجارة أو إجارة ونحو ذلك من وسائل الاسترباح)^(٢٧).

وختاماً أقول: لقد دلت النصوص الفقهية المتقدمة على نحو لا يدع مجالاً للشك على أن من صور شركة الملك الاختيارية ما وقع بواسطة عقد شراء مشترك لعين مالية جرى الاتفاق عليه بين طرفين منذ البدء، وهي مطابقة للصورة التي يجري عليها العمل في المنظومة التمويلية الموسومة بـ (المشاركة المتناقصة) فليتأمل.



مؤتمر شورة الفقهي الثامن 8th Shura Fiqh Conference

فندق فور سيزونز - دولة الكويت
12-11 ربيع الآخر 1441 هـ - 9-8 ديسمبر 2019 م

البحث الثاني

المشاركة المتناقصة لتمويل الأصول الثابتة

فضيلة الشيخ / د.خالد بن محمد السيار

الرعاة الرئيسة



بيت التمويل الكويتي
Kuwait Finance House



موفنتيك
فندق وريزيدنس برج هاجر مكة



الرعاة الفضية

بنك بويان
Boubyan Bank

الرعاة الذهبية

الإحتياز
ALIMTAZ GROUP

الرعاة البلاطينية

البنك الأهلي المتحد
ahli united bank



النقل المحلي



شركة سمكار لخدمات
تأجير السيارات

الشريك الاستراتيجي



اتحاد مصارف الكويت
Kuwait Banking Association

بالتعاون مع



الجمعية الإسلامية للبنوك والتجارة

تنظيم



بيت التمويل الكويتي
Kuwait Finance House



بسم الله الرحمن الرحيم

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

فهذه ورقة موجزة في هذا الموضوع، أكتبها بناء على طلب الجهة المنظمة المشرفة على مؤتمر شورى الفقهي الثامن، المتوقع انعقاده في الكويت في شهر ربيع الثاني ١٤٤١هـ (ديسمبر ٢٠١٩م).

وحرصا على الإيجاز، وطلبا للاقتصاد في الكتابة، للتركيز في المطلوب في ضوء كتاب الاستكتاب، فقد جعلت هذه الورقة في النقاط التالية:

١. هدف الورقة وحدودها .
 ٢. الاجتهادات السابقة في هذه المسألة .
 ٣. تعريف شركة الملك وشركة العقد وأحكامهما .
 ٤. تعريف المشاركة المتناقصة وتخريجها الفقهي .
 ٥. تطبيقات المشاركة المتناقصة .
 ٦. مقترح توصية .
 ٧. ملحقات الورقة .
- والموضوع جدير بالإفراد بالبحث والدراسة وإصدار معيار شرعي خاص بشأنه من أيوفي، يستوعب حقيقة شركة الملك وضابطها وأقسامها وأحكامها وتطبيقاتها بما في ذلك صور المشاركة المتناقصة محل الورقة .
- وتأتي هذه الورقة في سياق الطبيعة التراكمية للبحث العلمي، وهي تستكمل الجهود والأعمال السابقة وتبني عليها، لتكون ممهدة لإنضاج الموقف الشرعي من هذه المعاملة .
- وبالله تعالى التوفيق، والله من وراء القصد، وعليه قصد السبيل .



(١)

هدف الورقة وحدودها

أولاً: هدف الورقة:

١. سبق عرض هذا الموضوع في مؤتمر شورى الفقهي السادس (عام ٢٠١٥م)، ولم تصدر توصية بشأنه، لأسباب مختلفة، وترغب الجهة المنظمة إصدار توصية لإقفال الموضوع، وإصدار التوصيات والقرارات من شأنه الانتفاع بالمحافل العلمية على نحو أمثل.
٢. تحرير التخرّيج الفقهي لهذه الممارسة الشائعة في تطبيقات المؤسسات المالية الإسلامية، والتي جرى الاصطلاح على تسميتها (المشاركة المتناقصة). وهل هي شركة ملك أم شركة عقد، للفروق المؤثرة بينهما في الآثار والنتائج والأحكام.

ثانياً: حدود الورقة:

١. يقصد بهذه الورقة، المشاركة المؤقتة التي تنتهي بالتملك، والتي يكون الغرض منها التمويل، وغالباً ما تكون في تمويل المساكن، إضافة إلى بعض نماذج أصول صكوك الإجارة أو صكوك محافظ التمويل.
٢. وتقتصر الورقة على بحث الأصول الثابتة (العقارات) دون سواها لحصر النقاش فيها للوصول إلى توصية مناسبة تحصل على أغلبية الحضور، فلا يدخل في الورقة في هذه المرحلة من البحث، الأصول المنقولة مثل سلع التاجر التي يدفع ثمنها بواسطة اعتماد مستندي (أو ما يسمى اعتمادات المشاركة في بعض المؤسسات)، أو الحصص في شركات قائمة.
٣. كما لا يدخل في هذه الورقة، من باب أولى، عموم استخدام عقد المشاركة في تعاملات المؤسسات المالية الإسلامية، مثل الصناديق الاستثمارية أو حسابات الاستثمار (ودائع المضاربة) أو صكوك المضاربة، أو المشاركة التي تحصل بين العملاء في سلع المعادن الدولية لغرض التورق، أو المشاركة التي تحصل بين حملة وثائق التأمين الإسلامي القائمة على أساس شركة المناهدة، أو غيرها من الممارسات.

(٢)

الاجتهادات السابقة في هذه المسألة

هناك عدد من الاجتهاد السابقة في هذا الموضوع، منها حسب اطلاع كاتب الورقة:

أولاً: اجتهادات جماعية:

١. قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي بشأن المشاركة المتناقصة عام ١٤٢٥هـ (٢٠٠٤م). ملحق بالورقة.



٢. المعيار الشرعي رقم (١٢) بشأن الشركة عام ١٤٢٣هـ (٢٠٠٢م). ملحق بالورقة.
٣. المعيار الشرعي رقم (٥٨) بشأن إعادة الشراء، بند (المشاركة المتناقصة)، عام ١٤٣٨هـ (٢٠١٧م). ملحق بالورقة.
٤. معيار شرعي بشأن شركة الملك صادر عن الهيئة الشرعية للبنك المركزي الباكستاني، بتاريخ ٨ أبريل ٢٠١٣م. وهو أوفى اجتهاد جماعي وقفت عليه. ملحق بالورقة.
٥. أعمال مؤتمر شورى الفقهي السادس بشأن (تطوير المشاركة المتناقصة) عام ٢٠١٥م.
٦. أعمال مؤتمر شورى الفقهي السابع بشأن (الإضافة إلى المستقبل في عقدي البيع والإجارة، حكمها وأثرها في تطوير العمل بمنظومة المشاركة المتناقصة) عام ٢٠١٧م.

ثانياً: اجتهادات فردية:

١. كتاب الشركات وأحكامها في الفقه الإسلامي، للشيخ د. محمد تاويل رحمه الله، وهو رسالة دكتوراه، وهو من أوفى من رأيته قد حرر شركة الملك على نحو واسع، في النصف الأول من كتابه من ص ٣١ إلى ص ٢٦٩.
 ٢. بحث د. عبدالستار أبو غدة بعنوان: (تكييف شركتي العقد والملك، وأثره في تطبيقات الصكوك والمشاركة المتناقصة).
 ٣. ورقة للشيخ د. نزيه حماد الذي كتبه لهذا المؤتمر عن هذا الموضوع بعنوان (التكييف الفقهي للشركة التي تقوم عليها منظومة المشاركة المتناقصة: أهي شركة ملك أو شركة عقد؟).
 ٤. ورقة للشيخ د. علي الندوي بعنوان (الفرق بين شركة الملك وشركة العقد).
 ٥. بحث قانوني بعنوان (شركة الملك وفقاً للقانون الوضعي والشريعة الإسلامية) تأليف: علي دروبي، ط. مكتبة زين الحقوقية، عام ٢٠٠٦م.
 ٦. تناول عدد من أعضاء المجلس الشرعي لأبوي في هذه المسألة في ثنايا أبحاث لهم سيأتي ذكرها في الورقة^١.
- وغيرها من الأعمال والجهود العلمية^٢.

١- بحوث في قضايا فقهية معاصرة، بحث الصكوك، تقي عثمان ج ٢ ص ٢٧٤ إلى ص ٢٧٦، أبحاث ندوة مستقبل العمل المصرفي الإسلامي، بحث الصكوك، د. أسيد كيلاني ج ٤ ص ٢٠٣ إلى ص ٢٠٨.

٢- جرت مناقشات علمية مفيدة في هذا الموضوع في بعض المجموعات العلمية منها (منتدى الاقتصاد الإسلامي) وهي جديرة بالاطلاع عليها والإفادة منها.



(٣)

تعريف شركة الملك وشركة العقد وأحكامهما

أولاً: تعريف شركة الملك وشركة العقد:

١. توطئة:

شركة العقد هي المقصودة عند إطلاق الشركة في الفقه الإسلامي والقانون المقارن، وهي المقصودة بكتاب الشركات في المدونات الفقهية، وهي أظهر من التعريف بها، فليست محلاً للبحث أو الاشتباه. بينما يتناول الفقهاء شركة الملك وأحكامها في أبواب مختلفة، منها القسمة والصلح والجوار والشفعة والهبة والإرث والوصية وغيرها.

جاء في الفتاوى الهندية: (الشركة نوعان: شركة ملك، وهي أن يمتلك رجلان شيئاً من غير عقد الشركة بينهما، كذا في التهذيب. وشركة عقد، وهي أن يقول أحدهما شاركتك في كذا ويقول الآخر قبلت، هكذا في كنز الدقائق)^٢.

٢. تعريف شركة الملك:

لقد عرف الفقهاء شركة الملك تعريفات متقاربة، منها:

١. تعريف الحنفية: (شركة الأملاك: العين يرثها رجلان أو يشتريانها، فلا يجوز لأحدهما أن يتصرف في نصيب الآخر إلا بإذنه، وكل منهما في نصيب صاحبه كالأجنبي)^٣.

٢. تعريف المالكية: (قال ابن عرفة: الشركة الأعمية تقرر متمول بين مالكين فأكثر ملكاً فقط)^٤. فأخرج ما ليس بتمول، مثل النسب والقصاص والولاية^٥.

٣. وعرفها الشافعية مع شركة العقد بأنها: (ثبوت الحق ولو قهراً شائعاً في شيء لأكثر من واحد أو عقد يقتضي ذلك كالشراء)^٦.

٤. وعرفها الحنابلة: بأنها (اجتماع في استحقاق)، وهي: (شركة في المال، كاشين ملكاً عينا بمنافعها بإرث أو شراء أو هبة ونحوها، أو ملكا الرقبة دون المنفعة أو بالعكس، ويلحق بذلك: ما إذا اشتركا في حق الرقبة كما لو قذفهما إنسان بكلمة واحدة فإنه يحد لهما حداً واحداً)^٧.

٣. مشروعية شركة الملك:

(لا خلاف بين المسلمين في مشروعية شركة الملك، وقد دل الكتاب والسنة والإجماع على مشروعيتها)^٨، (وليس يخالف أحد من أهل الفقه خلافاً يذكر في ثبوت شركة الملك...)

٢- الفتاوى الهندية ٢/٢٠١.

٤- فتح القدير ٦/١٥٣.

٥- مواهب الجليل ٥/١١٨.

٦- الشركات، تاويل ص ٣٧.

٧- تحفة المحتاج ٥/٢٨١.

٨- كشف القناع ٨/٤٧٦.

٩- الشركات وأحكامها في الفقه الإسلامي، د. محمد تاويل ص ٤٢.



وإن لم يصرح بعضهم باسمها بل يتعمد كثير منهم أن يجمعوها في تعريف واحد مع شركة العقد، كما فعل بعض الشافعية^{١٠}. ولعل بهذا يمكن توجيه كلام ابن تيمية عن نفي الشافعي شركة العقد، وذلك بأنه لا يثبت شركة العقد إلا مع شركة الملك التي هي محل اتفاق المذاهب الفقهية^{١١}.

٤. أسماء شركة الملك في الفقه الإسلامي:

لشركة الملك عدة أسماء تختلف باختلاف المذاهب الفقهية:

١. شركة الملك أو شركة الأملاك. وهذه تسمية الحنفية والحنابلة.
٢. شركة العين. وهي من تسميات الحنفية^{١٢}، وهذا من أظهر الأسماء التي تبين حقيقة شركة الملك، بأنها شركة في عين محددة.
٣. الشركة العامة. وهي من تسميات الحنفية أيضا.
٤. الشركة الأعمىة. وهذه تسمية المالكية.
٥. أسماء شركة الملك في القانون المقارن^{١٣}:

كما لشركة الملك عدة أسماء بحسب استعمال القانون المقارن منها:

١. الملكية الشائعة.
٢. الملكية المشتركة.
٣. شراكة في الملك.
٤. شبه الشركة.
٥. حالة الشيوخ.

١٠- الموسوعة الفقهية ٢٦/٢١. والذي أعدد مادة (الشركة) في الموسوعة مع مواد أخرى: مثل (شركة العقد) و (الحوالة) و (المضاربة) و (القسمية) و (الوكالة) و (الإكراه) وغيرها، هو الشيخ العلامة الفقيه أ.د. إبراهيم عبد الحميد إبراهيم سلامة، تخرج في جامعة الأزهر، ولد عام ١٣٢٨هـ (١٩١٠م) وتوفي عام ١٤٠٩هـ (١٩٨٩م)، من أبرز مشايخه الشيخ عيسى منون، ومن زملائه د. عبد الغني عبد الخالق، ومن طلابه د. عبد الستار أبو غدة. عمل خبيراً في الموسوعة الفقهية في وزارة الأوقاف بالكويت، توفي مغموراً ولم يتزوج.

١١- قول ابن تيمية في الفتاوى ٣٠/٧٤: أن شركة العقد (لم يجوّزها الشافعي بناء على أصله، وهو أن مذهبه أن الشركة لا تثبت بالعقد، وإنما تكون الشركة شركة الأملاك خاصة، فإذا كانا شريكين في مال كان لهما نموؤه وعليهما غرمه... والجمهور يخالفونه في هذا ويقولون: الشركة نوعان: شركة أملاك، وشركة عقود، وشركة العقود أصلاً لا تفتقر إلى شركة الأملاك، كما أن شركة الأملاك لا تفتقر إلى شركة العقود، وإن كانا قد يجتمعان). ولذلك قال الشيخ د محمد تاويل رحمه الله بعد نقله كلام ابن تيمية: (المعروف عن الشافعية إثبات شركة العقود). الشركات، تاويل ص ٢٠.

١٢- رد المحتار ٤/٢٩٩.

١٣- ينظر: كتاب شركة الملك وفقاً للقانون الوضعي والشريعة الإسلامية، علي درويبي.



٦. محل شركة الملك:

شركة الملك تكون في العين والمنفعة والحق والدين والنقد، وبعض الحنفية يرى أن شركة الملك لا تكون في الدين^{١٤}، ويجب عنه بأن الورثة شركاء في التركة شركة ملك بما فيها من أعيان وتقود وديون لمورثهم.

ثانياً: أحكام شركة الملك وشركة العقد:

هناك آثار وفروق وأحكام مختلفة بين شركة الملك والعقد، بعضها محل اتفاق بين الفقهاء المتقدمين والمعاصرين، وبعضها محل خلاف ستأتي الإشارة له، كما يقوى الخلاف في تحقيق المناط كما سيأتي في الفقرة التالية، ومن هذه الفروق والأحكام ما يأتي:

١. أهلية الشركاء:

أ. لا يشترط في شركاء شركة الملك من حيث الأصل: العقل ولا البلوغ ولا الرشد ولا أهلية التوكّل والتوكيل.

ب. ولا غير ذلك مما يشترط في شركاء شركة العقد^{١٥}.

٢. شرط الرضا:

أ. شركة العقد لا تكون إلا اختيارية.

ب. بينما شركة الملك تكون اختيارية وإجبارية (إلزامية) مثل الإرث والغنيمية.

٣. محل الشركة:

أ. شركة الملك تصح في كل ما يصح تملكه، سواء جاز بيعه أم لا.

ب. بخلاف شركة العقد فلا تجوز إلا فيما يجوز بيعه، وعند بعض الفقهاء لا تجوز في بعض الأموال مثل العروض^{١٦}.

٤. الشريك أجنبي عن شريكه:

أ. الشريك في شركة الملك: أجنبي عن شريكه، وصرح بذلك عامة الفقهاء في تعريف شركة الملك، فلا يحق لأي من الشريكين التصرف في نصيب شريكه في الملك المشترك بغير إذن شريكه.

ب. وهذا خلافاً لشركة العقد فإنها (مبنية على الوكالة والأمانة؛ لأن كل واحد منهما يدفع المال إلى صاحبه؛ آمنه، وبإذنه له في التصرف؛ وكله. ومن شرط صحتها: أن يأذن كل واحد منهما لصاحبه في التصرف)^{١٧}.

١٤- فتح القدير ١٥٣/٦.

١٥- الشركات، تاويل ص٤٩ و٥٦.

١٦- الشركات، تاويل ص٥٧.

١٧- المغني ١٢٨/٧.



٥. أثر موت الشريك:

أ. تبطل شركة العقد بموت أحد الشريكين أو زوال أهليته.

ب. خلافاً لشركة الملك فإن الجنون والسفه مثلاً لم يمنعاً ابتداءها فلا يؤثر في دوامها، وأما الموت فينتقل نصيب الملك للورثة جبراً، وتستمر الشركة حينئذ بين الشريك وورثة شريكه^{١٨}.

٦. توزيع الربح.

أ. في توزيع الربح على الشركاء في شركة العقد خلاف مشهور، فمنهم من يرى أن الربح على حسب رأس المال، وهو مذهب المالكية^{١٩}، والشافعية^{٢٠}، ومنهم من يرى أن الربح بحسب الاتفاق، وهو مذهب الحنفية^{٢١}، والحنابلة^{٢٢}، وهذا ما استقر عليه الاجتهاد الجماعي، وعليه العمل.

ب. بينما توزيع الربح في شركة الملك يكون بحسب حصص الملكية بالإجماع^{٢٣}.

قال الكاساني: (لا خلاف في شركة الملك أن الزيادة فيها تكون على قدر المال، حتى لو شرط الشريكان في ملك ماشية لأحدهما فضلاً من أولادها وألبانها، لم تجز بالإجماع)^{٢٤}.

وقال ابن رشد: (اتفقوا على أنه إذا كان الربح تابعاً لرؤوس الأموال، أعني إن كان أصل مال الشركة متساويين، كان الربح بينهما نصفين)^{٢٥}. ثم لما حكى الخلاف في توزيع الربح في شركة العقد، ذكر أن من أدلة من يرى أن الربح بحسب رأس المال: القياس على توزيع الربح في شركة الملك، فقال: (وربما شبهوا الربح بمنفعة العقار الذي بين الشريكين، أعني أن المنفعة بينهما تكون على نسبة أصل الشركة)^{٢٦}.

٧. ضمان رأس المال:

أ. لا يجوز في شركة العقد ضمان الشريك لشريكه بالإجماع، للربا والغرر، وهذا حكم ظاهر لا يحتاج مزيد بيان، وعليه استقرت الاجتهادات الجماعية.

ب. بينما في شركة الملك، وباعتبار أن الشريك فيها أجنبي عن شريكه، فيكون ضمانه حينئذ في حكم ضمان الطرف الثالث (الالتزام بالتبرع من طرف ثالث) الذي أجازته الاجتهادات الجماعية.

١٨- الشركات، تاويل ص٥٧.

١٩- الشرح الصغير ٤٦٨/٣.

٢٠- نهاية المحتاج ١٢/٥.

٢١- بدائع الصنائع ٦٢/٦ على ألا يشترط الشريك عدم العمل، ومشى عليه معيار الشركة.

٢٢- كشف القناع ٤٨١/٨ إذا كانت الزيادة في الربح نظير عمل الشريك.

٢٣- مجلة مجمع الفقه الإسلامي، د.عبدالستار أبو غدة ٦٤٨/٢/١٣ و٦٤٩، بحوث في قضايا فقهية معاصرة، تقي عثمانى ج٢ ص٨٠، وج٢ ص٢٧٥، الشركات، تاويل ص٥٥ و٥٦ و١١٦ و٢٩٦ و٣٦٧.

٢٤- بدائع الصنائع ٦٢/٦.

٢٥- بداية المجتهد ٢٥٣/٢.

٢٦- بداية المجتهد ٢٥٣/٢.



٨. الوعد (في عقد الشركة) بالبيع بالقيمة الاسمية:

أ. في شركة الملك يجوز للشريك في عقد الشركة أن يلتزم بشراء حصة شريكه (أو يبيع حصته له) بثمن محدد ولو كان يساوي رأس مالها، ولو أدى ذلك إلى ضمان رأس المال أو جزء منه، فهذا ليس ممنوعاً في شركة الملك كما سبق، ويظهر هذا في تطبيقات المؤسسات المالية عند استخدام عقد المراجعة الذي ينتهي غالباً بتغطية أصل المال وربحه.

وهذا ما جاء في المعيار الشرعي رقم (٥٨) بشأن إعادة الشراء، في البند ٣/٤/٥: (يجوز في شركة الملك أن يبيع الشريك حصته لشريكه مع وعد من البائع بشرائها منه أو وعد من شريكه ببيعها له بقيمتها السوقية أو بما يتفق عليه العاقدان في حينه أو بثمن محدد... وللمشتري أن يؤجر حصته لشريكه)، أي ولو زاد مجموع دفعات الإجارة ودفعة التملك (إن وجدت) عن الثمن الأول، كما هي تطبيقات المؤسسات في الإيجار التمويلي.

وجاء في مستند الأحكام الشرعية للمعيار: (مستند جواز التزام الشريك في شركة الملك بشراء حصة شريكه بثمن محدد، أن الشريك هنا أجنبي في حصة شريكه؛ إذ لا يتصرف أحد الشريكين في نصيب شريكه دون إذنه، فلا يؤدي الالتزام إلى محذور)^{٢٧}.

ب. أما في شركة العقد، فلا يجوز للشريك (في عقد الشركة) أن يلتزم بشراء حصة شريكه بثمن محدد مثل القيمة الاسمية، وهذا ما جاء في قرارات مؤسسات الاجتهاد الجماعي؛ لما يؤدي إليه ذلك من الربا بضمنان الشريك لشريكه، وللغفر بمنافاة ذلك مقتضى المشاركة في الغنم والغرم والريح والخسارة، وهذا المعنى منتف فيما إذا كان الالتزام بالشراء بالقيمة السوقية^{٢٨}.

وقد جاء التأكيد على هذا المعنى في مواطن عدة من قرارات المجامع، والمعايير الشرعية، منها ما جاء في المعيار الشرعي للمراجعة في البند (٥/٢/٢): (يمتع الاتفاق بين المؤسسة والعميل على المشاركة في مشروع أو صفقة محددة مع وعد أحدهما للآخر بشراء حصته بالمراجعة الحالية أو المؤجلة في وقت لاحق)، وجاء في مستند الأحكام الشرعية: (أن ذلك يؤول إلى ضمان الشريك لحصة شريكه، وإلى الربا).

وذهبت بعض الاجتهادات الفرعية^{٢٩} إلى أن هذا ليس من الفروق المؤثرة بين شركة الملك وشركة العقد، وأن الالتزام (بالبيع أو الشراء) بالقيمة السوقية قد يؤدي إلى الغرر الفاحش فيمنع منه^{٣٠}، سواء أكان في شركة الملك أم شركة العقد.

٢٧- المعايير الشرعية ص ١٢٧٨.

٢٨- قرار مجمع الفقه الإسلامي في المشاركة المتناقصة (ملحق)، والمعيار الشرعي للشركة البند ٧/٥، والمعيار الشرعي لإعادة الشراء البند ٥/١/٥ والبند ٢/٤/٥، ومستندات المعايير الشرعية ص ١٢٧٧.

٢٩- أبحاث مؤتمر شوري الفقهي السادس، د. سامي السويلم ص ١٥٢-١٥٥، مع مناقشات المؤتمر عام ٢٠١٥، ودراسات المعايير الشرعية، د. حسين حامد حسان ١٠٠٨/٢-١٠١٢.

٣٠- وهو متعذر في ممارسات المؤسسات المالية، كما أنه يفتح الباب على جواز البيع بثمن متغير (مناقشات مؤتمر شوري الفقهي السادس، د. سامي السويلم، عام ٢٠١٥).

كما يجوز الالتزام بالشراء بالقيمة الإسمية في كل من شركة الملك وشركة العقد على حد سواء، بالشروط التالية:

١. بقاء الأصل عند تنفيذ الالتزام، لئلا يكون من بيع المعدوم.
٢. ألا يكون الشراء الأول من الشريك نفسه؛ لئلا يكون من بيع العينة.
٣. أن يكون المشروع رابحا.

والغرض من هذه الشروط نفي الربا والغرر، فليس في الالتزام بالقيمة الإسمية في نفسه ربا ولا ضمان لرأس المال، لأنه ليس أمرا متحققا في جميع الأحوال.

والذي يظهر لكاتب هذه الورقة أن هذا من الفروق المؤثرة بين شركة الملك والعقد. إلا أن ما جرى به القول بجواز الالتزام بالقيمة السوقية في شركة العقد، وإن كان خارج محل بحث هذه الورقة، لا يظهر أنه يخلو من شبهة الربا، باعتباره في حكم ضمان جزء من رأس المال، ذلك أن القيمة السوقية إن كانت مثل القيمة الاسمية أو أكثر، فهذا ظاهر أنه في حكم ضمان رأس المال، وأما إن كانت أقل فهي في حكم ضمان جزء من رأس المال، وهو ممنوع كضمان أصله، ولم أقف على من فرق بينهما من الفقهاء. ورغم هذا الإيراد الذي لم أجد ما يدفعه، إلا أنني لا أعلم فقيها معاصرا يقول به.

٩. تأجير الشريك حصة من الشركة لشريكه:

أ. أما في شركة الملك: فقد اتفق الفقهاء^{٣١} على جواز إجارة المشاع للشريك في شركة الملك، ونصوا فيها على جواز (إجارة السهم)^{٣٢}، ولو أدى ذلك إلى ضمان رأس المال أو جزء منه، فهذا ليس ممنوعا في شركة الملك كما سبق، ويظهر هذا في تطبيقات المؤسسات المالية عند استخدام عقد الإيجار التمويلي الذي ينتهي غالبا بالتملك وتغطية أصل المال وربحه.

ب. وأما في شركة العقد:

• فإن كان الاستئجار لبعض أعيان الشركة المتاحة للتأجير، فالأصل جوازه، ولم أقف على من منعه إن كان غير مشروط في عقد الشركة، قال ابن قدامة في جملة ما يجوز من تصرفات الشريك في الشركة: (وله أن يستأجر من رأس مال الشركة ويؤجر)^{٣٣}.

• وإن كان الاستئجار لحصة الشريك المشاعة نفسها في شركة العقد:

١. فبعض الفقهاء المعاصرين^{٣٤} يمنعها في شركة العقد، لأن هذا يناه في مقتضى عقد الشركة، ويؤدي إلى قطع الشركة في الربح، فلا يجوز للشريك إجارة حصته في شركة العنان (أو المضاربة) لشريكه، لتناهي العقود، فالشريك (المؤجر) قد ضمن بذلك مبلغا معيناً في الشركة وهو ممنوع.

٣١- بدائع الصنائع ١٨٠/٤، حاشية الدسوقي ٤٤/٤، نهاية المحتاج ٢٧٨/٥، كشف القناع ٧٠/٩.

٣٢- بدائع الصنائع ١٨٠/٤.

٣٣- المغني ١٢٨/٧.

٣٤- أبحاث مؤتمر شورى الفقهي السادس، د يوسف الشيبلي ص ٢٤٨، وظاهر معيار إعادة الشراء.



٢. وبعض الفقهاء المعاصرين^{٢٥}، يرى أنه لا فرق في ذلك بين شركة الملك والعقد، وهذا ظاهر المعيار الشرعي للإجارة ففي البند (٢/١/٥): (يجوز أن يكون محل الإجارة حصة من عين مملوكة على الشبوع، سواء أكان المستأجر شريكا فيها للمؤجر أم لم يكن شريكا فيها)، وهذا قد يشمل شركة الملك وشركة العقد، كما جاء مثله في قرار المجمع ومعيار الشركة (ملحقة بالورقة) في جواز تأجير حصة الشريك في شركة العقد.

(٤)

تعريف المشاركة المتناقصة وتخريجها الفقهي

أولاً: تعريف المشاركة المتناقصة:

جرى تعريف هذه المعاملة في قرار المجمع والمعيار الشرعي للشركة ولدى أكثر الباحثين بأنها عقد شركة يتعهد فيها أحد الشركين بشراء حصة الآخر (تدرجياً) إلى أن يملك المشتري المشروع بكامله.

ووصفها بأنها (متناقصة) الذي قد يوحي بأن هذا التناقص يحصل شيئاً فشيئاً، بأن يحصل التملك (تدرجياً) على دفعات، فهو وصف غير مؤثر ولا مقصود، وأغلب ممارسات المؤسسات المالية الإسلامية على أن التملك يحصل دفعة واحدة، سواء منذ البداية إذا جرى توقيع عقد المرابحة بعد المشاركة، أو عند النهاية إذا جرى توقيع عقد الإيجار التمويلي بعد المشاركة.

على أن هذا التملك التدرجي لا يتناسب مع طبيعة عمل المؤسسات المالية إلا في حال اختيار عقد الإيجار التمويلي مع اختيار التملك التدرجي بالهبة بعد سداد كل دفعة إيجار، أما البيع بالمرابحة على دفعات، فلا يناسب طبيعة مؤسسات التمويل التي تقتضي احتساب أرباح التمويل على حصة الممول كاملة وتحديدها منذ بدء السحب ومنح التمويل.

وأبرز فارق مؤثر يخرج هذه المشاركة التي تمارسها المؤسسات المالية عن المشاركة المعهودة عند الفقهاء، هو وجود عنصر التملك الذي ينقل الأصل إلى العميل، باعتبار أن غرض هذا العقد هو التمويل.

ولذا جاء من أسماء هذا العقد:

١. المشاركة المنتهية بالتمليك.

٢. المشاركة المؤقتة.

وهي أسماء تدل على المقصود وتشمل جميع الصور، وهي في نظري أقرب للمطلوب، إلا إن قيل أن مصطلح (المشاركة المتناقصة) قد بات علماً على هذه المعاملة بجميع صورها. وعلى أي حال فقد جرى عنوان الورقة متابعة لخطاب الاستكتاب، والتزاماً بمحاور المؤتمر.

٢٥- بحوث في المعاملات والأساليب المصرفية الإسلامية، د. عبدالستار أبو غدة ٥١/٥، ومناقشة شخصية من الباحث مع فضيلته على هامش دورة مجمع الفقه الإسلامي الدولي في إمارة دبي في ٦ نوفمبر ٢٠١٩م.



ثانياً: التخريج الفقهي للمشاركة المتناقصة:

الذي تحصل لي بعد الاطلاع على ما وقفت عليه مما كتب في هذا الموضوع من التخريج الفقهي للمشاركة المتناقصة كما تجربها المؤسسات المالية الإسلامية، والمقارنة بينها وجمع الأقوال فيها، أنها تعود إلى ثلاث اتجاهات رئيسية:

١. أنها شركة عقد.

٢. أنها شركة ملك.

٣. أنها شركة مترددة بينهما.

الاتجاه الأول: أنها شركة عقد.

وأبرز أنصار هذا الرأي: د. عبدالستار أبو غدة^{٣٦}، ود. وهبة الزحيلي رحمه الله^{٣٧}.

وهو ظاهر قرار مجمع الفقه الإسلامي (ملحق بالورقة) فقد أجرى عليها أحكام شركة العقد، وإن نص في أول القرار على أنها: (معاملة جديدة).

ومستند هذا الاتجاه: خلط الأموال، ووجود نية الربح من أحد الطرفين أو كليهما.

وعلى هذا الاتجاه: فالمشاركة المتناقصة في المساكن، والعقارات الاستثمارية، والعقارات المؤجرة، والمصانع، والأصول التي تقوم عليها بعض نماذج الصكوك، كلها من قبيل شركة العقد، وينبغي أن تجري عليها أحكامها التي سبق ذكرها في الفقرة السابقة.

الاتجاه الثاني: أنها شركة ملك:

وأبرز أنصار هذا الرأي: د. نزيه حماد^{٣٨}.

ومستند هذا الاتجاه: أن شركة الملك تكون في عين أو منفعة محددة، وشركة العقد تكون في مال يتم تقليبه واستثماره والاتجار به لغرض الاسترباح.

وعلى هذا الاتجاه: فالمشاركة المتناقصة في الأصول الثابتة كالمساكن والعقارات، والسلع التي يدفعها ثمنها بواسطة اعتماد مستندي، والأصول الثابتة التي تقوم عليها بعض نماذج الصكوك هي من قبيل شركة الملك، وتطبق عليها أحكامها.

الاتجاه الثالث: أنها شركة مترددة بين شركة الملك وشركة العقد:

وهو ظاهر اختيار المعايير الشرعية لأبويه، واختار هذا الاتجاه عدد من الفقهاء والباحثين.

٣٦- بحوث في المعاملات والأساليب المصرفية الإسلامية ج ٥ ص ٢٧ و ٢٨ و ٤٦ و ٥٦، وج ٨ ص ٢٥ إلى ٥٢. ومناقشة شخصية من الباحث مع فضيلته على هامش دورة مجمع الفقه الإسلامي الدولي في إمارة دبي في ٦ نوفمبر ٢٠١٩م. لكن قارن مع اجتهاد سابق لفضيلته في مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١٥٩/١/٦.

٣٧- مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١٥٨/١/٦، ١٥٨/٢/١٢، ٤٨٨ و ٦٢٣ و ٦٥٦.

٣٨- التكييف الفقهي للشركة التي تقوم عليها منظومة المشاركة المتناقصة ص ٥، نظرية الوعد الملزم ص ١٤٢، في فقه المعاملات المالية والمصرفية ص ٨٢، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٥١٣/٢/١٣ و ٦٣٣.



١. المعايير الشرعية ففي المعيار الشرعي رقم ١٢ بشأن الشركة الصادر عام ٢٠٠٢م نص صراحة على أن المشاركة المتناقصة تأخذ أحكام شركة العنان، ومن ثم أجرى عليها أحكامها، وأخرج من نطاق المعيار شركة الملك. بينما عقد بندا مستقلا للمشاركة المتناقصة في المعيار الشرعي رقم ٥٨ بشأن إعادة الشراء، الصادر عام ٢٠١٧م (ملحق بالورقة)، وجعلها نوعين شركة عقد، وشركة ملك. وهذا الذي دعاني إلى نظمه تحت هذا الاتجاه.
٢. كما يفرق الشيخ تقي عثمانى بين المشاركة المتناقصة في تمويل المساكن والسيارات التي غرضها الانتفاع الشخصي، فيجعلها من قبيل شركة الملك، ولا مانع من تطبيق أحكامها عليها، خلافا للأصول التي تقوم عليها بعض نماذج الصكوك، وأيضا الاستثمار في المستغلات والمشروعات التجارية، فهي من قبيل شركة العقد لأن الغرض منها الاسترباح^{٣٩}.
٣. ويرى الشيخ نظام يعقوبي أيضا أنها شركة جديدة لها شبه بشركة العنان وشركة الملك، وهي لشركة الملك أقرب^{٤٠}.
٤. ويرى د.عجيل النشمي أنها شركة مستحدثة فقد تكون شركة عقد وقد تكون شركة ملك بحسب الحال^{٤١}.

الموازنة بين هذه الاتجاهات:

الذي يظهر والله تعالى أعلم، بعد التأمل في تعريف شركة الملك، والنظر في ممارسات المؤسسات المالية الإسلامية، أن ضابط التفريق بين شركة الملك وشركة العقد: هو في أن الشركة بين الطرفين إذا كان غرضها تملك عين محددة (أصل)، دون عمل من أحد الطرفين فيها، ولم يكن غرضها تملك الأعيان لبيعها أو الاتجار فيها بتقليب عروض الشركة، فتكون من قبيل شركة الملك وتطبق عليها أحكامها، ولذا جاء من أسمائها (شركة العين)^{٤٢}.

ولا يؤثر في هذا الضابط قصد التبريح أو جود العائد أو الغلة، كاستغلالها بالتأجير مثلا بغير عمل الشريك^{٤٣}، فهذا لا يخرجها عن كونها شركة ملك، وعلى هذا جرى اصطلاح بعض الفقهاء، فقال: (و جاز كراء دار.. أو نصفها أو نصف كعبد، يعني أنه: يجوز كراء بعض الشيء والبعض الثاني إما لربه أو شريكه، ثم يستعملانه أو يقسما أجرته على قدر الحصص)^{٤٤}.

وأما القول بأنها تنشأ من غير عقد، فالمقصود عقد الشركة، وهذا يكون في شركة الملك الجبرية، ولذا لا يشترط لها الأهلية والرضا، كما يصح أن تكون في ما لا يصح بيعه مثل الثمر الذي لم يبد صلاحه، بينما شركة الملك الاختيارية فلا مانع أن تكون بعقد شركة، وليس هذا مؤثرا فيها.

٣٩- بحوث في قضايا فقهية معاصرة ج ١ ص ٢٢٩ و ج ٢ ص ٢٧٤، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١٣/٢٦٦-٦٤٧. وقد أحال سماحته إلى كتاب الشيخ مصطفى الزرقا رحمه الله في المدخل الفقهي العام ج ١ ص ٢٦٣ و ٥٥١.

٤٠- مناقشات مؤتمر شوري الفقهي السادس عام ٢٠١٥.

٤١- أبحاث مؤتمر شوري الفقهي السادس ص ١١٢ و ١١٣، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١٣/٢٦٨-٥٦٨.

٤٢- في الدر المختار مع رد المحتار ٤/٢٩٩؛ (وركنها في شركة العين اختلاطهما، أي الملك، فإنها في مقابلة العقد الذي هو عرض غير عين).

٤٣- الشركات، تاويل ص ١٢٤.

٤٤- الشرح الصغير ٤/٦٠.



وبناء على ذلك:

فيكون من قبيل شركة الملك^{٤٥}: الأصول الثابتة كالمساكن والعقارات^{٤٦}، والأصول المنقولة كالعدات والسيارات والسلع التي يدفعها ثمنها بواسطة اعتماد مستندي^{٤٧} (ما يسمى اعتمادات المشاركة في بعض المؤسسات^{٤٨})، والأصول الثابتة التي تقوم عليها بعض نماذج الصكوك مثل صكوك الإجارة وصكوك محافظ التمويل، التي يعمد فيها المصدر إلى بيع جزء شائع من محفظته التمويلية القائمة على أصول مؤجرة إلى حملة الصكوك، أو بيع جزء شائع من أعيان مملوكة له إلى حملة الصكوك ثم استئجارها منهم.

أما إن كانت المشاركة بين الطرفين تقوم على أموال وعروض يتم تقليبها واستثمارها لغرض الربح، مثل ودائع المضاربة (حسابات الاستثمار)، وصناديق الاستثمار التي يقوم نشاطها على شراء السلع وبيعها بالأجل (صناديق المربحات)، وصكوك المضاربة في نشاط الشركة أو البنك، فهي من قبيل شركة العقد^{٤٩}، وتطبق عليها أحكامها. وليست هذه الصور محلاً للبحث في هذه الورقة.

كما أن هناك صور من المشاركة لدى المؤسسات هي من قبيل شركة الملك فيما يظهر للكاتب، إلا أنها ليست محلاً للبحث في هذه الورقة أيضاً كما سبق ذكره، ومن ذلك:

١. المشاركة التي تحصل بين العملاء المتمولين في تمويل المساكن وهو ما يسمى بعقود التضامن^{٥٠}.
٢. الشركة بين العملاء المتمولين في السلع الدولية المستخدمة في التورق، سواء اشترك عملاء في معادن كما في بورصة لندن، أو المشاركة في زيت الطعام كما في بورصة ماليزيا^{٥١}.
٣. علاقة حملة الوثائق فيما بينهم في نموذج التأمين التعاوني قائمة على شركة الملك استناداً إلى شركة المناهدة.
٤. الشركة في المنفعة بين المنتفعين في عقد التملك الزمني (التايم شير) التي تنشأ بينهم شركة ملك في المنافع المشاعة، ويتقاسمون بها المهايأة الزمانية.
٥. الشركة في الحقوق، مثل الاشتراك في تأليف الكتب بالاشتراك بين الباحثين.

٤٥- جاء في فتوى ندوة البركة ٧/١٥ فترة (ب) عام ١٩٩٨م: (يترتب على إسهام العميل في ثمن العين التي يشتريها البنك لإيجارها له، أن يصبح العميل شريكاً للمصرف في العين شركة ملك بنسبة إسهامه).

٤٦- قرارات الهيئة الشرعية لمصرف الراجحي ج ٢ ص ١١٢١، قرارات الهيئة الشرعية لمصرف الإنماء رقم ٩ عام ٢٠٠٩م، ٤٧- قرارات الهيئة الشرعية للبنك الأهلي التجاري ج ٢ ص ٤٨، و قرارات الهيئة الشرعية لمصرف الراجحي ج ٢ ص ١١٤٤ وعنوان القرار (إجازة اتفافية إنشاء شركة ملك)، وقرارات الهيئة الشرعية لمصرف الإنماء رقم ٤٢ عام ٢٠٠٩م.

٤٨- هذا استعمال الهيئات الشرعية لبنوك المملكة. ينظر مثلاً: الضوابط المستخلصة ص ٧١. وقد يطلق «اعتماد المشاركة» على الاعتماد المستندي الجماعي الذي يشترك في إصداره أكثر من بنك، وليس هذا مقصوداً هنا، ينظر: المعيار الشرعي رقم (١٤) بشأن الاعتمادات المستندية، بند ١٠/٢/٢، وأبحاث مؤتمر شورى الفقهي السابع ص ٢١٦ د.عبدالستار أبو غدة.

٤٩- قرارات الهيئة الشرعية للبنك الأهلي التجاري ج ١ ص ٣٩٨.

٥٠- قرارات الهيئة الشرعية للبنك الأهلي التجاري ج ١ ص ٦٧.

٥١- بحث د.أسيد كيلاني بشأن البطاقات في ندوة البركة، وبحث ودائع المراجعة د.يوسف الشبيلي.



٦. بعض الاجتهادات ترى أن العلاقة التعاقدية بين حملة الصكوك هي شركة ملك دوماً بغض النظر عن نوع العقد الشرعي الذي أنشئ الصك على أساسه، ويتكرر هذا الاجتهاد في علاقة ملاك وحدات الصناديق الاستثمارية فيما بينهم، وعلاقة أصحاب حسابات الاستثمار فيما بينهم^{٥٢}، وعلاقة المساهمين فيما بينهم في شركة المساهمة لا سيما على القول بأن السهم حصة في الشخصية الاعتبارية^{٥٣}، وهذا خلافاً للاجتهادات الجماعية في هذه المسألة.

(٥)

تطبيقات المشاركة المتناقضة

هناك تطبيقات متفرقة للمشاركة المتناقضة محل البحث، في ممارسات المؤسسات المالية الإسلامية رأت بعض الاجتهادات الشرعية تخريجها على شركة الملك، ورتبت عليها آثارها، وليس من غرض الورقة دراستها أو مناقشتها، فهذا يخرج الأمر عن مقصوده، وإنما المقصود استصحابها عند بيان الحكم في هذه المسألة، لا طراد الأحكام وعدم تعارضها، فمن هذه التطبيقات:

١. الشركة في التمويل العقاري، التي تكون المشاركة فيها بين الممول مع الممول.
٢. الشركة في أصول منقولة يدفع ثمنها بواسطة اعتماد مستندي فيما يسمى اعتمادات المشاركة في بعض المؤسسات في المملكة كما سبق.
٣. الشركة في الأصول الثابتة التي تقوم عليها بعض نماذج صكوك الإجارة وصكوك محافظ التمويل.

(٦)

مقترح توصية^{٥٤}

١. تقوم المنظومة التمويلية المستحدثة الموسومة بـ«المشاركة المتناقضة»^{٥٥} على إحداث (إنشاء) شركة ملك مؤقتة في العقار (أو المشروع^{٥٦}) المراد تمويله بين المصرف الممول والعميل طالب التمويل. وفقاً للمفاهيم المسبقة بينهما.

٥٢- بحوث في قضايا فقهية معاصرة، تقي عثمان ج ٢ ص ٨٠.

٥٣- تعليق د. الصديق الضيرير على بحث د. محمد القري عن الشركة ذات المسؤولية المحدودة، فذكر د. الصديق الضيرير أن نوع الشركة بين المساهمين (في ضوء ذلك التخريج) تكون شركة ملك.

٥٤- أصل هذا المقترح من الجهة المنظمة للمؤتمر، وقد علقت عليها بمقترحات، والمأمول هو الوصول إلى صيغة توافقية تحصل على أغلبية الحاضرين.

٥٥- أقترح إضافة العبارة التالية: (أو «المشاركة المؤقتة» أو «المشاركة المنتهية بالتمليك»).

٥٦- أقترح استخدام كلمة (الأصل) بدلا عن كلمة (المشروع) الذي قد يطلق على عروض يتم تقليبها.



٢. وتتألف هذه المنظومة، بحسب طبيعتها، والغرض التمويلي المقصود من إبرامها، من مجموعة عقود والتزامات مترابطة الأجزاء، متعاقبة المراحل، وفقا لنظام هيكلتي يحكمها كمعاملة واحدة، لا تقبل التفكيك أو التغيير أو الاجتزاء، يجري التواطؤ (التفاهم) المسبق بين طرفيها على إنشائها على نسق محدد، ونظام مرتب، يؤول ويفضي الى تحقيق الغرض التمويلي الذي اتجهت إرادة العاقدين وقصدهما إلى بلوغه.

٣. أما بنود اتفاقيتها بحسب مراحل تنفيذها، فتكون على النسق الآتي:

أولاً: بتعهد (التزام) كل واحد من طرفيها بالاشتراك مع الآخر في تملك الأصل (محل التمويل) بعقد شراء من ماله بالحصص النسبية الشائعة المتفق عليها بينهما. وتعتبر هذه الشركة المحدثة من قبيل (شركة الملك).

ثانياً: بالمواعدة الملزمة^{٥٧} ببيع الشريك الممول (البنك) حصته من العين المشتركة للعميل^{٥٨} منجمة (مفرقة) على بيعات متعددة متوالية مضافة إلى المستقبل، معلومة المقادير النسبية من الملك المشترك، ومحددة الأثمان بالقيمة الاسمية، أو غيرها مما يقع عليه تراضيهما منذ البداية. ولا يخفى أن المواعيد الملزمة بالبيع بثمن معلوم في أجل معلوم من الطرفين هي عقود بيع مضاف إلى المستقبل حكما وتقديرا في النظر الفقهي^{٥٩}، وأن البيع المضاف الى المستقبل صحيح لازم على الراجح من أقاويل الفقهاء إذا كانت العين المبيعة مأمونة الهلاك وتغير الصفات التي كانت عليها وقت المواعدة عند حلول الأجل الذي أضيف اليه البيع في المستقبل، لعدم ثبوت دليل شرعي مانع. (انظر البند الأول والثاني من قرار مؤتمر شوري الفقهي السابع في المحور الثاني من «تطوير المشاركة المتناقصة» بالإضافة إلى المستقبل في عقدي البيع والاجارة، حكمهما وأثرهما في تطوير العمل بمنظومة المشاركة المتناقصة).

ثالثاً: بالمواعدة الملزمة^{٦٠} بتأجير الشريك الممول (المصرف) حصته في الملك المشترك إلى شريكه (العميل) للفترة الزمنية المحددة بأجرة معلومة مسبقا لكل فترة، ولكل نسبة معينة من الحصة، أو بالأجرة التي يتفقان على تحديدها عند مجيء كل فترة زمنية مستقبلية معلومة. ولا يخفى أن المواعيد الملزمة بتأجير الأملاك هي عقود اجارة مضافة إلى المستقبل اعتبارا وتقديرا في النظر الفقهي^{٦١}، وأن حكمها الصحة واللزوم في قول جماهير أهل العلم إذا كانت الأجرة محددة وقت المواعدة. أما إذا كانت غير محددة المقدار وقتها، كتواضعها على اجارة الشريك (الممول) حصته للعميل بالبدل الذي يتفقان عليه عند بداية كل فترة زمنية قادمة (كل عام مثلا)

٥٧- أقترح وضع ثلاث خيارات:

١. البيع المضاف كما صدرت به توصية مؤتمر شوي الفقهي السابع.
٢. الوعد الملزم من طرف واحد، فالأغلب على جوازه، ووجوده يخدم التوصية ولا يؤثر فيها، وعليه عدد من الممارسات.
٣. المواعدة الملزمة كما في التوصية، ويسكت عن تخريجها، فبعضهم يرى جوازها في هذه الصورة إلا أنه يخالف في تخريجها على البيع المضاف، فقد جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي الذي أجاز المواعدة الملزمة في بعض الأحوال: (المواعدة الملزمة لا تاخذ حكم البيع المضاف إلى المستقبل، فلا ينتقل بها ملك المبيع إلى المشتري، ولا يصير الثمن ديناً عليه، ولا ينقذ البيع إلا في الموعد المتفق عليه بإيجاب وقبول).
- ٥٨- أقترح هنا إضافة عبارة (دفعة واحدة أو على دفعات) لتشمل جميع ممارسات المشاركة المتناقصة.
- ٥٩- لو اكتفينا بجواز المواعدة الملزمة في هذه الصورة، دون تخريجها، كسبا للأصوات.
- ٦٠- مثل الاقتراح في (ثانياً). تذكر ثلاث خيارات: الإجارة المضافة، والوعد الملزم من طرف واحد، والمواعدة الملزمة.
- ٦١- لو اكتفينا بجواز المواعدة الملزمة في هذه الصورة، دون تخريجها، كسبا للأصوات.



فإن حكمها الأصلي هو الفساد^{٦٢}، لجهالة الأجرة عند إنشاء المواعدة، حيث إن جهالتها تتنافى مع التراضي الذي هو ركن جميع عقود المعاوضات (إلا أن تكون تجارة عن تراضي منكم) إذ التراضي لا يكون إلا بمعلوم. غير أن هذه الجهالة لما كانت في عقد تبعية أو ضمني في معاهدة مالية مركبة من مجموعة عقود والتزامات في صفقة واحدة، فإنها تكون مغتصرة في النظر الشرعي، بناء على ما قرره جمهور الفقهاء من اغتفار الجهالة في عقود المعاوضات المالية إذا وقعت في التوابع والضمينيات وبذلك أخذ المعيار الشرعي للجمع بين العقود رقم (٢٥) لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية في الفقرة (٢/٢/٥).

٤. وختاماً، فنظراً لتأسيس هذه المنظومة المستحدثة على قواعد الهندسة المالية، فإن جميع ما تتطوي عليه اتفاقيتها الجامعة من عقود والتزامات، تعتبر صفقة واحدة ومعاملة واحدة. ولا يصح أي شيء من أجزائها أو مفرداتها بعقد مستقل أو منفرد.

(٧)

ملحقات الورقة

(أولاً): قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي

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

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

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

٤. يجوز لأحد أطراف المشاركة استئجار حصة شريكه بأجرة معلومة ولمدة محددة، ويظل كل من الشريكين مسؤولاً عن الصيانة الأساسية بمقدار حصته.

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

أ. 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.

٦٢- أقتراح احتواء اجتهاد من يرى جواز الأجرة المتغيرة (قدر الإمكان) كما عليه المجمع والمعايير وغالب الهيئات الشرعية.

- ب. عدم اشتراط تحمل أحد الطرفين مصروفات التأمين أو الصيانة وسائر المصروفات، بل تحمل على وعاء المشاركة بقدر الحصص.
- ج. تحديد أرباح أطراف المشاركة بنسب شائعة، ولا يجوز اشتراط مبلغ مقطوع من الأرباح أو نسبة من مبلغ المساهمة.
- د. الفصل بين العقود والالتزامات المتعلقة بالمشاركة.
- هـ. منع النص على حق أحد الطرفين في استرداد ما قدمه من مساهمة (تمويل).

(ثانياً): المعيار الشرعي بشأن الشركة (أيوفي)^{٦٢}

المشاركة المتناقصة (المبنية من شركة العنان):

١. المشاركة المتناقصة عبارة عن شركة يتعهد فيها أحد الشركاء بشراء حصة الآخر تدريجياً إلى أن يملك المشتري المشروع بكامله. ولا بد أن تكون الشركة غير مشترط فيها البيع والشراء، وإنما يتعهد الشريك بذلك بوعد منفصل عن الشركة، وكذلك يقع البيع والشراء بعقد منفصل عن الشركة، ولا يجوز أن يشترط أحد العقدين في الآخر.
٢. يجب أن تطبق على المشاركة المتناقصة الأحكام العامة للشركات، وبخاصة أحكام شركة العنان. وعليه لا يجوز أن يتضمن عقد الشركة أي نص يعطي أياً من طرفي المشاركة الحق في استرداد حصته من رأس مال الشركة.
٣. لا يجوز اشتراط تحمل أحد الشريكين وحده مصروفات التأمين أو الصيانة ولو بحجة أن محل الشركة سيؤول إليه.
٤. يجب أن يقدم كل من الشريكين حصة في موجودات الشركة، سواء كانت مبالغ نقدية أو أعياناً يتم تقويمها مثل الأرض التي سيقام البناء عليها، أو المعدات التي يتطلبها نشاط الشركة. وتعتمد حصص الملكية الخاصة لكل طرف لتحميل الخسارة إن وقعت، وذلك في كل فترة بحسب تناقص حصة أحد الشركين وتزايد حصة الشريك الآخر.
٥. يجب تحديد النسب المستحقة لكل من أطراف الشركة (المؤسسة والعميل) في أرباح أو عوائد الشركة، ويجوز الاتفاق على النسب بصورة مختلفة عن حصص الملكية، ويجوز استبقاء نسب الأرباح ولو تغيرت حصص الملكية، ويجوز الاتفاق بين الطرفين على تغييرها تبعاً لتغير حصص الملكية دون الإخلال بمبدأ تحميل الخسارة بنسبة حصص الملكية.
٦. لا يجوز اشتراط مبلغ مقطوع من الأرباح لأحد الطرفين.

٦٢- اقتصر على نقل محل الشاهد من المعيار، وهي الفقرة ٢/٢/٢، مع البند (٥) كاملاً. كما يلاحظ أنه قد جاء في نطاق المعيار: لا يتناول هذا المعيار شركة الملك (حالة الشيوخ في الملكية).



٧. يجوز إصدار أحد الشريكين وعدا ملزما يحق بموجبه لشريكه تملك حصته تدريجيا من خلال عقد بيع عند الشراء وبحسب القيمة السوقية في كل حين أو بالقيمة التي يتفق عليها عند الشراء. ولا يجوز اشتراط البيع بالقيمة الاسمية.
٨. لا مانع من تنظيم عملية تملك حصة المؤسسة من قبل شريكها بأي صورة يتحقق بها غرض الطرفين، مثل التعهد من شريك المؤسسة بتخصيص حصته من ربح الشركة أو عائدها المستحق له ليمتلك بها حصة نسبية من حصة المؤسسة في الشركة أو تقسيم محل الشركة إلى أسهم يقتتي منها شريك المؤسسة عددا معيناً كل فترة إلى أن يتم شراء شريك المؤسسة الأسهم بكاملها فتصبح له الملكية المنفردة لمحل الشركة.
٩. يجوز لأحد أطراف الشركة استئجار حصة شريكه بأجرة معلومة ولدة محددة مهما كانت، ويظل كل من الشريكين مسئولاً عن الصيانة الأساسية لحصته في كل حين.

(ثالثاً): المعيار الشرعي بشأن إعادة الشراء (أيوفي)^{٦٤}

٤/٥ المشاركة المتناقصة في العين مع بائعها:

١/٤/٥ هي شراء حصة مشاعة من عين أو مشروع، مع وعد من الشريك البائع بالشراء التدريجي لحصة شريكه. وهي جائزة بالشروط السابقة في البند (٣)، ويراعى ما جاء في البند (٥) من المعيار الشرعي رقم (١٢) بشأن المشاركة والشركات الحديثة.

٢/٤/٥ لا يجوز للشريك في شركة العقد أن يعد شريكه وعدا ملزما بشراء الحصة التي باعها لذلك الشريك إذا كان الوعد بثمن محدد عند صدور الوعد بصرف النظر عن قيمتها السوقية وقت التنفيذ؛ لمنافاة ذلك لمقتضى المشاركة في الغنم والغرم، ويجوز إذا كان الشراء بالقيمة السوقية أو بما يتفق عليه العاقدان في حينه. وينظر البند رقم (٧/٥) من المعيار الشرعي رقم (١٢) بشأن الشركة والشركات الحديثة.

٣/٤/٥ يجوز في شركة الملك أن يبيع الشريك حصته لشريكه مع وعد من البائع بشرائها منه أو وعد من شريكه ببيعها له بقيمتها السوقية أو بما يتفق عليه العاقدان في حينه أو بثمن محدد، مع مراعاة ما جاء في الفقرة (٣) والبند (١/٥) من هذا المعيار، وللمشتري أن يؤثر حصته لشريكه^{٦٥}. ولا ينال في ذلك ما جاء في البند رقم (٧/٥) من المعيار الشرعي رقم (١٢) بشأن الشركة والشركات الحديثة؛ لأن ما جاء فيه وارد في شركة العقد.

٦٤- اقتضرت على نقل محل الشاهد من هذا المعيار الصادر عام ٢٠١٧م، ويعدّ مفسراً ومقيداً لما جاء في معيار الشركة الصادر عام ٢٠٠٢م.

٦٥- يلاحظ أن جواز التأجير لم يذكر في فترة شركة العقد.



(رابعاً): المعيار الشرعي بشأن شركة الملك والمشاركة المتناقصة (المبنية على شركة الملك)^{٦٦}

الصادر عن الهيئة الشرعية للبنك المركزي الباكستاني

في ٨ أبريل ٢٠١٣ م

نطاق المعيار:

١. يطبق هذا المعيار على جميع أشكال الملكية المشتركة، المنظمة على أساس شركة ملكية الأصول أو العقارات باستثناء الديون والتقود.

٢. يطبق هذا المعيار أيضاً على المشاركة المتناقصة المبنية على شركة الملك.

تعريفات:

١. تعريف شركة الملك: هي ملكية مشتركة لشخصين أو أكثر في أصول أو عقارات معينة، دون وجود نية مشتركة للدخول في أعمال فيما يتعلق بهذه الأصول أو العقارات.

٢. علاقة الملاك المشتركين في شركة الملك: يكون كل مالك مشترك مستقلاً عن المالك (المالك) الآخرين، أي أن كل منهم ليس كفيلاً أو ضامناً أو وكيلًا ولا أمينًا، فيما يتعلق بحصة المالك أو المالكين الآخرين المشتركين في الأصول أو العقارات المشتركة.

القواعد العامة لشركة الملك:

أولاً: تنفيذ عقد الشركة:

١. قد تنشأ شركة الملك (الملكية المشتركة) بانتقال حق الملكية بسبب الميراث أو الهدية أو الشراء المشترك. وقد تكون هذه العلاقة القانونية اختيارية كما في حال الشراء المشترك، أو إلزامية (إجبارية) كما في حال الميراث. يجب أن يتم توثيق (تسجيل) هذا الترتيب بطريقة رسمية.

٢. تُحدد الحصة النسبية لكل مالك مشترك في الأصل أو العقار المشترك عند بداية شركة الملك كما تم تقويمها من قبل المقيّم (أو المقيّمين) وفقاً لممارسات السوق أو القيمة العادلة الثابتة التي يتم تحديدها من خلال إبرام اتفاقية متبادلة أو على أساس المساهمة النقدية الذي يساهم بها الملاك المشتركين.

٣. يجوز للمؤسسة التي تقدم خدمات مالية إسلامية تقديم تمويل مؤسسي عن طريق الدخول في شركة الملك مع البنوك التقليدية والمؤسسات المالية الأخرى الخاضعة لضمان الامتثال للعمليات وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية.

٦٦- حصلت على نسخة منه من فضيلة الشيخ إرشاد إعجاز عضو الهيئة الشرعية لأحد البنوك الإسلامية الباكستانية، وعضو اللجنة التحضيرية المشكلة من البنك المركزي الباكستاني لإعداد المعيار، وقد اعتمد من الهيئة الشرعية للبنك المركزي، وصدر عام ٢٠١٣م باللغة الإنجليزية. وقد توليت ترتيب ترجمته إلى اللغة العربية وراجعتها. وقد اقتصر البنك المركزي على هذا المعيار لحاجة سوق التمويل الإسلامي في باكستان إليه، وأما في بقية المعاملات فالبنوك الإسلامية الباكستانية تعتمد على المعايير الشرعية لأبوة.



٤. يحق لكل مالك مشترك بيع أو هبة أو تأجير حصته في الأصل أو الملكية المشتركة إلى مالك (ملاك) مشتركين آخرين أو إلى أي شخص آخر، ما لم يؤثر هذا الإجراء على حق المالك أو الملاك المشتركين الآخرين.
٥. يجوز للمالك المشترك في شركة الملك أن يتعهد بشراء حصة المالك أو الملاك الآخرين بالقيمة الاسمية أو القيمة الدفترية أو القيمة المتفق عليها أو القيمة السوقية؛ على أن يكون هذا التعهد مستقلا عن عقد شركة الملك.
٦. يجوز للمالك المشترك في شركة الملك أن يعوض خسارة المالك أو الملاك الآخرين، في حال أساء التصرف أو الإهمال أو الإخلال بالعقد.
٧. سيعامل أي ربح أو خسارة في الأصول أو العقارات المملوكة ملكية مشتركة لأي سبب من قبل مالكيها المشتركين، على أساس نسبة ملكيتهم.
٨. يجوز للملاك المشتركين إسناد إدارة الأصول أو العقارات المشتركة للمالك المشترك (الملاك) المشتركين، أو تعيين مدير آخر غير المالك أو الملاك المشتركين لإدارة الأصول أو العقارات المشتركة.
٩. يجوز دفع أجرة مقابل إدارة الأصول أو العقارات المشتركة، إلى المالك (الملاك) المشتركين أو للمدير المعين من غير الملاك المشتركين، وستعد هذه المكافأة ضمن مصروفات شركة الملك.
١٠. لا يجوز للمالك (الملاك) المشتركين استعمال حصة (حصص) المالك أو المالكين الآخرين دون الحصول على موافقتهم. ومع ذلك، يمكن للمالك (الملاك) المشتركين استعمال حصة المالك أو الملاك الآخرين، بشروط متفق عليها، مقابل عوض أو بدون عوض.
١١. يجوز للمالك المشترك في شركة الملك أن يشترط أن مالكا مشتركا آخر، يجب أن يوفر ضمانا شخصيا أو تعهدا لتغطية حالات إساءة التصرف أو الإهمال أو الإخلال بالعقد.
١٢. يتحمل جميع المالكين المشتركين المصروفات، بما في ذلك الضرائب، والرسوم المفروضة، والرسوم المتعلقة بالملكية المشتركة، وذلك بما يتناسب مع ملكيتهم.
١٣. يجوز للمالك المشترك الدخول في وعد ملزم لاستمرارية الملكية المشتركة لفترة زمنية متفق عليها بشكل متبادل.

ثانيا: الانسحاب من أو إنهاء شركة الملك:

١. وفقا لأي اتفاقية يتم إبرامها أو من خلال موافقة متبادلة من المالكين المشتركين، يجوز للمالك المشترك سحب حصته من الأصل المشترك أو الملكية المشتركة بعد تقديم إخطار حسب الأصول، إلى المالك (الملاك) المشتركين الآخرين.
٢. يمكن أن يتأثر السحب من خلال بيع أو منح هدية للمالك (الملاك) المشتركين الحاليين أو لأي شخص (أشخاص) آخرين. في حال البيع، قد يتفق الأطراف على القيمة الاسمية أو القيمة الدفترية، أو أي قيمة يتفق عليها، أو القيمة السوقية.

٣. لا يؤدي سحب مالك واحد أو أكثر من الملاك المشتركين إلى إنهاء الملكية المشتركة بين المالك (الملاك) الآخرين.

٤. مع مراعاة البند الفرعي (١٣) من (أولاً)، يجوز للملاك المشتركين الاتفاق على إنهاء الملكية المشتركة قبل الفترة المتفق عليها.

المشاركة المتناقصة (على أساس شركة الملك):

١. المشاركة المتناقصة هي شكل من أشكال الملكية المشتركة في الأصول أو العقارات التي يتعهد فيها أي من المالكين المشتركين بشراء حصة ملكية المالك أو المالكين المشتركين الآخرين تدريجياً، إلى أن يتم نقل ملكية الأصل المشترك أو الملكية المشتركة بالكامل إلى المالك المشترك الذي قام بالشراء.

٢. تطبق القواعد العامة لشركة الملك على المشاركة المتناقصة على أساس شركة الملك.

٣. يجب أن يكون بيع وشراء حصة المالك المشترك في الملكية المشتركة مستقلاً عن عقد الملكية المشتركة.

٤. يجوز لأي من المالكين المشتركين تأجير حصته إلى المالك أو المالكين المشتركين الآخرين بأي مبلغ ومدة محددة. في مثل هذه الحال، يظل كل مالك مشترك مسؤولاً عن الصيانة الأساسية لحصته في الوقت المناسب بينما يتحمل المستأجر الصيانة التشغيلية.

٥. تسري القواعد العامة للإجارة على ترتيب الاستئجار من قبل المالك المشترك لحصته في الأصل أو الملكية المشتركة.

٦. تتضمن ترتيبات المشاركة المتناقصة عدة عقود وتعهدات يجب أن تكون مستقلة عن بعضها البعض ويجب تنفيذها بالتتابع على النحو المنصوص عليه في البند الفرعي (٩) من هذه الفقرة.

٧. يتكون ترتيب المشاركة المتناقصة التي تتكون على أساس الإجارة مما يلي على الأقل:

أ. عقد شركة الملك.

ب. عقد الإجارة.

ج. تعهد من أي مالك (ملاك) مشتركين ببيع أو شراء حصة من المالك أو الملاك الآخرين.

٨. تسري جميع شروط وأحكام أساليب التمويل أو إبرام العقود أو الاتفاقيات ذات الصلة على ترتيب هذه المشاركة المتناقصة.



٩. يكون تسلسل الاتفاقات والتعهدات في المشاركة المتناقضة على النحو التالي:

أ. يجب أن يتم توقيع عقد شركة ملك للملكية المشتركة بين الملاك المشتركين.

ب. يجب أن يكون هناك عقد إجارة بين المؤجر والمستأجر، وأن يكون كلاهما مالك مشترك. يخضع هذا العقد لقواعد الإجارة.

ج. يجوز منح تعهد من أي مالك مشترك لبيع أو شراء حصة من مالك مشترك آخر من قبل (مالك مشترك آخر بصفته مشتريا)، إلى (مالك مشترك آخر بصفته بائعا) بحيث يقوم (المالك المشترك بصفته مشتريا) بشراء جميع الحصص بسعر متفق عليه بشكل متبادل وفقا للفقرة الفرعية (٢) من (ثانيا) إلى أن يتم نقل ملكية الأصل أو العقار بالكامل إليه. يمكن أيضا تقديم تعهد من (المالك المشترك الآخر بصفته بائعا) إلى (مالك مشترك آخر بصفته مشتريا) بحيث يكون مفاده أن (المالك المشترك بصفته بائعا) سيبيع الحصص التي يملكها إلى (المالك المشترك بصفته مشتريا) في حال رغبته في شراء الحصص في وقت يسبق الجدول الزمني المتفق عليه، على النحو المحدد في البند الفرعي (٢) من (ثانيا).

١٠. يتم توثيق بيع الحصص من قبل المالك المشترك إلى المالك المشترك الآخر بالطريقة التي يتفق عليها الملاك المشتركون.

١١. في حال تعذر على المالك المشترك (بصفته مشتريا) الوفاء بتعهدة فيما يتعلق بالدفع والشراء الدوريين، يجوز بيع الأصل المشترك في السوق المفتوحة ويحق للمالك المشترك (بصفته بائعا) استرداد ما يأتي:

أ. الخسارة الفعلية، وهي تمثل الفرق بين سعر السوق والسعر المذكور في التعهد، إن وجد، باستثناء تكلفة الفرصة البديلة. وفي مثل هذه الحالات، يتم تحويل أي ربح ينتج من بيع الأصول أو العقارات المشتركة ويزيد أو يكون أكثر من السعر المذكور في التعهد إلى المالك المشترك (بصفته مشتريا).

ب. بالإضافة إلى ما سبق، يحق للمالك المشترك استرداد مبالغ الإيجار الدورية غير المسددة فيما يتعلق بالفترة التي استعمل فيها المالك المشترك الآخر الأصل أو العقارات المشتركة.



مؤتمر شورة الفقهي الثامن 8th Shura Fiqh Conference

فندق فور سيزونز - دولة الكويت
12-11 ربيع الآخر 1441 هـ - 9-8 ديسمبر 2019 م

البحث الثالث

التمويل بصيغة المشاركة المتناقصه تكييفها وآثارها

فضيلة الشيخ / د. علي السراطوي

الرعاية الرئيسية



بيت التمويل الكويتي
Kuwait Finance House



الرعاية الفضية

موشنبيك
فندق وريزيدنس برج هاجر مكة



بنك بويان
Boubyan Bank

الرعاية الذهبية

الإمتياز
ALIMTAZ GROUP

الرعاية البنلانتية

البنك الأهلي المتحد
ahli united bank



الأهلي
NCB

النقل المحلي



شركة سماتر لخدمات
تأجير السيارات

الشريك الاستراتيجي



بالتعاون مع



الجمعية الإسلامية للتمويل والتجارة

تنظيم



بيت التمويل الكويتي
Kuwait Finance House

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد «صلى الله عليه وسلم» خاتم الانبياء والمرسلين وعلى آله وأصحابه أجمعين وبعد :

بناء على خطاب الاستكتاب الذي وجه إلي من شركة شوري جزاهم الله خيرا لكتابه ورقة عن التمويل بصيغ المشاركة المتناقصة ، تعريف هذه الصيغة وما تنطوي عليه من مجموعه عقود والتزامات مترابطة وكيفية تنفيذها والتكييف الفقهي والقانوني لطبيعتها والاثار الناشئة عنها والحاجه إلى البيع والتأجير المضاف إلى المستقبل وبيان هل يكون ذلك بثمن وأجرة متفق عليها مسبقا أم لاحقا ووضعت ورقة تمهيديه لفضيلة الأستاذ الدكتور نزيه حماد حفظه الله تكلمت عن الشركة وأنواعها وحاول فيها فضيله الأستاذ الدكتور تخريج الشركة على أساس أنها شركة ملك ، ومن نص القرار المقترح للمؤتمر الفقهي الثامن تريد شوري أن تتعامل مع الصيغة على أساس أنها منظومه متكاملة لا تتجزأ .

وبناء على ما تقدم سأركز البحث على ما تم طلبه للمؤتمر أخذا بعين الاعتبار أن طبيعة البحث الشرعي لا تضع نتيجة مسبقة ثم تبدأ بالبحث على الأدلة التي توصل إليها فهذا قد ينفع في فروع علوم أخرى أما البحث الشرعي التأسيلي فالأصل فيه أن الدليل الشرعي والقواعد الفقهية هي التي توصل إلى النتائج فالأصل أن يتقدم الدليل الشرعي فيكون متبوعا، ويتأخر الفهم العقلي فيكون تابعا ولكن هنا نحسن الظن أن ما كان من شركة شوري هو الاسترشاد فقط والبحث هو الذي يوصل إلى النتائج إن شاء الله .

أمر آخر لا بد من التذكير به أن البحث في صيغ التمويل الإسلامي من وجه نظري لا يكتفى له بالنظر فقط في شرعية جزئيه للصيغ دون نظرة أخرى إلى شرعية الصيغة ككل وتكاملها مع مقاصد العقود في الشريعة الإسلامية الغراء .

فمن أهم الامور التي دفعت الشريعة إلى تنظيم العقود أن العقد جامع لمصالح متضاربة بين طرفيه فحرصت الشريعة على تنظيم العقود بطريقة عادلة قائمة على مبدأ الموازنة بين المصالح المتضاربة بين الأطراف وهذا كان أمرا أساسيا في مشروعية العقد ووجدنا الفقهاء يحرصوا عليه في الأحكام الجزئية للعقود فمبدأ التوازن في العقد مرتبط بأصل العدل الذي يعد أصلا من الأصول التي قام عليها التشريع الإسلامي ودعت إليها الشريعة الإسلامية .

فالفقهاء في عقد البيع مثلا قالوا إن ارتباط الأيجاب بالقبول ينقل الملكية للمشتري حكما فتعد هذه نقطة في جانب المشتري ومن أجل مبدأ التوازن وجب بدء المشتري بتسليم الثمن حتى يحصل التوازن بين الطرفين . والذي يستعرض أحكام العقود في الفقه الإسلامي يجد أن المذاهب الفقهية كانت تحرص على هذا المبدأ في تفصيل الأحكام الجزئية للعقود أي إنه كان حاضرا في أذهان الفقهاء عند بحث حكم أي جزئية في عقد من العقود .

والذي يوجب التذكير في هذا المبدأ ما نراه على أرض الواقع حيث إن بعض الهيئات للمؤسسات المالية أو الهيئات العامة التي تهتم بشأن الصناعة المالية الإسلامية قد تغفل عند بحثها في صيغ التمويل الإسلامي لمبدأ التوازن والملاحظ على بعض الصيغ أنه تم الاهتمام بالمشروعية الجزئية للصيغة ودليل ذلك أننا نجد بعض الصيغ في التمويل الإسلامي تميل إلى مصلحة



مؤسسات التمويل على مصلحة العملاء مما يفقد هذه الصيغ مبدأ التوازن الذي هو مقصد شرعي وتشريعي في المذاهب القانونية ويعد الغاية التي من أجلها نظمت التشريعات العقود.

وأمر غير مستغرب أن يقوم محامي المؤسسة الإسلامية عند صياغة العقد بوضع كل الشروط التي تضمن مصلحة مؤسسته لأن هذه هي وظيفته وواجبه بذل العناية اللازمة لمن وكله ولكن لا يجوز للهيئات الشرعية أو الهيئات العامة التي تبحث في مشروعية الصيغ الإسلامية لمؤسسات التمويل الإسلامي أن تقوم بدور محامي المؤسسات أو أن تميل إلى مصالحها على حساب العملاء بل يجب في كل الفتاوي التي تتعلق في صيغ التمويل الإسلامي أن يكون مبدأ التوازن حاضرا فيها فإنه إن تم إغفال هذا المبدأ فستكون مشروعية الصيغ مشروعية شكلية وسيصبح الفارق بين صيغ التمويل الإسلامي والصيغ التقليدية فارقا شكليا فقط مع أن النظام الإسلامي يختلف عن النظام التقليدي اختلافا جوهريا لا شكليا فقط فهو قائم على مبدأ التوازن وأصل العدل.

أولا : تعريف الشركة وأنواعها

أ . الشركة بمعناها العام:

قليل من فقهاء المسلمين من عرف الشركة تعريفا عاما، يشمل جميع أنواعها لأنها تختلف في الشروط والأحكام^١، ونجد عند الحنفية في الدر المنقذ^٢ تعريفا للشركة «اختصاص اثنين فأكثر بمحل واحد، وفي المغني لابن قدامه الحنبلي الاجتماع في الاستحقاق والتصرف»^٣ وجاء في مجله الأحكام العدلية مادة ١٠٤٥ «الشركة في الأصل هي اختصاص ما فوق الواحد من الناس بشيء وامتيازهم به، و عرف القانون المدني الأردني الشركة في المادة ٥٨٢ «عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع مالي بتقديم حصة من مال أو عمل لاستثمار ذلك المشروع واقتسام ما ينشأ عنه من ربح وخسارة» ويلاحظ على تعريف القانون المدني الأردني أنه عرف شركة العقد بمعناها العام أما شركة الملك فأحكامها تدرج تحت باب الملكية الشائعة وأحكامها .

وفي المادة ٥٨٢ يقول القانون المدني الأردني «تعتبر الشركة شخصا حكما بمجرد تكوينها ولا يحتج بهذه الشخصية على الغير إلا بعد استيفاء إجراءات التسجيل».

ب. أنواع الشركة:

الشركات في الفقه الإسلامي لها مفهوم واسع فلم تقتصر على المشاركة في أصل أو في مال فقط وبالمقارنة بين مفهوم الشركة في الفقه الإسلامي والفقه القانوني نجد أن مفهوم الشركة واسع فقها فقد تنشأ وفق هذا المفهوم عدة صيغ من الشركات غير التي وجدت في كتبنا الفقهية فالشركة قد تكون في الربح وكذلك في الأعمال أو بالسمعة والخبرة فضلا عن شركات الأموال ولم يرد دليل على أن الصيغ الواردة في المصادر الفقهية هي الصور المشروعة فقط.

١- أنظر الخياط الشركات في الشريعة الإسلامية ج ١ ص ٢٢

٢- شرح الملتقى ج ٢ / ص ٧٢٢

٣- انظر المغني على مختصر الخرقي لابن قدامه ج ٥ ص ١ وانظر الخياط ج ١ ص الشركات في الشريعة الإسلامية ٢٢



تنقسم الشركات إبتداء في الفقه إلى شركة ملك وشركة عقد وتعرف مجلة الأحكام العدلية شركة الملك في المادة ١٠٦٠ «هي كون الشيء مشتركا بين أكثر من واحد اي مخصوصا بهم بسبب من أسباب التملك كالاشتراء والاتهاب وقبول الوصية والتوارث أو بخلط واختلاط الأموال».

وتنقسم شركة الملك إلى نوعين الاختيارية ١٠٦٣ «الاشترار الحاصل بفعل المشاركين كالاشترار الحاصل في الاشرار والاتهاب وبخلط الأموال بالاتفاق» والجبرية عرفتها المادة ١٠٦٤ «الاشترار الحاصل بغير فعل المشاركين كما في التوارث واختلاط المالين» بدون اتفاق وقد تكلمت المادة ١٠٦٦ «عن أقسام شركة الملك فهي تنقسم إلى شركة عين ودين» وعرفت شركة العين في المادة ١٠٦٧ «الاشترار في المال المعين والموجود كاشترار اثنين شائعا في ملك شاه أو في قطيع غنم» وفي المادة ١٠٦٨ عرفت شركة ملك الدين «كاشترار اثنين أو أكثر في كذا درهم في ذمة اخر» وهو ما يعرف عند الفقه الحنفي بالدين المشترك واشترار للتصرف في الملك المشترك الاتفاق فجاء بالمادة ١٠٦٩ «مثلما يتصرف صاحب الملك المستقل في ملكه كيفما شاء فاصحاب الملك المشترك يتصرفون كذلك بالاتفاق» وفي المادة ١٠٧٢ تقول المجلة «ليس لاحد الشريكين أن يجبر الاخر بقوله بعني حصتك أو اشترى حصتي فإذا كان الملك المشترك قابل للقسمة والشريك ليس بغائب فله حق طلب القسمة فإذا كان غير قابل للقسمة يطلب المهايأة» .

وتكلمت المجلة في المادة ١٠٧٣ «تقسم حاصلات الأموال المشتركة بين الشركاء بنسبه حصصهم فإذا اشترار أحد الشركاء أكثر من حصة لا يجوز» وفي المادة ١٠٧٥ بينت «أن كل واحد من الشركاء في شركة الملك أجنبي في حصة الاخر ولا يعتبر وكيلاً عن الاخر فلا يجوز لأحدهما التصرف في حصة الاخر إلا بإذنه» وفي المادة ١٠٧٨ قالت «إن حصة أحد الشريكين في حكم الوديعه في يد الآخر» وفي المادة ١٠٨٨ «لأحد الشريكين إن شاء يبيع حصته إلى شريكه وإن شاء باعها لآخر دون إذن شريكه إلا في الاختلاط» أي خلط المالين بقوة قاهرة بطريقة يصعب التمييز بينهما فاشترار للتصرف بالإذن.

هذه بعض أحكام وأنواع شركة الملك كما وردت في مجلة الأحكام العدلية وينظر في ذلك أحكام شركة الملك كتاب الدكتور علي الخفيف الشركات في الفقه الإسلامي بحوث مقارنة وكذلك كتاب الدكتور عبد العزيز الخياط الشركات في الشريعة الإسلامية الجزء الأول وهم ردوا أحكامها إلى أحكام الملكية الشائعة التي نظمها القوانين المدنية المعاصرة وعليه فان تم تكييف المشاركة المتناقصة على أساس أنها شركة ملك فستسري عليها أحكام الملكية الشائعة في القانون المدني وهذا التكييف له ايجابياته وله سلبياته كما سنرى لاحقا .

وأما شركة العقد فعرّفها الشيخ علي الخفيف - رحمه الله - في كتابه الشركات في الفقه الإسلامي بحوث مقارنة ص ١٩ «هي شركة تنشأ بالعقد وقد يطلق اسم الشركة على العقد الذي ينشأها وهي بهذا المعنى عقد بين اثنين أو أكثر على الاشرار بالمال وربحه أو على الاشرار في ربحه دون الاشرار في رأس المال» ونقل الدكتور عبد العزيز الخياط تعريفا عن الشيخ المرحوم أحمد أبو الفتح في كتابه المعاملات ج ٢ ص ٤٦٦ «هي عبارة عن تعاقد اثنين أو أكثر على العمل والكسب بواسطة الأموال والأعمال أو الجاه ليكون الغرم بالغنم بينهما أو حسب الاتفاق المشروع» أما مجله الأحكام العدلية فعرّفت شركة العقد في المادة ١٣٢٩ «عقد شركة بين اثنين أو أكثر على كون رأس المال والربح مشتركا بينهما» وفي المادة ١٣٣٣ «تقول يتضمن كل قسم من شركة العقد الوكالة وذلك أن كل واحد من الشركاء وكيلاً للاخر في تصرفه في البيع والشراء».



وهناك بعض التعريفات للفهاء فعند الحنفية جاء في مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ج ١ ص ٧٢٢ «عقد بين المتشاركين في الأصل والربح»، وعند المالكية جاء في شرح الزرقاني على مختصر خليل ٤٠/٦ «إذن من كل واحد من المتشاركين للآخر في التصرف في ما ماله لهما مع بقاء تصرف أنفسهما» وعرفها الشيخ الدردير في أقرب المسالك إلى مذهب الامام مالك ٩٩/٢ بقوله: «عقد مالكي مالين فأكثر على التجر فيهما معا أو عقد على عمل بينهما والربح بينهما بما يدل عليه عرفا».

وعند الشافعية «ثبوت الحق في شيء لاثنين فأكثر على جهة الشيوخ» حاشية البجيرمي على شرح المنهج للأنصاري ١٢/٢ وعند الحنابلة جاء في كشاف القناع على متن الإقناع ٤١٤/٣ «اجتماع اثنين فأكثر في التصرف».

أما القانون المدني الأردني في المادة ٥٨٢ فعرف الشركة بأنها «عقد يلتزم بمقتضاه شخصان فأكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع مالي بتقديم حصته من مال أو عمل لاستثمار ذلك المشروع أو اقتسام ما ينشأ عنه من ربح أو خسارة» وشركة العقد تكلمت عنها اليوم القوانين وهناك في أغلب الدول قانون خاص للشركات نظم أنواعها وأقسامها وقسمها إلى شركات تجارية وهي الكبرى وشركات مدنية وكما أوردنا عن القانون المدني الأردني في المادة ٥٨٣ «تعتبر الشركة شخصا حكما بمجرد تكوينها ولا يحتج بهذه الشخصية على الغير إلا بعد استيفاء إجراءات التسجيل».

ومعنى ذلك أن شركة العقد وهذا في أغلب القوانين السائدة في الدول العربية والإسلامية تكون بالتكوين ذمة مالية مستقلة وأن ما وضعه الشركاء يصبح مملوكا لهذه الذمة المالية ويكون لكل شريك الإذن بالتصرف فيه إلا إذا قصر الشركاء الإذن بالتصرف على أحدهما بعكس شركة الملك الذي يبقى فيه الشخص مالكا لخصته فقط وله مكنة التصرف فيها أجنيا بالنسبة إلى حصة شريكه.

ثانيا. المشاركة المتناقصة

المشاركة المتناقصة صيغة تمويلية حديثة أحدثتها الصناعة المالية الإسلامية حيث إن القوانين التي تحكم المؤسسات المالية في أغلب العالم تحد من حرية الأشخاص المعنويين في تملك الأصول العقارية إلا في حدود الغرض الذي أنشأ الشخص المعنوي من أجله ولذا كان لا بد من أن يكون تملك البنك للأصول لفترة زمنية محددة ثم يخرج من ملكية الأصل.

وتكلم عن المشاركة المتناقصة المجمع الفقهي وكذلك المعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (أيوبي)، حيث كان المعيار ١٢ عن الشركة وأنواعها، وتكلم عن المشاركة المتناقصة، وفي الفقرة ٥ من المعيار ١٢ عرف المعيار المشاركة المتناقصة «شركة يتعهد بها أحد الشركاء بشراء حصة الآخر تدريجيا إلى أن يملك المشتري المشروع بكاملة».

واشترط المعيار وكذلك المجمع الفقهي أن لا يشترط البيع في عقد الشركة وإنما يتعهد الشريك ذلك بوعده مستقل ويقع البيع والشراء بعقد منفصل ولا يجوز أن يشترط أحد العقدين في الآخر ٢/٥/١٢، وأوجب المعيار تطبيق أحكام الشركة على المشاركة المتناقصة وبخاصة أحكام شركة العنان، ولا يجوز حسب المعيار أن يتضمن عقد الشركة أي نص يعطي



أيا من طرفي الشركة الحق في استرداد حصته من رأس مال الشركة ولا يجوز كذلك اشتراط تحمل أحد الشريكين وحده مصروفات التأمين أو الصيانة ولو بحجة أن محل الشركة سيؤول إليه، وأوجب تحديد النسب المستحقة لكل طرف، ولا يجوز اشتراط مبلغ مقطوع .

وأجاز الميعيار ١٢ في البند ٩/٥ لأحد أطراف الشركة استئجار حصة شريكه بأجرة معلومة ولدة محددة مهما كانت ويظل كل من الشريكين مسؤولاً عن الصيانة الأساسية لحصته في كل حين، وفي حال البيع يجب أن يكون البيع حسب الميعيار وقرارات المجمع بسعر الحصة وقت البيع أو بما يتفق عليه حينها لا بالقيمة الاسمية.

وواضح من الميعيار وقرارات المجمع أن تكييف المشاركة المتناقصة كان عندهم على أساس أنها شركة عقد لا شركة ملك ودليل ذلك أن الميعيار ذكر في مقدمته في ص ٣٢٥ من نسخة المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة والمراجعة «يتناول الميعيار الشركات المعروفة في كتب الفقه بأنواعها القائمة على أساس شركة العقد» وقال بعد ذلك «ولا يتناول الميعيار.. ولا شركة الملك حالة الشيوخ في الملكية»، ونص كذلك في البند الخامس من الميعيار فقره ٢ «يجب أن يطبق على المشاركة المتناقصة الأحكام العامة للشركات وبخاصة شركة العنان» فيتضح أن الميعيار وكذلك قرارات المجمع التي أخذ عنها اعتبروا المشاركة المتناقصة أحد صور شركة العقد وعليه يجب أن تبنى أحكامها عليها.

والبحث الاسترشادي الذي قدمته شوري لفضيلة الأستاذ الدكتور نزيه حماد -حفظه الله- بعد أن عرف شركة الملك والعقد وبين أنواع شركة الملك وخصائصها حيث أن الشركاء يختصوا بمحل واحد وامتيازهم به وليس المقصود بها الاشتراك بالربح أو الكسب المتولد نتيجة تصرف الشركاء في المشترك الذي هو مقتضى شركة العقد، وأن كل شريك يعد أجنبياً عن حصة شريكه. وخلص -حفظه الله- إلى أنه بناء على ما تقدم من بيان حقيقة شركة العقد والملك فإن اتفاق الشريكين في المنظومة الموسومة « بالمشاركة المتناقصة» على بناءها على أساس الاشتراك في تملك عقار أو غيره من المستغلات لا يترتب ولا ينشأ عنه شركة عقد بحسب المفهوم الاصطلاحي لها وإنما يتولد عنه شركة ملك اختيارية وذلك لأحد أمرين:

أحدهما: أن تلك الشركة ليس المقصود بها الربح والكسب الذي ينشأ عن تصرفات وأعمال شركات العقد كما أنها لا تتطوي على وكالة من أي شريك لشريكه أو إذن بالتصرف في ماله من أجل تحقيق الربح والاشتراك فيه ولا يشترط فيه أن تحدد حصة كل شريك بجزء شائع معلوم بالنسبة إلى جملته.

والأمر الثاني: أن لا فرق في النظر الفقهي بالنسبة إلى الشركة الملك الاختيار بين أن يقع التملك شخصين فأكثر عينا ماليا على التعاقب أو مصادفة دون اتفاق أو تراض مسبق بينها وبين أن يقع في عقد واحد أو صفقة واحدة بناء على اتفاق أو تراض متقدم بينهم، والفرق غير مؤثر في الحكم الشرعي، وساق فضيلته أدلة للفقهاء وتؤيد ما ذهب إليه.

والذي يرى أن الاختلاف في تكييف صيغة المشاركة المتناقصة بين الميعيار الشرعي رقم ١٢ الذي اعتبرها شركة عقد وكذلك قرارات المجمع التي استند إليها والبحث الشرعي الذي أعده فضيلة الأستاذ الدكتور نزيه حماد - حفظه الله - الذي كَيفها على أساس أنها شركة ملك اختيارية هذا الاختلاف في التكييف سينشأ عنه اختلاف في الأحكام والآثار.



فالأصل أن هذه الصيغة إن كُتبت على أساس أنها شركة عقد أن يطبق عليها جميع أحكام شركة العقد وإن كُتبت شركة ملك أخذت أحكامها، أو ما نظمته القوانين المعاصرة من أحكام الملكية الشائعة.

والسؤال الذي لا بد من طرحه للبحث فيه هل صيغة المشاركة المتناقصة شركة عقد أم شركة ملك ؟ ، أم هي تحمل المعنيين؟، أم قد تكون شركة عقد وقد تكون شركة ملك ؟ وما ميزات كل منهما وسلبياتها؟، أم هي صيغة جديدة لها طبيعتها الخاصة؟، أي تنظم كعقد جديد له أحكامه الخاصة التي تميزه عن غيره من العقود التي تشبهه به ؟ كما وضع في أغلب البلدان الإسلامية قانون خاص للإيجار التمويلي يتميز في أحكامه عن عقد الإيجار.

ثالثاً. تكييف المشاركة المتناقصة:

قلنا سابقاً إن تكييف المشاركة المتناقصة على صيغة شركة ملك أو شركة عقد يتبعه تطبيق أحكام كل منهما، وسأقوم باستعراض تكييفها على أساس كل منهما مبيناً مميزات التكييف وسلبياته حتى نصل إلى الرأي الراجح في المسألة.

أ. تكييف المشاركة المتناقصة على أساس أنها شركة عقد:

أي إنها حصلت بين البنك والعميل على خلط المالين بقصد إنشاء مشروع واقتسام الأرباح والخسائر ثم يقوم البنك ببيع تدريجي لحصته حتى يكون المشروع بشكل كامل للعميل وهذا ما أكده المعيار رقم ١٢ الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة والمجامع الفقهية التي استند إليها المعيار وبهذا التكييف فإن رأس المال الذي يدفعه البنك لا يشترط أن يكون أصلاً في المشروع بل قد يكون سيولة ويجوز أن يذهب لتشغيل المشروع وللبيع الاستهلاكية فيه التي تستخدم للتشغيل، ويجوز الأخذ من رأس مال البنك كذلك أجور العمال أو النفقات والمصاريف الإدارية.

فلو أن المشروع مثلاً كان رأس ماله ٢٠٠ الف ساهم البنك ب ٢٠٠ الف والعميل ب ١٠٠ لف فإن مجموع رأس المال يجوز استخدامه ابتداءً في كل ما يلزم المشروع وتشغيله ولا ينحصر في نوع معين من المال، وهذا التكييف تحتاجه كثير من المشاريع التي تنشأ جديداً وقد تكون بحاجة إلى سيولة لتشغيل المشروع واستكمال رأس مال المشروع مع العميل. والعقد الذي يعقده البنك مع العميل يجب أن ينصب على تنظيم عمل الشركة ولا يجوز أن يشترط فيه البيع لأنه أمر يتنافى مع مقتضاه بل لا بد أن يكون هناك مواعدة مستقلة عن عقد الشركة بالبيع للحصص، وأن يتم البيع بعقد مستقل ثالث، ويكون البيع للحصة في رأس مال الشركة بالسعر الذي يتفق عليه عند البيع أو بقيمتها وقت البيع، ولا يجوز أن يكون البيع بالقيمة الإسمية، وتكون مصروفات الشركة على الأطراف كل بنسبته، ولا يجوز أن تشترط على أحدهما، ويجب تحديد النسبة فيها المستحقة لكل طرف من الأطراف ولا يجوز اشتراط مبلغ مقطوع، وأجاز المعيار ١٢ بند ٩/٥ لأحد الأطراف استئجار حصة شريكه بأجرة معلومة ولدة محددة ويظل كل من الشريكين مسؤولاً عن الصيانة الأساسية لحصته في كل حين.

وهذا خطأ فاحش وقع فيه المعيار الشرعي الذي أجاز التأجير للحصة في الشركة مع تكييف الشركة على أساس أنها شركة عقد، فالأصل في شركة العقد أن يمتزج المال ويصبح مملوكاً للشركة، واشترط في رأس المال إن يكون نقداً وإن قدمت أعيان فيجب تقويمها لأن حصة



الشريك في شركة العقد تكون في رأس مال الشركة لا في أعيانها، والقوانين الحديثة قسمت الشركات إلى مدنية وتجارية.

والشركة المدنية حسب القانون المدني الأردني تنشأ لها شخصية حكومية بمجرد العقد ولكن لا يحتج بها على الغير إلا بالتسجيل أي إن مال الشركة أصبح مملوكا لشخصية حكومية، وحصص الشريك تنصب على حصته في رأس المال لا في أعيان الشركة، وهذا يجعل الإجارة غير ممكنة لأنه في الشرع وحتى في قوانيننا المدنية التأجير يكون للسلع وليس لرأس المال، وعليه نجد كتب القانون التجاري تتكلم عن الشريك أنه يجوز له بيع حصته من رأس المال وعن رهن الأسهم ولكن لا نجد قانونا تكلم عن تأجير السهم، ثم إن موضوع عقد الشركة قائم على اشتراك الأطراف في الربح والخسارة وتكون الخسارة على مقدار الحصص، وإذا اشترط شرط في العقد لضمان عدم الخسارة فإنه يسمى شرط فاسد يكون معه الشرط باطلا لأنه خالف مقتضى عقد الشركة ولا قيمة له. والقول بجواز إجارة الحصص في شركة العقد فضلا عن كونه إجارة لرأس مال لا تجوز إجارته ويكون قد حصل فيه طرف على أجرة معلومة لمنفعة رأس مال لا يعرف إن ربحت أم خسرت إلا في نهاية السنة المالية فكان الشريك المؤجر ضامنا لعدم الخسارة وهذا مناف لمقتضى عقد الشركة، فالأصل عدم جوازه في شركة العقد والله أعلم. وفيه مخالفة لقوانين الشركات سواء التجارية أم المدنية.

ومن الأمور التي تؤخذ على شركة العقد أن البنك سيكون عليه عنصر مخاطرة حيث سيبقى تحت رحمة صاحب المشروع، نعم له حق الرقابة والإدارة ولكن سيبقى بعيدا أكثر عن طبيعة المشروع وسيبقى مرتكزا على أمانة العميل وقيامه بالعمل الواجب أو بذل العناية المناسبة وعليه عبء إثبات التعدي والتقصير في حال حصلت خسارة حتى يرجع على الشريك بالضمان وعبء اثبات هذه الوقائع فيه صعوبة على أرض الواقع.

والشركة بطبيعتها في الفقه عقد جائز يستطيع أحد أطرافها أن يطالب بالفسخ إلا إذا قيدت بمدة فإنها تصبح لازمة للأطراف طيلة مدتها وهذه ميزة في شركة العقد، ويلاحظ أن شركة العقد إن أخذت حكم الشخص الحكمي كما في القوانين الحديثة أي أصبحت لها ذمة مالية مستقلة وحق الشركاء وحصتهم تكون في رأس مال الشركة لا في أعيانها.

ب. تكييف المشاركة المتناقصة على أنها شركة ملك اختيارية:

ذكرنا في البحث ان البحث الاسترشادي الذي قدمه الأستاذ الدكتور نزيه حماد -حفظه الله- توصل إلى تكييف العقد في المشاركة المتناقصة على أساس أنها شركة ملك اختيارية، وبهذا التكييف فإن العقد الذي ينشأ بين البنك وبين العميل هو عقد ليس بغرض خلط المال من أجل العمل أو الربح به ولا تكون مالكا لحصص في رأس المال مشروع إنما انصب الاتفاق على أن يمتلك الطرفان أصلا على سبيل الشيوخ، فيكون البنك مالكا لحصص شائعة في أصل أو عينا مملوكة على الشيوخ بين البنك وعميله سواء أكان هذا العميل شخصا طبيعيا أو معنويا، ويتم الاتفاق بينهما على أن يبدأ البنك بالتنازل مستقبلا عن حصته حتى تؤول ملكية الأصل كاملة للعميل، فتكييف المشاركة المتناقصة على هذا الأساس، قلنا إنه يوجب تطبيق أحكام الملك الشائع وهذا قد يكون له ميزاته وسلبياته.

أولا. لا يستطيع البنك بهذا التكييف أن يقدم للمشروع سيولة أو أن تستخدم أموال البنك بهذه الصيغة للنفقات الإدارية والعمومية أو المصاريف التشغيلية، ولا يستطيع البنك أن



يشترى بهذه الصيغة سلعا مستهلكة بل ينصب التمويل على السلع التي تعد أصولا وقابلة للتأجير والاستعمال المتكرر، فتكون قدرة البنك بهذه الصيغة على تمويل شراء الأصول بطريقة المشاركة المتناقصة والبنك قد لا يكون شريكا في مشروع قائم ولا يتدخل في إدارته فعلى سبيل المثال لو مول البنك شراء خط إنتاج لمعمل بطريقة المشاركة المتناقصة يكون مالكا لحصة شائعة في عين ضمن المشروع أي لا يملك في المصنع وإدارته بل يكون له حصة شائعة في الآلات خط إنتاج داخل المصنع.

ثانيا. يكون كل شريك بالنسبة إلى حصة شريكه كالشخص الأجنبي ولا تقوم شركة الملك على الوكالة وكل شريك له حرية التصرف في حصته ولا يحتاج في التصرف إلى إذن شريكه إلا في حال اختلاط الأموال بقوة قاهرة بطريقة يصعب التمييز بينهما.

ويجوز للشريك في شركة الملك أن يقوم بإجارة حصته لشريكه ولغيره، فقد اتفق الفقهاء على أن المالك على الشيوع هو مالك بكل ما للكلمة من معنى، فهو يستطيع أن يتصرف بالحصة الشائعة بالبيع والرهن والهبة ولا يحتاج إلى إذن شريكه، وأعطى الشريك بعد البيع حق رفع الشفعة على المشتري، وكذلك يستطيع إجارة حصته الشائعة في عين من الأعيان لأنه يملكها ولا يملك حصة في رأس المال في شركة لأن تأجير المال غير جائز، وكذلك يستطيع أن يبيع حصته سواء دفعة واحدة أو بالتدريج على شريكه حسب ما نظمه الاتفاق بينهما ولكن هل يذكر هذا في عقد واحد مع العقد الذي أنشأ شراكة الأصل؟ أم كما في شركة العقد لا بد أن يرد في عقد مستقل سنرى ذلك لاحقا.

ثالثا. أي تصرف في الأصل الشائع يحتاج حسب الفقهاء إلى الإجماع من جميع الملاك على الشيوع، وهناك بعض القوانين التي أجازت للشريك الذي يملك ٥١٪ من أسهم المال الشائع بالإدارة المعتادة ومن يملك ٧٥٪ مع شروط أخرى القيام بالإدارة غير المعتادة، أما عند الفقهاء سواء كانت الإدارة معتادة أم غير معتادة تحتاج إلى الإجماع سواء كان صريحا أم سكوتيا.

رابعا. إذا كانت الشركة شركة ملك فإن حصتك الشائعة في الأصل تستطيع أن تبيعها بالثمن الذي تريد ويمكن أن يتم الاتفاق بين الأطراف على الثمن مسبقا ولا تنقيد كما في شركة العقد بالثمن المتفق عليه وقت البيع، لا بالقيمة الاسمية.

فالانسان الذي يملك عينا أو حصة فيها وقيمة مثل العين أو حصته كانت مبلغ كذا... فأراد بيعها فما دام كامل الأهلية يستطيع أن يبيعها بمبلغ أقل من ثمن المثل ولا مانع شرعي من ذلك، وكذلك الأجرة يستطيع الشركاء الاتفاق على أجرة محددة أو معيار يحددها مسبقا، فعقد الإجارة عقد ممتد يمكن إضافته إلى المستقبل، فلا مانع شرعا من أي يختلف في عقد الإجارة تاريخ العقد عن تاريخ نفاذه.

ومع كل ما مر فإن الملك الشائع الثابت في أغلب القوانين أن صاحب أصغر حصة فيه له حق طلب القسمة ولا يوجد شيء يقف أمام القسمة حتى لو وقع الشركاء اتفاقا لإدارة المال الشائع أو اتفقوا على المهابة، فهذه لا تقف أمام طلب القسمة. وأقيس على ما ورد في القانون الأردني والفلسطيني طلب القسمة إجابته على القاضي وجوبا ولا يشترط أن يكون مسببا والقانون الأردني والفلسطيني وهو مجلة الأحكام العدلية لم يجيزا الاتفاق على البقاء في الشيوع أي الشركاء لو اتفقوا على البقاء على الشيوع مدة من الزمن فهذا الاتفاق غير ملزم ولا يمنع طلب القسمة وان طلبت القسمة وكان العقار غير قابل لها فان قسمته ستكون



تصفية اي يبيعه في المزداد العلني وتوزيع ثمنه على حصص الملاك على الشيوع وان كان قابلا للافراز أخذ كل شريك حصته المفروزة. وبعض القوانين كالقانون المصري أجازت الاتفاق على البقاء في الشيوع لمدة 5 سنوات قابله للتجديد وحتى هذه القوانين التي أجازت فلا تستطيع خلال المدة تقديم طلب قسمه ولكن تستطيع تقديم طلب خروج ويجب ان يكون مسببا ويقتنع القاضي به فان اقتنع يخرجك من الشيوع وقد يكون بالقسمة أي تطبيق أحكام شركة الملك أو أحكام الملكية الشائعة قد يضع المؤسسة أو العميل في مخاطره في حال نزول أو ارتفاع السعر عن الحد المتفق عليه بحيث لا يكون الاتفاق المبرم بين العميل والبنك كما في بعض القوانين ملزما فقد يلجأ أحد الأطراف إلى إنهائه بطريق القسمة.

ج. تكييف المشاركة المتناقصة على أساس أنها صيغة تمويلية حديثة

عرفنا مما مر أن صيغة المشاركة المتناقصة لا يخلو تكييفها إما بشركة عقد أو ملك من ايجابيات وسلبيات والأصل ان مفهوم المشاركة في الفقه كما قلنا سابقا مفهوم واسع يقبل نشوء صيغ جديدة للشراكات فلم يتعبنا الله بالصيغ التي وردت في المراجع الفقهية والدليل على ذلك ان الجامع قبلت بالشركات المساهمة بضوابط شرعية وكل المؤسسات المالية الإسلامية هي شركات مساهمة والأصل ان هذه الصيغة الحديثة « المشاركة المتناقصة » ان تكييف على أنها عقد جديد وتكون آثارها و أحكامها تتناسب مع طبيعتها وخصوصيتها وهذا كان ديدن الفقهاء فكانت العقود تتولد مع الحاجة المجتمعية لها.

فالعقود لا ترد في أي مذهب أو مدرسة قانونية على سبيل الحصر فالحق الشخصي يتجدد والعقود الجديدة قد يجتمع فيها أكثر من عقد فعلى سبيل المثال عندما ينزل الانسان في الفندق ويتعاقد معه هل هذا العقد عقد إجارة أم عقد بيع أم عقد خدمة؟ فأنت تستأجر الجناح وتشترى الطعام ويقدم لك خدمه التنظيف في عقد واحد ولذا في كثير من القوانين الحديثة جعلته عقد مسمى جديد هو عقد الفندقية.

وهذه الصيغة لها خصوصيتها فالأصل ان أحكام هذه الصيغة التمويلية تصاغ بشكل متوازن مشروع وفق ما تحتاجه إرادة أطرافها، لا ان نجبر الإرادتين على الخضوع لأحكام وتكييف صيغة أخرى بل يجب ان ينظر إلى الصيغة بكل ما فيها على أساس أنها عقد واحد وما فيها التزامات متقابلة لا تنفك عن بعضها البعض.

وهذا الكلام له كذلك مخاطره من الناحية القانونية والقضائية فالأصل أن الصيغ الإسلامية يجب أن تحول إلى مشاريع قوانين أو أن تنتقل بها من المعيرة إلى التقنين وسبب ذلك ان القضاء في حال النزاع إن كان للصيغة قانون خاص بها حكم بين المتنازعين بالأحكام الخاصة الواردة في القانون المختص بالصيغة فان فقد وجود مثل هذا القانون فان التقاضي والتحكيم يكون بناء على القواعد العامة وبناء على أقرب عقد ترد إليه الصيغ الجديدة وهذا إشكالية في الصناعة المالية الإسلامية فعلى سبيل المثال نجد أن صيغة التمويل التأجيري قد وجد لها قانونا خاصا بها وتناقضته كثير من الدول العربية عن بعضها واصله كان اجنبيا فلم لا تقوم الهيئات العامة التي تعمل بالصناعة المالية الإسلامية على إيجاد مشاريع قوانين للصيغ الإسلامية حتى تقر وتصبح قانونا ويعطى لكل صيغة خصوصيتها وتصاغ أحكامها بشكل مشروع يحقق الهدف التي نشأت الصيغة من أجله.



والذي أراه بعد البحث أن صيغة المشاركة المتناقضة لا تستطيع بدون وجود قانون خاص بها أن تحصرها بشركة ملك أو عقد فطبيعة الصيغة والغرض من التعاقد قد يجعلها شركة ملك أو يجعلها شركة عقد وحصرها في أحدهما قد يكون فيه تضيق لأن كثيرا من المشاريع ينقصها السيولة لا الأصول وقد نجد بعضها على خلاف ذلك.

والذي نريده حسب ما ورد من شركة شوري أنه لو كُيِّفَت هذه الصيغة على أساس أنها شركة ملك اختيارية، هل يجوز أن يجمع كل هذه الالتزامات عقد واحد فتكون التزامات طرفيه متقابلة متكاملة هذا ما سنبحثه في البند القادم.

رابعا. النظر إلى المشاركة المتناقضة كمجموعة واحدة متكاملة متقابلة للالتزامات:

تحتوي صيغة المشاركة المتناقضة على مجموعة من العقود والالتزامات، وحتى تؤدي إلى الغرض المطلوب فلا بد إلى اتفاقية إطار تنظم شراء الأصل وبمواعدة بيع وشراء الحصص أو إن كان بالإمكان بعقد بيع مضاف إلى المستقبل وتحديد السعر ثم عقد إيجار لمدة معينة لهذه الحصة الشائعة حتى نصل في النهاية إلى خروج البنك من ملكية الأصل ويصفي الأصل بعينه ومنفعته للعميل. ولا بد لنا من البحث أولا في حكم البيع المضاف إلى المستقبل وكذلك الإجارة المضافة إلى المستقبل وحكم الوعد والمواعدة التي تحتاجها المشاركة المتناقضة.

أولا. البيع المضاف إلى المستقبل:

العقد المضاف «هو ما صدر بصيغة أضيف فيها الإيجاب إلى الزمن المستقبل» الزرقاء، المدخل الفقهي العام ٥٧٧/١، وجاء في المادة (٢٢٠) مرشد الحيران «العقد المضاف هو ما كان مضافاً إلى وقت مستقبل والمضاف إليه ينعقد سبباً في الحال لكن يتأخر وقوع حكمه إلى حلول الوقت المضاف إليه»، وأما حكم عقد البيع المضاف إلى المستقبل فقد انقسم الفقهاء إلى ثلاثة أقوال:

١- جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والمالكية وطائفة من الحنابلة انه لا يجوز إضافة البيع للمستقبل، فقد جاء في درر الحكام، شرح مجلة الأحكام، علي حيدر، ج ١، ص ٨٤.

«والعقود التي لا تصح إضافتها للزمن المستقبل هي البيع وإجازته وفسخه والقسمة والشركة، والهبة..» ومثال ذلك لو قال شخص لآخر قد بعثك مالي هذا اعتباراً من أول الشهر القادم وقبل هذا الشخص البيع لم يصح. وادعى ابن رشد الحفيد الاجماع على ذلك فقال «وآجمعوا على أنه لا يجوز بيع الأعيان إلى أجل لأن من شرطها تسليم المبيع إلى المبتاع بأثر عقد الصفقة» بداية المجتهد، ج ٢، ص ١٥٦.

فقد البيع هو عقد فوري يوجب نقل الملكية بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول، وإضافة إلى المستقبل منافية لهذا الموجب، ورد ابن القيم على هذا الامر في اعلام الموقعين، ج ٢، ص ١٠ و ١١. وقال «إن موجب العقد أما أن يكون ما أوجبه الشارع بالعقد أو ما أوجبه المتعاقدان مما يسوغ لهما أن يوجباه، وكلاهما منتف في هذه المسألة، فلا الشارع أوجب أن يكون المبيع مستحق التسليم عقب العقد ولا العاقدان التزما ذلك» والناظر في جوابه رحمه الله يرى أنه نقل الموضوع من أن موجب عقد البيع نقل الملكية إلى أنه مستحق التسليم ولم يقل الفقهاء إن موجبه التسليم، فالقاعدة المنطق عليها أن العقد ينقل الملكية والتسليم ينقل الضمان.



فنقل الملكية حكم العقد في البيع أما التسليم، فهو التزام يقع على عاتق الطرفين أي أثر من آثار العقد ولم يقل أحد بوجوب حصوله بعد الانعقاد، بل قد يكون عاجلا وقد يكون أجلا بناء على ما اتفقت إرادة المتعاقدين.

حتى لو نظرنا إلى تعريف العقد فهو «ارتباط ايجاب بقبول على وجه مشروع يظهر أثره في محله». والمراد انتقال الملكية، والإضافة إلى المستقبل تمنع ترتيب حكم عقد البيع، أما التسليم فمسألة أخرى يتفق الفقهاء معه في حكمها، والعقد الذي أضيف إلى المستقبل أي أنه أجل انعقاده إلى زمن مستقبل كما في البيع طبيعته لا تقبل الإضافة، فالتأجيل إلى المستقبل لا يُنشئ عقد بيع كما في العقود الأخرى التي ينشأ فيها السبب ويتأخر تنفيذها، وسببه أن طبيعة العقد ومحله أنه عقد ممتد والزمن عنصر جوهري فيه كما في عقد الايجار، بينما البيع عقد فوري والزمن ليس عنصرا جوهريا فيه، وقد أورد الدكتور نزيه حماد حفظه الله في بحثه في مؤسسة المحاسبة والمراجعة (أيو في)، ج ٤، ص ٣٢٧١، ويؤكد صحة الجواب أن العقد المضاف إلى المستقبل وإن كان ينقصد سببا في الحال لكن حكمه يتأخر وقوعه إلى حلول الوقت المضاف إليه كما اسلفنا، وهذا يقتضي عدم ترتب حكم البيع المضاف إلى المستقبل وهو نقل الملكية إلى المشتري والتمن إلى البائع في الحال وتراخيه إلى حدوث الزمان الذي أضيف إليه خلافا للبيع المنجز».

ولكن يرد على ذلك إن كان العقد الذي تم لم ينقل الملكية من البائع للمشتري ولا الثمن إلى البائع فهل يجوز أن يسمى ببيعا؟، إذا كان تعريف عقد البيع أنه عقد لنقل ملكية سلعة بعوض، وعدم خروجها من ملك البائع يعني أنها ملكه يجوز أن تجري عليها منه جميع التصرفات القانونية من هبة وبيع اخر ورهن وعقد ايجار فما حكمها لو وقعت بعد العقد وقبل مجيء الزمن المستقبل، فهي صدرت من مالك ونحن نعلم أن من مقتضيات حق الملكية سلطة التصرف والاستعمال والاستغلال، وهل يجوز لشخص ان يقيد ملكية المالك دون مبرر ومسوغ قانوني.

ومن أدلتهم أن البيع المضاف إلى المستقبل غرر والغرر منهي عنه، وكذلك بأن الأعيان لا تقبل التأجيل أصلا فلا يؤمن هلاكها قبل حلول الأجل، وهذا استدلال ضعيف لأن ما أوردوه يرد عليهم أنه قد ترد الصورة على العقد بعد انعقاده وقبل التسليم، وقد تهلك العين وهذا يؤدي إلى انفساخ العقد لانعدام المحل، فهذه الصفة قد ترد على الأعيان قبل الانعقاد فتمنع انعقاد العقد وقد ترد على الأعيان بعد انعقاد العقد وقبل التسليم يحصل هلاك للعين محل العقد مما يؤدي إلى انفساخ العقد لانعدام المحل ولا إشكال في ذلك.

٢- يرى ابن تيمية وابن القيم رحمهما الله أن البيع المضاف إلى المستقبل صحيح وأدلتهم على ذلك (نظرية العقد ص ٢٣٤، اعلام الموقعين، ج ٢، ص ١١) «الأصل في العقود رضا المتعاقدين ونتيجتها ما أوجباه على أنفسهما بالانعقاد» الفتاوى الكبرى، ج ٤، ص ٩٤، وقال أيضا «فلا الشارع أوجب أن يكون كل مبيع مستحق التسليم عقب البيع ولا العاقدان التزما ذلك بل تارة يعقدان العقد على هذا الوجه كما إذا باع معيناً بثمن حال وتاره يشترطان تأخير التسليم الثمن كما في السلم، وكذلك في الأعيان قد يكون مقصود البائع تأخير التسليم كما كان لجابر حين باع بعيره من النبي ﷺ استثنى ظهره إلى المدينة» مجموع الفتاوى ابن تيمية ج ٢، ص ٥٤٤.



والناظر إلى الأدلة يجد أن هناك خلط بين انعقاد العقد وبين العقد المنعقد الذي يجوز للمتعاقدين أن يكتفوا بآثاره وفق مصالحها، فالآثار إذا انعقد العقد يجوز أن تضاف إلى المستقبل، والحديث الذي ساقه باع واشترط أي عدل في الالتزامات التعاقدية وهذه مسألة لا خلاف فيها بين العلماء، ولكن المسألة التي يدور عليها الخلاف لا أريد أن أبيع الآن بل في المستقبل فهل يعد هذا بيعاً وهل تقبله القواعد العامة للبيع فحكم عقد البيع فوري لا يقبل الاضافة بينما آثار عقد البيع تقبل الإضافة إلى المستقبل لأن الآثار جوهرها الالتزام بالقيام بأعمال مثل تسليم المبيع والتمن فهو عمل يقبل الإضافة إلى المستقبل.

٣- هناك قول ثالث للامام الشوكاني رحمه الله وحاول فيه ان يأخذ رأياً وسطاً بين الجمهور وبين ابن تيمية رحمه الله.

فان كانت الأعيان المضاف بيعها إلى المستقبل فيها غرر وجهاله فلا يجوز بيعها مضافة، أما إن كان الغرر والجهاله منتفيين فانه يصح البيع، بالإضافة إلى المستقبل يقول «لو قال بعث منك هذا -بعد سنه كان بيعاً شرعياً إذا حصل التراضي وطبقة النفس ويخرج من ملك البائع إلى ملك المشتري بعد مضي سنه» السيل الجرار، ج ٣، ص ٧.

ويقول «ولا مانع من أن يحصل التراضي على انتقال الملك من ملك البائع إلى المشتري بعد شهر أو سنه أو أكثر إذا كان مما لا يجوز فيه المصير إلى صفة غير الصفة التي كان عليها عند التراضي كالأراضي ونحوها من الأعيان التي لا تتغير بمضي المدة من الزمان فهذه تجارة عن تراض بأباحها الشرع ولم يرد ما يدل على المنع منها لا من شرع ولا عقل» السيل الجرار ج ٣، ص ٥٩-٦٠.

ثانياً. الإجارة المضافة إلى المستقبل:

ان عقد الإجارة هو من العقود التي ترد على منفعة العين أو منفعة الأشخاص وعقد الإجارة من العقود الممتدة التي يعد عنصر الزمن فيها جوهرياً، فالمنفعة ليست كالملكية التي تنتقل دفعة واحدة بموجب عقد البيع إلى المشتري، فالمنفعة تتحصل شيئاً فشيئاً مع مرور الزمن، فمرور الزمن امر ضروري لتحصيل المنفعة، لذا طبيعة العقد هذه جعلت حكمه عند جمهور الفقهاء يختلف من حيث الاضافة إلى المستقبل عن البيع.

١- ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية، والحنابلة إلى جواز وصحة الإجارة المضافة إلى المستقبل. بداية المجتهد، ج ٢، ص ٢٢٦، ابن قدامة المغني، ج ٨، ص ٩، يقول ابن عابدين، رد المختار، ج ٤، ص ٢٢٤ «الإجارة تقبل الاضافة»

وجاء في درر الحكام لعلي حيدر، ج ١، ص ٨٤ «العقود التي يجوز إضافتها إلى المستقبل الإجارة والمساقاة والمزارعة والمضاربة والوكالة...» مثال لو قال أحد لآخر أجرتك داري اعتباراً من الغد ببديل قدرة كذا فيكون ذلك صحيحاً، وجاء في المادة (٤٠٨)، مجلة الأحكام العدلية، الإجارة المضافة ايجار معتبر...، وجاء في المادة (٤٤٠)، مجلة الأحكام العدلية «الإجارة المضافة صحيحة وتلزم قبل حلول وقتها بناء عليه ليس لإحد العاقدين فسخ الإجارة بمجرد قوله ما أن وقتها».



ويقول الأستاذ الزرقاء رحمه الله «الإجارة تقبل الإضافة إلى المستقبل لأن معنى الإضافة موجود في طبيعتها لكونها عقدا زمنيا بمعنى أن الزمن المستقبل هو عنصر أساسي في تنفيذها». المدخل الفقهي، ج ١، ص ٥٨٢.

٢- يرى الشافعية عدم جواز إجارة العين مضافة إلى المستقبل حيث تكون منفعة العين في الوقت الذي أضيفت إليه غير مقدورة التسليم. الشريبي مغني المحتاج ج ٢، ص ٣٢٨ والقدرة على التسليم هذه أثر في الآثار اللاحقة لانقضاء العقد وليس لها بانقضائه أثر مثلها مثل باقي العقود.

هذه اقوال العلماء في البيع المضاف إلى المستقبل حيث ان الجمهور مع عدم جواز مثل هذا الامر لأن طبيعة وأحكام عقد البيع والغرض الذي شرع له يتنافى مع جواز ذلك فهو عقد فوري تنتقل فيه الملكية دفعة واحدة وبعد انعقاد العقد يظهر الاثر في المحل بانتقال الملكية ولكن لم يمنع الفقهاء ان يقترن عقد البيع بشروط تعدل في التزامتهما التعاقدية بما يضمن تحقيق مصالحهما، وهذه الشروط قد تؤجل تسليم أحد البديلين أو تسلب العقد صفة اللزوم بما يؤدي إلى امكانية فسخ العقد مستقبلا، كالعقود التي نشأت مقترنه بالخيارات الإرادية مثل الشرط والتعيين أو شرط التجربة أو العقود التي اقترنت بخيارات يفرضها القانون فهي عقود منعقدة ترتب عليها حكمها، ولكن هناك إمكانية لفسخها وهذه في حقيقتها تختلف عن العقود التي أجل المتعاقدان حصول العقد في ذاته على حصول شرط أو مرور زمن فلا يتكون العقد ولا ينشأ الا بحصول المعلق عليه فكيف نسمي ما اتفق عليه المتعاقدان قبل حصول الشرط أو مرور الزمن عقد بيع؟.

وكيف يستقيم الأمر لو تمت تسميته عقد بيع فعلي أي أساس سنيني الأحكام الفقهية، لهذه العين هي ملك من؟ وطبيعة اليد التي عليها وحكم تصرفات مالكة التي قد تحدث قبل حصول الشرط سواء كانت مادية أم قانونية وطبيعة حق المتعاقد معه ونسبة الهلاك فلو دققنا في هذه الأحكام لوجدناها تختلف كلية عن الأحكام التي تختص بعقد البيع، فما الذي يمنع أن نكيفها قبل حصول الشرط أو قبل مرور الزمن المتفق عليه عقدا اخر له طبيعته الخاصة به التي يختلف بها عن البيع، وهذا ما سأتناوله لاحقا إن شاء الله.

أما عقد الإيجار، بإضافته إلى المستقبل لا يتعارض مع طبيعته ولا مقتضى حكمه، ولذا جازت إضافته لا تعليقه الذي قد يؤثر على جزم الارادتين ويمنع انعقاده حالا، أما الإضافة فلا تمنع انعقاده في الحال عقدا صحيحا ملزما لطرفيه فتكون الإضافة منصبة على تأجيل آثاره كالتسليم والتمكين، وعليه لا إشكال بإضافته مع طبيعته بل جاءت الإضافة متفقة مع طبيعة ومقتضى عقد الإجارة الذي كان الزمن عنصرا جوهريا في تكوينه أن يتحصل مقتضاه في المستقبل شيئا فشيئا، ورأينا كيف خلط من اجاز الإضافة والتعليق في البيع بين فرضين:

١- العقد الذي يؤجل عقده ووجوده كرابط قانوني إلى حصول شرط أو مرور زمن وهذا الذي منعه جمهور الفقهاء.

٢- والفرض الاخر وهو العقد الذي نشأ حين ارتبط الايجاب بالقبول على المحل المشروع وظهر الحكم في المحل، والعقود المنعقدة هي التي تنشأ الآثار وان هذه الآثار لا مانع عند الفقهاء من اضافتها للمستقبل فلم يوجب الفقهاء فورية الآثار



بعد الانعقاد إلا استثناء في العقود الربوية والقاعدة عند الفقهاء أنه يجوز أن تقتصر العقود بشروط إن كانت هذه الشروط تحقق مصلحة حقيقة لأحد المتعاقدين ولا تخالف مقتضى العقد «أي حكمه» وكانت في ذاتها مشروعة.

ثالثاً. الوعد والمواعدة:

إن كثيراً من الصيغ التي تتعاقد بها المؤسسات المالية الإسلامية تقوم على الوعد كما في المرابحة والإيجار المنتهي بالتملك وكذلك المشاركة المتناقصة وفي صكوك التأجير وبيع الشقق، وفي التأمين التكافلي وغيرها من الصيغ التي كلما مر الوقت كنا بحاجة فيها إلى وعد ومواعدة ومسألة الوعد مسألة مختلف فيها فقهاً، حيث إن بعض الفقهاء يرى أن الوعد ملزم من ناحية دينية لا قضائية، والبعض الآخر يرى إلزاميته من الناحية القضائية بشروط خاصة في الفقه الحنفي والمالكي، وكثير من الهيئات الشرعية في المرابحة في البنوك الإسلامية اشترطت عدم الزامية الوعد، وحسب معايير (أيويف) الوعد إن كان من طرف واحد كان ملزماً له من الناحية القانونية، ولكن المجمع الفقهي ومعايير (أيويف) رفضت المواعدة إن كانت ملزمة من طرفين لأنها بمعنى البيع المعلق والمضاف، وهذا غير مقبول فقهاً.

الوعد والمواعدة إذا دخلت الالتزامات والتصرفات خرجت عن كونها من الواجبات الدينية أو خرجت عن دائرة الأخلاق، والأصل أن تدخل دائرة الواجبات القضائية أو الالتزامات القانونية، ولذا نجد الحطاب المالكي في كتابه: تحرير الكلام في مسائل الالتزام قد فرق بوضوح بين الالتزام والعدة، «الالتزام إلزام الشخص نفسه من المعروف مطلقاً أو معلقاً على شيء» ص ٦٩، بينما العدة إخبار عن إنشاء فكأن الإرادة غير جازمة، أما إن كانت الإرادة جازمة فإنه يسمى التزاماً سواء كان معلقاً أو مطلقاً عن التعيين.

فالإخبار بمعنى الإعلام بما يحتمل الصدق والكذب انظر: محمد رواسي القلعجي، معجم لغة الفقهاء، ص ٨٥.

والإخبار لا يستعمل عند الفقهاء للدلالة على إنشاء الالتزامات، أما الإنشاء أو الفرض فهو الذي يستخدم للدلالة على الإنشاء. يقول ابن الهمام فتح القدير، ج ٥، ص ٧٤ «الإنشاء إثبات يفيد حكماً يثبت جبراً» وعليه يكون الوعد على تعريف الفقهاء: إعلام عن إيقاع وليس إيقاعاً للالتزام، وكأن فيصل التفريق بينهما قضية الإرادة، فإن كان الملتزم يريد الإخبار والإعلام عن نيته فهذه بقيت في نطاق الالتزامات الأدبية التي فيها عنصر المديونية، ولكن لا يوجد فيها عنصر المسؤولية، أما إن فرض على نفسه القيام بعمل بإرادة جازمة فالإرادة الجازمة من الشخص فقهاً قادرة على إنشاء الالتزام، فالوصية، والوقف، والنذر التزامات تنشأ بإرادة واحدة.

والناظر في آراء الفقهاء في الوعد يجد أن الفقهاء في الأغلب يقولون إن صيغة الوعد إذا صحبتها قرينة تدل على الالتزام أو إذا كانت معلقة أو عقدت على سبب فإنها تلزم لأنها تشعر بالالتزام.

وكذلك إن الوعد إذا ترتب على عدم الوفاء به ضرر فإنه يجب الوفاء به، وكذلك إن الوفاء بالوعد ليس على إطلاقه. ورأينا كيف انقسم الفقه المالكي في رأيه في الوعد، وكذلك الفقه الحنفي وبقية المذاهب، مما يوحي أن صيغة الوعد مشكلة، وكان الفقهاء يبحثون عن ضابط



يميز فيه بين المواعيد التي تكون ملزمة قضاءً وديانة، والمواعيد التي تكون ملزمة ديانة فقط، وتعدد الآراء ما هو إلا لمحاولة وضع ضوابط تمييز للمسألة، فالقول بالزامية الوعد على إطلاقه غير ممكن، والقول بعدم إلزامية الوعد على إطلاقه فيه ضرر كبير، وأرى أن حل الإشكالية يكون في وضع ضوابط تميز بين ما هو ملزم وما هو غير ملزم من الوعود، ومن خلال أقوال الفقهاء نرى أنهم اتفقوا على أن المواعيد التي ترد على الأمور الأخلاقية وبين الناس هذه تكون مستحبة الوفاء بها من الناحية الدنيانية، ولكنها غير ملزمة قضاءً.

أما المواعيد التي ترد على أمور المعاملات القانونية كالوعد بالبيع والإجارة والقرض والعارية وغيرها من التصرفات فهذه إما أن تكون إرادة الواعد فيها، إرادة مساومة ومفاوضة متمحضة للاستقبال ولا يفهم منها دلالة الإلتزام وهذه لا تكون ملزمة، وإما أن يكون الوعد بإرادة جادة ونهائية وجازمة وموضوع هذه الإرادة أنه ألزم نفسه بالقيام بالتزام بالمستقبل، فهذه الصيغة الأصل أنها ملزمة ديانة وقضاءً، ولكن الفقهاء بهذه الصيغة بعضهم حصرها على أمور التبرعات فلا يجوز أن تلحق عقود المعاوضات، والبعض منهم قال: أن العدة تلحق كل شيء جائز شرعاً.

وحاول المجمع الفقهي وهيئة المحاسبة والمراجعة كذلك في المعيار (٤٩) ضبط الوعد والمواعدة التي تدخل المعاملات المالية الحديثة وخاصة المؤسسات المالية الإسلامية، فجعل الوعد الذي يصدر بإرادة جازمة لفعول أمر في المستقبل ويكون الغير مخيراً في الاستفادة من الوعد، وأن لا يكون الوعد بفعل محرم شرعاً أو تحايلاً على الربا كالوعد على العينة أو أن يجز القرض نفعاً، أما في التصرفات المالية المباحة فيجب الوفاء به ديانة وإخلافه بلا عذر إثم ولكنه غير ملزم قضاءً، فإن ترتب على عدم الوفاء ضرر على الموعود له فيلزم الواعد التعويض في الضرر قضاءً الحاصل فقط، وهذا تناقض في المعيار فكيف تقول إنه ملزم ديانة غير ملزم قضاءً إلا إذا رتب ضرراً فإنه يصبح واجب التعويض، وهذا من ناحية قانونية مستحيل التطبيق حالياً، فيما أن تقول إن الوعد ملزم قضاءً وبالتالي الإخلال به يوجب المساءلة القانونية في حال وجود ضرر، وإما أن تقول إنه غير واجب قضاءً وبالتالي الإخلال به حتى وإن سبب ضرراً لا يجوز المطالبة بالتعويض به.

وكذلك قالوا إن الوعد الملزم قضاءً يلزم الواعد فقط، ولا يلزم الموعود له، وقالوا إن الوعد بالتبرعات لا يلزم قضاءً إلا إذا كان على سبب فيه كلفة على الموعود له فيلزم قضاءً، ويجوز كذلك أن ينشأ الوعد على عقد معاوضة في المستقبل بحيث يكون محل الوعد عقداً مختلفاً عن العقد الأول، فقالوا إنه يلزم قضاءً إذا دخل الموعود له في كلفة، وكذلك العقد النهائي لا يتم تلقائياً بل يجب أن ينجز في حينه بتبادل الإيجاب والقبول في حال كونه وعداً ملزماً.

أما المواعدة التي يقصد بها وعدين متقابلين من طرفين بإيقاع فعل من كل واحد منهما في المستقبل في محل واحد وبزمن واحد إذا كانت على أفعال وتصرفات مباحة شرعاً، فقالوا إنها لازمة ديانة لا قضاءً إلا في الحالات التي لا يمكن إنجاز المعاملة التجارية حقيقة دون وعد ملزم إما بحكم القانون أو بحكم الأعراف التجارية وليس لأغراض التمويل.

وهذا المعيار أيضاً فيه إشكالية فالمشروعية دائماً صفة يجب أن تسبق التصرف لا أن تكون لاحقة عليه والأصل أن يكون الضابط ابتداءً يميز بين ما هو ملزم وغير ملزم لا إن يترك الأمر حتى يحصل الضرر أو يتركه لطبيعة المعاملة، وقالوا إن المواعدة لا تعد عقداً مضافاً إلى المستقبل والعقد الموعود لا يتم تلقائياً عند حلول الوعد بل ينجز في حينه بتبادل الإيجاب



والقبول ويجب على الطرفين الوفاء لأن المواعدة تلزم الطرفين، والإ تحمل الضرر الفعلي. وذكر المعيار بعض الحالات التي يكون فيها الوعد ملزماً في معاملات المؤسسات المالية الإسلامية. وأرى ان المعيار فيه اشكال وفيه تضيق على المؤسسات المالية الإسلامية ولم تحل فيه اشكالية الوعد أو لم يخرج منه ضابطاً واضحاً يميز فيه بين ما هو ملزم وغير ملزم في العِدات مع أن الاقوال الفقهية فيها سعة إن أردنا ذلك.

وكذلك أرى أنه لا مانع شرعاً من أن ننظر كيف ضبط القانون المدني مسألة الوعد وحاول فهم حقيقته وأن نستفيد منها في محاولة ضبط الموضوع فبدائية كانت مسألة الوعد في المراجعة ومع مرور الزمن بدأت مسألة الوعد تدخل في اهم الاساليب والصيغ التي تجربها المؤسسات المالية الإسلامية وكثير من المعاملات المالية في الوقت الحاضر تقوم عليها، فأغلب القوانين المدنية في العالم العربي نظمت مسألة الوعد بالتعاقد واعتبروه التزاماً قد ينشأ برأده منفردة ويلحق جميع التصرفات ويكون ملزماً لمن أصدره كوعد البيع يلزم البائع ووعد الشراء يلزم المشتري وقد يكون مواعدة أو عقد وعد أو ما يسمى بالبيع الابتدائي ويكون ملزماً للطرفين انظر مصادر الالتزام في المدني الأردني. أنور سلطان، ص ٦٠، وكذلك السنهوري، نظرية العقد ٢٦٢، وتكلم القانون المدني الأردني في المواد (٩٢، ١٠٥، ١٠٦) في مسألة الوعد بالتعاقد بما يتفق وأحكام القانون مع ان القانون المدني الأردني اعتمد على المجلة والفقهاء الإسلامي في معظم أحكامه واشترط القانون الأردني شروطاً له مثل تعيين العناصر الجوهرية للعقد المراد ابرامه، وتعيين الثمن أو وضع مؤشر لتعيينه دون تعقيد بحيث لا يفرض إلى تنازع وتحديد المدة التي يتم الالتزام فيها. انظر المذكرات الايضاحية للقانون المدني الأردني المادة ٩٢، ص ٩٩، ج ١ والوعد في القانون إذا صدر بإرادة الطرفين فإنه يقع عقداً ملزماً إذا توافرت الشروط انفة الذكر، وهو لا يكسب الموعد له الا حقوقاً شخصية قبل الواعد فعقد الوعد لا يرتب الا التزاماً وحقوقاً شخصية على الواعد أو من أصدره حتى لو كان من شأن العقد النهائي أن ينقل حقاً عينياً.

وعليه لو كان الوعد على بيع فيبقى البائع مالاً للشئ الذي وعد ببيعه ويتحمل كذلك تبعه هلاكه، وإذا تنازل الموعد له عن حقه فهو يتنازل عن حق شخصي يجب أن تراعى في التنازل إجراءات حوالة الحق، وفي حال أخل الواعد بالتزامه بموجب عقد الوعد فإن من حق الموعد له أن يرجع عليه بالتعويض، ومن حق الموعد له أن يأخذ تأمينات عينية لحقه، وان يقوم باعمال التوثيق لإثبات حقه، وايضا له الحق بمنع الواعد من الأعمال التي من شأنها اعاقبة تنفيذ العقد النهائي، وينتقل هذا الحق للورثة وله أن يتنازل عنه بعوض وبدون عوض، وفي حال أبدى الموعد له رغبته في إبرام العقد النهائي تحول الاتفاق من مرحلة الوعد إلى مرحلة العقد النهائي دون أن يكون له أثر رجعي والتعبير عن الرغبة قد يكون صريحاً أو ضمناً.

وعليه أرى المشكلة في تكييف حقيقة الوعد سواء كان ملزماً لجانب واحد أي أصدره البائع أم المشتري أم كان مواعده ملزمة للجانبين، فالوعد ان جاء بصيغة جازمة فهو أما أن يكون التزام بالقيام بعمل أو التزام بالامتناع عن القيام بعمل ولا تخرج حقيقة الوعد عن أي من الموضوعين، فموضوع الالتزام أو موجه هو قيام بعمل أو امتناع وليس نقل ملكية سلعة أو تمليك منفعة، والفقهاء الإسلامي عرف الالتزام بالقيام بعمل وكذلك الامتناع عن القيام بعمل والإرادة لها حرية في إنشاء الالتزامات، وقد يكون موضوعها نقل ملكية بعوض أو بدون عوض، وكذلك المنفعة، وقد ينصب العقد على حفظ الشيء وقد يكون على القيام بعمل أو امتناع عن القيام بعمل وهذه قد تنشأ بإرادة واحدة «تصرفاً انفرادياً»، وقد تنشأ بإرادتين



فعندما يلتزم انسان بالقيام بالبناء لآخر ويقبل الاخر ذلك فهذا عقد موضوعه القيام بعمل البناء في المستقبل، فالعقود التي موضوعها عمل الوعد جزء من طبيعتها لأننا نستطيع أن نقول وعده بالقيام بالبناء في المستقبل بطريقة جازمة ملزمة، وهذه لا خلاف بين العلماء على أنها ملزمة ديانة وقضاء لأنه عقد، أما إن لم تكن الإرادة جازمة فلا ينشأ التزام.

والالتزام بالقيام بعمل أو بالامتناع عن القيام بعمل الزمن والمستقبل عنصر جوهرى في تكوينه، ولذا يقبل الإضافة إلى المستقبل، وكذلك لو نظرنا إلى حقيقة الشروط المقترنة بالعقود التي أجازها الفقهاء وأفتوا بلزومها نجد أنها في حقيقتها قائمة على الوعد وهي التزامات بالقيام بعمل أو بالامتناع عنه، فعندما تشتراط زوجة في عقد الزواج على زوجها أن لا يتزوج عليها، فلو دققنا في حقيقة الشرط لوجدناه وعد من الزوج بالامتناع عن القيام بالزواج في المستقبل عند من أجازها من الفقهاء.

وعندما يشترط الشخص على آخر أن يسلمه المبيع في مكان ما فهو وعد بالقيام بعمل في المستقبل، فهذه هي حقيقة الشرط المقترن بالعقد، والفقهاء قالوا بلزومه قضاءً وديانة، وعليه هل يعقل أن الوعد إن اقترن بعقد يكون ملزماً ديانة وقضاءً، وإن جاء مستقلاً بذاته لا يقوى على ذلك؟! وهل الالتزامات بعمل لا تنشأ إلا إذا جاءت مقترنة بالعقود؟!، ولذا عندما يذكر شرط من شروط العقد أن الطرف الأول يعد الطرف الثاني ببيعه جزءاً من حصته في المشروع، فهذا التزام بالقيام بعملية البيع في المستقبل، موضوع هذا الالتزام هو القيام بعملية البيع نفسها، ولكن ليس موضوعه بيعاً ولا يكون ناقلاً للملكية، إنما انصب ذات الالتزام على القيام بعمل البيع وهو ملزم لمن اشترطه، فإن كان هناك خلاف في إلزامية الوعد فلا خلاف بين العلماء على إلزامية الشرط.

وأما المواعدة «أو ما يسمى في القانون البيع الابتدائي» التي يصدر فيها وعد من البائع بالبيع ووعد من المشتري بالشراء، والبعض أجاز الوعد في الصور السابقة أي ان كان ملزماً لجانب واحد، أما المواعدة الملزمة للجانبين فلم يجزها، فهذا عقد بين إرادتين بصيغة جازمة وموضوع هذا العقد أن يلتزم البائع ببيع محل معين مستقبلاً ويقدم المشتري كذلك وعداً بشراء ذات المحل، ويتم التوافق على ذلك خلال مدة، فإن كيّف العقد على أنه بيع فهو باطل من الناحية الفقهية وهذا صحيح. ولكن ما الذي يمنع أن يكون عقد الوعد موضوعه التزام بالقيام بعمل من طرفيه الأول يقوم بعمل البيع والثاني يقوم بعمل شراء لذات المحل، فمحل العقد مشروع معلوم وحددا مدة للقيام بالعمل، فهذا عقد التزام بعمل، وهو جائز وملزم لطرفيه وآثاره تبنى على هذا الأساس، وليس على أساس أنه عقد بيع، فهذا العقد لا يخرج المبيع من ملكية البائع وتكون عليه تبعة هلاكه وإذا تم البيع في المستقبل فإن الملكية تنتقل إلى المشتري من تاريخ العقد النهائي ولا تعود بأثر رجعي، وأهم ما يميز هذا العقد عن البيع أن عقد البيع إن أراد البائع عدم تنفيذ التزامه فإنه يجبر عليه بقوة القانون فتأخذ السلعة منه بقوة القانون وتعطى للمشتري أو ما يسمى «بالتنفيذ العيني»، أما عقد الوعد الذي كيّف على أساس أنه التزام بالقيام بعمل فلا يوجد فيه تنفيذ عيني لأن التنفيذ العيني في الالتزامات بعمل قد يؤدي إلى المساس بالحرية الشخصية، ولذا إذا أخل العاقد بالتزامه فليس أمام الطرف الاخر إلا رفع دعوى للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به جراء تخلفه عن تنفيذ التزامه.



والالتزام بالقيام بعمل من طبعه أنه يكون دائما على أمور مستقبلية ويكون العقد فيه منظما لعمل يراد القيام به، وقد يكون هذا العمل تصرفا ماديا وقد يكون تصرفا قانونيا.

فلو نظرنا إلى عقد الوكالة بالبيع فإنه عقد يلتزم بمقتضاه الوكيل أن يقوم بعقد بيع أو عقد شراء للأصيل ويكون في المستقبل من الزمان، وقد يقال إن الوكالة عقد جائز ولكنها تصبح لازمة إن تعلق بها حق للغير، وكذلك عقد المقاولة يلتزم أن يقوم فيها المفاوض بأعمال لرب العمل، وقد تتضمن البيع والشراء ويكون العقد ملزما لطرفيه، وعقد الشركة كذلك جوهره القيام بعمل لأنه قائم على الوكالة فالعقد ينظم قيام الشركاء بالأعمال بهدف الربح، ويكون العقد منظما لعمل تقوم به الأطراف في المستقبل، والذي ينظر كذلك ويدقق في حقيقة عقد الاستصناع الذي اختلف في تكييفه الحنفية فهو عقد بيع لسلعة معدومة عند التعاقد يتفق الأطراف على مواصفاتها ويتم التسليم في المستقبل عند الفراغ منها، تكون إرادة المتعاقدين جادة عند التعاقد جازمة وينشأ على الرجح عقدا ملزما لطرفيه وسبب الخلاف عندهم في التكييف هل الاستصناع موعدة أم بيع؟ وهل موضوع العقد ينصب على وعد من العامل بصنع سلعة للمستصنع أم أنه انصب على بيع عين موصوفة في الذمة، فمنهم من قال هو موعدة ابتداءً وينعقد عند الفراغ بيعا بالتعاطي، ومنهم من قال اجارة أشخاص ابتداءً وعقد بيع انتهاءً جاء في الفتاوى الهندية «الاستصناع ينعقد إجارة ابتداءً ويصير بيع انتهاءً قبل التسليم» الفتاوى الهندية، ج ٣، ص ٢٠٧. وجاء في البحر الرائق «فالحاكم الشهيد والصفار ومحمد ابن سلمة وصاحب المنثور أنه موعدة، وإنما ينعقد بيعا عند الفراغ بالتعاطي ولهذا كان للصانع أن لا يجبر عليه «ابن نجيم البحر الرائق، ج ٦/ص ١٧١.

والشاهد من ذلك أن عقد الاستصناع دخل فيه عنصر العمل الذي من سماته أن يكون في المستقبل، فهو التزام من الصانع بالقيام بعمل أي وعد منه ولكن غرض العقد الحقيقي ان ينصب الاتفاق لا على العمل إنما على العين فكان بيع عين موصوفة في الذمة وهذا تحليل دقيق من الفقه الحنفي، وفيه فتح لأنه بإجازته أجازوا بيع المدوم ممكن الوجود ممكن ضبط صفته ومقداره.

ولو كان العقد بيعاً لوحده دون أن يدخل عنصر العمل لما جاز العقد على عين قيمية، فنحن نعلم أن الفقهاء أجازوا بيع المال المثلي بالتقدير وإن كان غير موجود، لأنه يثبت في الذمة ويكون حقا شخصيا ولا تنتقل الملكية إلا إذا حصل الافراز والتسليم، ولكن الأعيان لا تثبت في الذمة ويشترط وجودها عند العقد، وبلاستصناع أجاز الحنفية التعاقد على مال قيمى غير موجود إذا استطعنا أن نضبط وصفه لدخول عنصر العمل جاز بيع سلعة توجد في المستقبل وبه تم جمع عقد العمل والبيع في عقد واحد سمي استصناعا.

ونجد كثيرا من التصرفات التي أقرها الفقهاء وتكون قائمة على الالتزام بالقيام بالعمل في المستقبل مثل النذر الذي يكون التزام بالقيام بعمل مادي أو قانوني مستقبلا والإيجاب الممتد الذي يكون ملزما للموجب طيلة المدة التي التزم بها وينعقد به العقد إذا ارتبط به القبول وأغلب عقود التبرعات في الفقه هي عقود عينية، ينعقد العقد بالإيجاب والقبول ولكن لا تظهر قيمة للعقد إلا إذا قام بعد الانعقاد بعملية التسليم، وكذلك كما قلنا كل الشروط المترتبة بالعقود تقوم على فكرة الالتزام بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل مستقبلا، وطبيعة العقود التي تنظم الالتزام بالقيام بعمل قائمة على تنظيم عمل فيما يستقبل من الزمان وقد يشمل العمل التصرفات المادية والقانونية.



فاتفاقيات الإطار التي تقوم بها البنوك الإسلامية مع الشركات لتنظيم عقد بيع سلع عند طلبها هي اتفاقيات تنظيم عمل بيع فيما يستقبل من الزمان وكذلك سقف المربحات كل هذه العقود أساسها فكرة الالتزام بالقيام بأعمال وتصرفات قانونية مستقبلا تكون ملزمة لأطرافها، وكذلك عقود التوريد والعطاءات اتفاق على أسعار سلع مضبوطة أو صافها، وعلى تنظيم القيام بأعمال بيع متتالية طيلة عام أو أكثر وتكون كذلك ملزمة لأطرافها.

والأصل أن لا يبقى العلماء الأفاضل يحكموا على عقد الوعد والمواعدة على أساس أنها عقد بيع وهي عقود موضوعها ومقتضاها التزام بالقيام بأعمال البيع والشراء في المستقبل وهذه عقود ملزمة تنشأ حقوقا شخصية لا حقوق عينية كالتي ينشأها عقد البيع الذي يكون مقتضاه حقا عينيا بنقل ملكية عين للمشتري.

والذي نخلص إليه من البحث ما يلي:

- ١- مفهوم الشركة والشراكة في الفقه الإسلامي مفهوم واسع ولا يقتصر على الصيغ التي وردت في مصادرنا الفقهية وقد يندرج تحت هذا المفهوم صيغ جديدة والأصل أن تأخذ الأحكام التي تتفق مع طبيعتها والغرض التي أعدت من أجله ضمن الضوابط الشرعية التي تضبط الشركة والعقود.
- ٢- تعتبر أغلب شركات العقد حسب القوانين السارية شخصا حكما بمجرد تكوينها وتسجيلها أي لها ذمة مالية مستقلة ويكون الشركاء لهم حصة في رأس مالها لا أعيانها.
- ٣- الأصل أن رأس المال شرعا وفي القوانين التجارية في الشركات غير قابل للإجارة بعكس الأعيان فهي قابلة للتأجير.
- ٤- صيغة المشاركة المتناقصة بطبيعتها تقبل أن تكون شركة عقد وأن تكون شركة ملك اختيارية وطبيعة العقد وقصد أطرافه هي التي تحدد ذلك ولكل صيغة منها إيجابيات وسلبيات تم التطرق إليها بالبحث وقصر هذه الصيغة على أحدهما قد يكون فيه تضيق على الصناعة المالية الإسلامية.
- ٥- إذا كيفت المشاركة المتناقصة على أي من الشركتين وجب أن تبنى أحكامها وآثارها على الشركة التي كُتبت عليها.
- ٦- الأفضل لصيغ التمويل الإسلامي أن تنتقل بها من المعيرة إلى التقنين حتى تكون لكل صيغة أحكامها الخاصة التي تتلائم مع طبيعتها والغرض التي أنشأت من أجله.
- ٧- إذا كيفت المشاركة المتناقصة على أساس أنها شركة ملك اختيارية أو تم التعاقد على هذا الأساس يسري عليها أحكام الملك الشائع ويكون البنك مالكا فيها لحصة شائعة في أصل لا حصة في رأس مال الشركة.
- ٨- يجوز لمصاحب الحصة الشائعة في الأعيان يبيعها وإجارتها بالسعر والأجرة التي يريد ما دام كامل الأهلية.



- ٩- الأصل أن البنك يستطيع مع العميل تنفيذ اتفاقيه إطار أو مواعدا للمشاركة المتناقصة ينظم فيها أطراف العقد الأعمال والتصرفات القانونية التي سيقوم بها في المستقبل وينظر إلى هذه الاتفاقية على أساس أنها التزامات متقابلة متكاملة يجمعها رابط قانوني واحد موضوعه التزامات قيام بعمل بالمستقبل أو امتناع عن عمل وتنشأ حقوقا شخصية بين أطرافها ويتفق فيها على طبيعة ومحل الأعمال المنوي القيام بها وتكون ملزمة للأطراف ديانة وقضاء.
- ١٠- ما تم الاتفاق عليه في اتفاقية الإطار من البيع والشراء بالتدرج لا يعد عقود بيع فالبيع بطبيعته لا يقبل الإضافة إلى المستقبل وكل عملية بيع تتم تنتقل الملكية فيها إلى المشتري في وقتها.
- ١١- سبب الاختلاف في قضية إضافة البيع إلى المستقبل بين جمهور الفقهاء وابن القيم وابن تيمية أنه يجب أن نضرب بين حكم العقد أو مقتضاه وأثار العقد، فالبيع عقد فوري مقتضاه وموجبه نقل ملكية عين بعوض، وهذا الحكم يثبت بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول وبطبعه لا يقبل الإضافة إلى المستقبل، بينما أثار العقد هي الالتزامات التي تجب على طرفيه بعد التعاقد كتسليم المبيع والثمن ولا ينشأ هذه الالتزامات إلا العقد الصحيح. وحقيقة هذه الالتزامات قيام بعمل أو امتناع عنه والالتزام بالقيام بعمل يقبل بطبعه الإضافة إلى المستقبل وكل الأدلة التي ساقها ابن تيمية وابن القيم -رحمهما الله- انصبت على قبول الآثار للإضافة وهذا لا يخالفهم فيه جمهور الفقهاء.
- ١٢- كل التزام لا يحصل مقتضاه إلا بمرور الزمن أو كان الزمن عنصرا جوهريا في تكوينه أو كان مقتضاه التزام بالقيام بعمل أو امتناع عن عمل فإنه يقبل الإضافة إلى المستقبل.
- ١٣- الالتزام بالقيام بعمل أو بالامتناع عن العمل العقد بين طرفيه يكون منظما للأعمال التي سيقوم بها الأطراف مستقبلا سواء إن كانت هذه الأعمال مادية أو قانونية كالبيع أو الشراء ويندرج تحت هذا البند الاتفاقية المنظمة للمشاركة المتناقصة.
- ١٤- لا يستطيع الأطراف في الالتزامات بعمل أن يجبروا الطرف الآخر على التنفيذ العيني بقوة القانون، ولكن لهم حق رفع دعوى تعويض عن الأضرار في حالة الإخلال بالتزاماتهم.
- ١٥- يجب أن يراعى في عقد المشاركة المتناقصة إن كُيِّفَت على أساس شركة ملك اختيارية أحكام الملكية الشائعة في القوانين المدنية السارية.



مؤتمر شورة الفقهي الثامن 8th Shura Fiqh Conference

فندق فور سيزونز - دولة الكويت
12-11 ربيع الآخر 1441 هـ - 9-8 ديسمبر 2019 م

البحث الرابع

تطوير المشاركة المتناقصة في الأصول الثابتة

فضيلة الشيخ / أ.د. محمد علي كليب الهدية

الرابع الرئيسي



بيت التمويل الكويتي
Kuwait Finance House



موفتنيك
فندق وريزيدنس برج هاجر مكة



الرابع الفضي

بنك بويان
Boubyan Bank

الرابع الذهبي

الإحتياز
ALIMTAZ GROUP

الرابع البلاتيني

البنك الأهمان المتحد
ahli united bank



النقل المحلي



شركة سمكار لخدمات
تأجير السيارات

الشريك الاستراتيجي



اتحاد مصارف الكويت
Kuwait Banking Association

بالتعاون مع



الجمعية الإسلامية للتمويل والتجارة

تنظيم



بيت التمويل الكويتي
Kuwait Finance House



بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة:

الحمد لله الواحد القهار، مُكَوِّرُ النهار على الليل، ومُكَوِّرُ الليل على النهار، وأصلي وأسلم على خير المصطفين الأخيار محمد صلى الله عليه وسلم، وعلى آله وصحبه الأخيار، صلاة وسلاماً دائماً متلازمين ما تعاقب الليل والنهار.

وبعد:

فإن المالية الإسلامية بلغت مبلغاً كبيراً من ناحية التطوير، والتكييف، وضبط أحكام المنتجات المالية في المؤسسات الإسلامية بما لا يخالف الشريعة الإسلامية، ومرد ذلك -بعد توفيق الله- إلى جهود كبار العلماء والباحثين في العالم الإسلامي في بحث هذه المعاملات، وتحريرها، ودراستها، فعقدت المؤتمرات والمجامع الفقهية لحل الإشكالات التي تواجه المؤسسات المالية الإسلامية في عملها، ومن ذلك: الندوات العلمية لمجمع الفقه الإسلامي الدولي، ومؤتمر هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (الأبوفى).

وإن من أهم المؤتمرات في هذا الصدد مؤتمر شوري الفقهية الذي أخذ موقعه، وذاع ذكره الطيب بين المؤتمرات الفقهية في الصناعة المالية الإسلامية، فناقش عدة قضايا في هذا الباب، وفي نسخته السابعة تطرق المؤتمر لمسألة البيع المضاف إلى المستقبل، والإجارة المضافة إلى المستقبل، وأثرها في منتج المشاركة المتناقصة، ولم يصل المؤتمر الفقهي السابع إلى قرار في هذه المسألة؛ للخلاف في هذه المسألة.

ولا شك أن منتج المشاركة المتناقصة من أهم المنتجات التمويلية في النظام المالي الإسلامي، ويُعد من أهم الفوارق بينه وبين النظام التقليدي، وعلى الرغم من أن هذا المنتج قد أخذ حظه ونصيبه من التأصيل الفقهي والنظري؛ إلا أنه بقي حبيس الإطار النظري في كثير من الدول الإسلامية، وأصبح منتجاً غير قابل للتطبيق؛ للمخاطر العالية المحتفة به، وهذا المنتج غير مطبق في البنوك الإسلامية في الكويت، وإن من المعاملات غير النمطية في الكويت ما يجعل العمل بها يشترط أخذ موافقة البنك المركزي الكويتي، وبعض العاملين يقرر رفض هذه المعاملة من البنك المركزي؛ لما فيه من مخاطر عالية في الأصول، وليست المخاطر الائتمانية فحسب.

ومؤتمر شوري الثامن تنبّه لهذا الأمر، فقرّر البحث في تطوير منتج المشاركة المتناقصة في الأصول الثابتة، وكان الشرف لباحث هذه الدراسة المشاركة فيها، أسأل الله أن يجعل فيه النفع والرشد والسداد.

وقد قسم الباحث دراسته إلى ثلاثة مباحث: الأول: مفاهيم ومحددات الدراسة. والثاني: في التكييف الفقهي للشركة في منظومة المشاركة المتناقصة. والثالث: في تطوير المشاركة المتناقصة لتمويل الأصول الثابتة. وفيما يأتي تفصيل الخطة:



خطة البحث:

- **المبحث الأول: محددات الدراسة:**
 - **المطلب الأول:** مفهوم الشركة لغةً واصطلاحًا.
 - **المطلب الثاني:** مفهوم الأصول الثابتة.
 - **المطلب الثالث:** مفهوم المشاركة المتناقصة.
- **المبحث الثاني: التكييف الفقهي للشركة في منظومة المشاركة المتناقصة:**
 - **المطلب الأول:** تكييف المشاركة المتناقصة على أساس شركة العقد.
 - **المطلب الثاني:** تكييف المشاركة المتناقصة على أساس شركة الملك.
 - **المطلب الثالث:** تكييف المشاركة المتناقصة على أساس بيع الوفاء.
- **المبحث الثالث: تطوير المشاركة المتناقصة لتمويل الأصول الثابتة:**
 - **المطلب الأول:** بيع حصة الجهة الممولة للعميل على أساس العقد المضاف (المواعدة الملزمة).
 - **المطلب الثاني:** شراء العميل المتمول حصة المصرف على أساس التعهد بالقيمة الاسمية.
 - **المطلب الثالث:** ضمان الطرف الثالث في المشاركة المتناقصة.



المبحث الأول

محددات الدراسة

يتناول الباحث في هذا المبحث مفهوم الشركة لغةً واصطلاحاً عند الفقهاء، ومفهوم الأصول الثابتة عند الفقهاء المعاصرين والمحاسبين، ويختم المبحث بالكلام عن مفهوم المشاركة المتناقصة.

المطلب الأول

مفهوم الشركة لغةً واصطلاحاً

- أولاً: مفهوم الشركة لغةً

الشركة من: «شرك»، والشين والراء والكاف: أصلان، الأول يدل على خلاف الانفراد، فالشركة تكون بين اثنين لا ينفرد بها أحدهما، وأما الأصل الثاني: فيدل على الامتداد، ومنه: شراك النعل؛ أي: الحيل الذي تُربط به النعل، ومنه أيضاً شراك الصيد؛ فهو شيء ممتد، وهذا أيضاً يظهر في معنى الشركة عند الناس، فهي امتداد حق كل شريك إلى مال شريكه؛ حيث يصبح كالمال الواحد، وفي نفس هذا المعنى ما جاء في حديث أبي بكر الصديق رضي الله عنه من قول النبي ﷺ: (أعوذ بالله من شرّ الشيطان وشركه)^٢؛ روي بفتح الشين والراء؛ أي: من خبائله ومصائبه.

وأيضاً ترد الشركة: الخلطة والمخالطة بين الشريكين، وأيضاً تُطلق الشركة على استواء الشريكين في الحق، كقولك: طريق مشترك يستوي فيه الناس^٣.

- ثانياً: مفهوم الشركة اصطلاحاً

١. الشركة عند الحنفية: عبارة عن عقد بين المتشاركين في الأصل والربح^٤.

فهي عقد من العقود، يحتاج إلى إيجاب وقبول من الشركاء، وموضوع هذه الشركة أصل المال، ونماء هذا المال، فلا يجوز أن يختص بعض الشركاء دون بعض في استحقاق الربح المتحصل من استثمار المال المشترك، وهذا يشمل نوعي الشركة عند الحنفية: الملك، والعقد.

٢. الشركة عند المالكية: يقول ابن عرفة: (الشركة الأعمية: تقرر متمول بين مالكين فأكثر ملكاً فقط، والأخصية: بيع مالك كل بعضه ببعض كل الآخر موجب صحة تصرفهما في الجميع)^٥.

فهذا التعريف يشمل أنواع الشركة: الملك، والعقد^٦؛ لكن تبين في التعريف أن الشركة بالإطلاق الخاص يُراد بها شركة العقد التي يحصل فيها امتداد بين حقوق الشركاء، كما مر في المعنى

٢- ابن فارس، مقاييس اللغة (٢/٢٦٥).

٣- أبو داود، السنن (٤/٣١٦) (ج٥٠٦٧).

٤- ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث والأثر (٢/٤٦٧).

٥- ابن منظور، لسان العرب (١٠/٤٤٩).

٦- ابن عابدين، رد المحتار المشهور ب: (حاشية ابن عابدين) (٤/٢٩٩).

٧- الرصاع، شرح حدود ابن عرفة ص: ٢٢٢.

٨- المرجع السابق.



اللغوي، وهذا الامتداد من الناحية الفقهية يكون عن طريق عقد البيع، ويكون الثمن بعض حصة الشريك، والمثمن الذي يحصله كائن في حصة شريكه، والمفهوم المشهور عند المالكية أن الشركة: (إذن في التصرف لهما مع أنفسهما)^٩؛ لكن هذا التعريف مقصور على شركة العقد، ولا يدخل فيه شركة الملك التي عدّها بعض المعاصرين في تكييف المشاركة المتناقصة، كما يجيء بإذن الله.

٣. الشركة عند الشافعية: ثبوت الحق في شيء لاثنتين فأكثر على جهة الشيوخ^{١٠}، وبعبارة أدق: ثبوت الحق شائعاً في شيء واحد، أو عقد يقتضي ذلك^{١١}.

المفهوم الأول شامل لكل شيء يثبت فيه الحق، بشرط أن يكون شائعاً، أما ما يكون مقسوماً فلا يدخل في مفهوم الشركة.

وأما المفهوم فهو شامل لشركة العقد وشركة الملك، فقله: (ثبوت الحق) يقصد به شركة الملك، وقوله: (عقد يقتضي ذلك) يقصد به شركة العقد، كما يقول بعض الباحثين^{١٢}، والذي يظهر أن الشافعية لم يقصدوا بالتعريف شركة الملك، وإنما قصدوا فقط تعريف شركة العقد بأنواعها، كما يقول الإمام الرُّملي: (ومقصد الباب شركة تحدث بالاختيار بقصد التصرف وتحصيل الربح، وليست عقداً مستقلاً، بل هي في الحقيقة وكالة وتوكيل)^{١٣}.

٤. الشركة عند الحنابلة: اجتماع في استحقاق أو تصرف^{١٤}.

وتعريف الحنابلة أيضاً شامل لأنواع الشركات، من شركة ملك كما في قوله: (في استحقاق)، كما يشمل شركة العقد بقوله: (أو تصرف)^{١٥}.

- أنواع الشركات عند الفقهاء:

لن يفصل الباحث في أنواع الشركات كلها، وإنما سيتم تناول مسألتين؛ هما: شركة الملك والعقد، والفرق بينهما، ومفهوم شركة العنان عند الفقهاء لتعلقها في موضوع البحث.

- شركة الملك والعقد:

فيظهر من المفاهيم السابقة أن شركة الملك لا يُقصد بها العمل التجاري، وإنما مجرد الملك، وهذا الملك قد يكون إجبارياً، كما في الميراث، وقد يكون الملك اختياريّاً، كأن يشتري اثنين فأكثر منزلاً بينهما بقصد السكن، أو الاستغلال، وهذا النوع لا تُعدّه القوانين المدنية شركة، وإنما تطلق عليه مصطلح الشيوخ، أو المال الشائع^{١٦}.

٩- الحطاب، مواهب الجليل (١١٧/٥).

١٠- الشرييني، مغني المحتاج (٢٢١/٣).

١١- الرملي، نهاية المحتاج (٣/٥).

١٢- مصطفى الخن وآخرون، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي (٥٧/٧)، رشاد خليل، الشركات في الفقه الإسلامي ص: ١٥.

١٣- الرملي، نهاية المحتاج (٣/٥).

١٤- ابن قدامة، المغني (٣/٥).

١٥- البهوتي، كشف القناع (٤٩٦/٣).

١٦- انظر مثلاً: القانون المدني المصري مادة ٨٢٥، والقانون المدني الكويتي مادة ٨١٨، كما أطلق عليها: (الشيوخ في الملكية)، معيار الشركة والشركات الحديثة في فقرة نطاق المعيار. انظر: هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (الأبوي)، المعايير الشرعية، معيار الشركة والشركات الحديثة (معيار معدل) ص: ٢٢٥، سنة النشر: ٢٠١٨م.



كما أن شركة العقد هي التي يُقصد بها التجارة والكسب والربح؛ وهي المقصودة في تقرير الأحكام، ووضع باب الشركة عند الفقهاء، وأكثرها انتشاراً وذكرًا ما يُطلق عليه عند الفقهاء بـ: (شركة الأموال)، وتضم: العنان، والمفاوضة، والمضاربة^{١٧}.

١- مفهوم شركة العنان:

٢- ذهب الجمهور الحنفية^{١٨} والشافعية^{١٩} والحنابلة^{٢٠} إلى أن شركة العنان تتضمن خلط مال الشركاء خلطاً لا يميزها؛ ليعمل فيه الشركاء، وما نتج من ربح فهو بينهم على حسب حصصهم^{٢١}، أو على ما يتفقون عليه.

يُفهم من هذا التعريف أن الشركة تتضمن وكالة كل شخص للآخر؛ ليعمل في مال الشركة، وبعد انعقاد الشركة تكون الوكالة سارية بين الشركاء.

٣- وذهب المالكية^{٢٢} إلى أن شركة العنان تُعد من شركة العقد (الأموال)؛ لكن لا يستبد أحد الشركاء في التصرف؛ بل لا بد أن يستأذن شريكه في كل تصرف، فإن حصل الإذن والوكالة فتعد شركة مفاوضة في مصطلحهم.

ومردّد الخلاف بين الجمهور والمالكية في تفسير معنى العنان؛ وهو التساوي، ففسره الجمهور بأنه التساوي في الإذن من التصرف في أي عمل، وفسره المالكية بأنه التصرف في التساوي في كل صفقة.

المطلب الثاني

مفهوم الأصول (الموجودات) الثابتة (Properties)

أولاً: مفهوم الأصول الثابتة لغةً

الأصل في اللغة هو أساس الشيء^{٢٣}، كما في قوله تعالى: ﴿كَشَجَرَةٍ طَيِّبَةٍ أَصْلُهَا ثَابِتٌ وَفَرْعُهَا فِي السَّمَاءِ﴾^{٢٤}، وقد يُطلق الأصل بمعنى أسفل الشيء، واستأصلت الشجرة: أي: ثبت أصلها أسفل منها في الأرض^{٢٥}.

والثابت في اللغة من: «ثبت»؛ وهو دوام الشيء^{٢٦}، كما في الآية السابقة، وقد يُراد بالثابت الحبس، كقولك لشخص: ثبت، أو ثبت فلان؛ أي: حبسته، والثابت من القول: أي: الصحيح،

١٧- ابن عابدين، رد المحتار (٣١٠/٤)، وابن رشد الجد، المقدمات الممهدة (٣٥/٣).

١٨- ابن عابدين، رد المحتار (٣١١/٤).

١٩- الشرييني، معني المحتاج (٢٢٣/٣).

٢٠- البُهوتي، كشاف القناع (٤٩٧/٣).

٢١- اشترط الشافعية كون الربح في العنان حسب الحصص.

٢٢- الصاوي، بلغة السالك إلى مذهب مالك (٤٧١/٣).

٢٣- ابن فارس، مقاييس اللغة (١٠٩/١).

٢٤- سورة إبراهيم: ٢٤.

٢٥- ابن منظور، لسان العرب (١٦/١١).

٢٦- ابن فارس، مقاييس اللغة (٣٩٩/١).



كما في قوله تعالى: ﴿يُثَبِّتُ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا بِالْقَوْلِ الثَّابِتِ فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَفِي الْآخِرَةِ﴾²⁷.

فيكون معنى الأصول الثابتة من الناحية اللغوية: هي الأشياء التي لها أصل الأرض، وهي ثابتة؛ أي: دائمة الوجود غالباً.

- ثانياً: مفهوم الأصول الثابتة اصطلاحاً

الأصول الثابتة أو الموجودات مصطلح محاسبي معاصر لم يوجد عند الفقهاء الأقدمين، وإن تناولوا بعض بنوده، مثل: مفهوم العقار، والدابة المستعملة في شركة الأبدان، أو ما يُطلق عليه مصطلح: (عروض التقنية)²⁸.

تعرف الأصول الثابتة عند المحاسبين بأنها الأشياء الملموسة، تحتفظ بها المنشأة لاستخدامها في إنتاج، أو توريد السلع، أو الخدمات، أو في التأجير للغير، أو في أغراضها الإدارية، ومن المتوقع استخدامها لأكثر من عام²⁹.

فَيُفْهَم من التعريف أن الأصول الثابتة هي التي تقتنيها الشركة بغرض استخدامها في نشاطها التجاري، وليست من قبيل مبيعاتها، ويَشْتَرَطُ ليكون الأصل ثابتاً أن يُسْتَعْمَلَ لأكثر من عام؛ أي: لأكثر من دورة محاسبية واحدة، لكن هذا المفهوم يحصر الأصول الثابتة في الأشياء الملموسة فقط، وهو بذلك لا يشمل العلامة التجارية، أو حقوق الابتكار³⁰، وإن كانت هذه الأمور داخلة في مفهوم الأصول الثابتة؛ لوجودها أكثر من عام، وضخامة مبلغها غالباً³¹.

- تقسيم الأصول الثابتة:

يقسم دليل الإرشادات الصادر عن بيت الزكاة الأصول الثابتة إلى ثلاثة أنواع³²:

- ١- الموجودات الثابتة التشغيلية: هي الأمور التي تُشْتَرَى لغرض استخدامها في نشاط الشركة، وليس لغرض إعادة بيعها، مثل: الآلات، والمباني.
- ٢- الموجودات الثابتة التشغيلية: هي الأصول الدائرة للدخل، وتُسمَّى عند الفقهاء بالمستغلات، كالمعد للإيجار من سيارات وعقارات، بهدف تحصيل الدخل، وتُباع إن أمكن بيعها، وهذه أدرجت تحت مصطلح الأصول الثابتة لامتلاك المؤسسة لها أكثر من عام.
- ٣- الاستثمارات العقارية: وهي الأصول العقارية التي اشترت بغرض المتاجرة بها، كالأراضي التي تُشْتَرَى لبناء عمارات أو بيوت، ثم تباع، وهذه من الناحية المحاسبية لا

٢٧- سورة إبراهيم: ٢٧.

٢٨- بيت الزكاة الكويتي، دليل الإرشادات لحساب زكاة الشركات ص: ٣٠.

٢٩- معيار المحاسبة المصري رقم ١٠ لسنة ٢٠١٥م المعدل الخاص بالأصول الثابتة وإهلاكها مادة ٦، ومعيار المحاسبة الدولي رقم ١٦ لسنة ١٩٩٨م مادة ٦.

٣٠- حق الابتكار هو: سلطة الشخص على شيء غير مادي. راجع: شبير، محمد عثمان، المعاملات المالية ص: ٢٣، ومفهوم الابتكار في القانون: الطابع الإبداعي الذي يسبغ الأصالة والتميز على المصنف. انظر قانون رقم ٢٢ لسنة ٢٠١٦م الخاص بحقوق المؤلف - الكويت: مادة رقم ١، فقرة ٢.

٣١- مندر قحف، زكاة الأصول الثابتة ص: ٢٣، بحث منشور في مجلة الاقتصاد الإسلامي بجامعة الملك عبد العزيز، مجلد ٧ لسنة ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م، صفحات البحث من: ٢١ - ٧٢.

٣٢- دليل الإرشادات ص: ٢١ و٢٢.



تدخل ضمن مفهوم الأصول الثابتة؛ إلا أن بعض الميزانية العمومية تدرجها تحت بند الأصول الثابتة؛ لوجودها لأكثر من عام.

- الأصول الثابتة في اصطلاح الفقهاء:

مرّ أن دليل الإرشادات لحساب الزكاة عدّ الموجودات الثابتة من قبيل عروض القنية، وعروض القنية عند الفقهاء: هي ما ملك بذهب، أو فضة، أو بعوضهما، أو بغير ذلك، ولم يقصد به غلة ولا ربحاً^{٣٣}. أو: هي التي يتخذها الإنسان لنفسه لا للتجارة، أو ما يتخذها الإنسان للانتفاع بثمرته لا لبيعه، سُمّيت بذلك من (قنوت المال)؛ أي: ثبوته وعدم حركته^{٣٤}.

المطلب الثالث

مفهوم المشاركة المتناقصة

المشاركة المتناقصة أو ما يُطلق عليها عند بعض الباحثين بالمشاركة المنتهية بالتمليك^{٣٥}: تنوعت تعريفات الباحثين وهيئات الإفتاء الجماعي المعاصر لها، ومن هذه التعريفات:

- أولاً: تعريفات هيئات الإفتاء الجماعي:

١- مجمع الفقه الإسلامي الدولي (٢٠٠٤م)^{٣٦}: معاملة جديدة تتضمن شركة بين طرفين في مشروع ذي دخل، يتعهد فيها أحدهما بشراء حصة الطرف الآخر تدريجياً، سواء كان الشراء من حصة الطرف المشتري في الدخل، أم من موارد أخرى^{٣٧}.

من خلال التعريف يظهر أن مجمع الفقه الإسلامي يعدّ هذا المنتج معاملة جديدة، وهي شركة في مشروع يدرّ دخلاً، وتتضمن تعهداً من أحد الشريكين بالشراء من العميل، أو البيع من المؤسسة الممولة، ويكون التناقص في الملكية تدريجياً.

هذا المفهوم وإن كان دقيقاً إلا أن مجمع الفقه الإسلامي بنى القرار على غالب الصور لهذا العقد، فذكر أن محل الشركة مشروع ذي دخل، وكون المشروع ذا دخل ليس شرطاً للتعامل بهذا المنتج، وإن كان هذا الغالب، كذلك تم ذكر الشراء تدريجياً، وهذا أيضاً ليس شرطاً في المعاملة، وإن كان الأغلب، أما مسألة التعهد فتجوز من جانب واحد؛ لكن حصر هذا التعهد في صورة الشراء يعني صدوره من المتمول، ومن الممكن صدوره من الجهة الممولة ببيع حصتها للعميل.

٣٣- الرصاع، شرح حدود ابن عرفة ص: ٧٦.

٣٤- قلعجي، قنيبي، معجم لغة الفقهاء ص: ٣٧١.

٣٥- منهم محمد عثمان شبيب، المعاملات المالية المعاصرة ص: ٢٢٢، الناشر: دار النفائس - عمان، الطبعة السادسة: ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٧م.

٣٦- أول ما عرضت فيه مسألة المشاركة المتناقصة في الدورة الثالثة عشرة في الكويت سنة ٢٠٠١م مجمع الفقه الدولي، لكن المجمع لم يصدر قراراً فيه، وأرجأ الموضوع إلى دورة أخرى لمزيد من البحث والدراسة، وذلك لحصول الخلاف حول أحكام هذه الشركة، أهمها: تكييف هذا العقد كما يجيء في المبحث القادم بإذن الله.

٣٧- قرار رقم: ١٣٦ (٢/١٥) الخاص بالمشاركة المتناقصة وضوابطها الشرعية، مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة الخامسة عشرة (سلطنة عمان) سنة: ٢٠٠٤م.



٢- هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (٢٠١٥م): هي عبارة عن شركة يتعهد فيها أحد الشركاء بشراء حصة الآخر تدريجياً، إلى أن يملك المشروع بكامله، وأن هذه العملية تتكون من شركة في أول الأمر، ثم البيع والشراء بين الشريكين، ويقع البيع والشراء بعقد منفصل عن الشركة، ولا يجوز أن يُشترط أحد العقدين في الآخر^{٣٨}.

من خلال هذا التعريف يظهر اعتبار هذا المنتج من جملة الشركات، وإن كان الغرض منه التمويل، وليس المشاركة، كما نصت المعايير في مستند الأحكام أن هذا المنتج يُعد من قبيل شركة العنان، كما سيأتي في المبحث الثاني، كما بين التعريف بعض الخطوات التنفيذية لهذا العقد، وشيئاً من أحكامها، ككونه من قبيل التعهد.

- ثانياً: تعريفات الباحثين المعاصرين:

١- تعريف أ.د. نزيه حماد (٢٠٠١م): هي اتفاق طرفين على إحداث شركة ملك بينهما في مشروع، أو عقار، أو منشأة صناعية، أو غير ذلك، على أن تنتهي بانتقال حصة أحد الشريكين (الممول) إلى الآخر تدريجياً بعقود بيع مستقلة متعاقبة^{٣٩}.

نص صاحب التعريف على كون هذه الشركة من قبيل شركة الملك، وهذا محل نظر؛ كما سيأتي في المبحث القادم، كما أن الحصة تنتقل تدريجياً بعقود بيع متعاقبة؛ يعني: فترة بعد فترة، ومستقلة لا تتعلق بعقد الشركة، وهذا لا يُشترط في نقل الملكية للعميل الممول، وإن كان هو الأغلب في التطبيق.

٢- تعريف أ.د. عجيل النشمي (٢٠٠١م): شركة يعطي أحد الشركاء الحق للشريك الآخر في الحلول محله في ملكية نصيبه دفعة واحدة، أو على دفعات، وذلك بتجنب جزء من الدخل لسداد أصل حصة الشريك مع حصة من صافي الدخل، حسب ما يتفقان عليه^{٤٠}.

نص صاحب التعريف على أن أحد الشركاء من يقوم بالتنازل عن حصته، ولم يحدد أن المصرف هو المتنازل، وأن التنازل وإحلال الشريك الممول في الملكية قد يكون دفعة واحدة، كما قد يكون بدفعات؛ وهو الأغلب، إلا أن التعريف لم ينص على استقلال عقود بيع الحصة عن عقد الشركة.

٣- تعريف أ.د. محمد عثمان شبير (٢٠٠٧م): شركة يعطي المصرف فيها الحق للشريك في الحلول محله في الملكية، دفعة واحدة، أو على دفعات حسب ما تقتضيه الشروط المتفق عليها^{٤١}.

٣٨- هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (الأيوبي)، المعايير الشرعية، معيار الشركة والشركات الحديثة (معيار معدل) فقرة ١/٥، ص: ٢٤٥، سنة النشر: ٢٠١٨م.

٣٩- نزيه حماد، المشاركة المتناقصة أحكامها في ضوء ضوابط العقود المستجدة (٥١٣/٢)، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، العدد الثالث عشر، سنة: ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م.

٤٠- راجع: النشمي، عجيل جاسم، المشاركة المتناقصة أحكامها في ضوء ضوابط العقود المستجدة (٥١٣/٢) بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، العدد الثالث عشر، سنة: ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م.

٤١- شبير، المعاملات المالية ص: ٢٣٣.



٤- تعريف د. أحمد لطفي (٢٠١٥م): مشاركة يعطي فيها أحد أطرافها تعهداً، وهو المصرف بالتنازل عن حصته تدريجياً؛ بحيث يحل الطرف الآخر محله بنسبة يتم دفعها بالطريقة التي يتم الاتفاق عليها^{٤٢}.

نص صاحب التعريف على التنازل التدريجي، كما نص على أن التنازل يكون من جهة المصرف، مع إنه في نفس البحث انتقد حصر عملية المشاركة والتنازل في أن يكون المصرف الإسلامي^{٤٣}.

- يظهر من التعريفات السابقة ما يلي:

- ١- أن هذه الشركة مؤقتة، ولا يقصد العاقدان فيها الدوام^{٤٤}.
- ٢- نص غالب التعريفات على أن بيع حصة المؤسسة يكون تدريجياً.
- ٣- أن المؤسسة المالية (المصرف) هي التي تتنازل عن حصتها تدريجياً.
- ٤- أن غالبها غير جامع لصور تطبيق المشاركة المتناقصة، كالنص على البيع التدريجي للحصص.
- ٥- أن محل هذه الشركة يكون مشروعاً يدر دخلاً، وليس عقاراً للسكن والاستغلال^{٤٥}.

- التعريف المختار:

التعريف المختار لدى الباحث هو تعريف أ.د. عجيل النشمي، مع إضافة بند عدم الربط بين عقدي الشركة وبيع الحصص، فيكون التعريف كالاتي:

شركة يتعهد فيها أحد الشركاء في الحلول محل شريكه في تملك نصيبه دفعة واحدة، أو على دفعات، بعقود بيع مستقلة.

- أسباب اختيار التعريف:

- ١- عدم النص على صفة الشريك البائع لحصته، من كونه المصرف الإسلامي، أو غيره.
- ٢- جامع لصور بيع حصة الشركاء لبعضهم، فقد يكون بدفعة واحدة، أو على دفعات.
- ٣- النص على عقد البيع كوسيلة لنقل ملكية الحصة؛ لأنه العقد الذي تنتقل فيه ملكية الأشياء بين الناس.

٤٢- أحمد، أحمد محمد لطفي، أحكام المشاركة المنتهية بالتمليك في الفقه الإسلامي (دراسة فقهية مقارنة) ص: ٥٠، بحث منشور في مجلة الجامعة الخليجية - قسم القانون، مجلد ٥، عدد ٢ لسنة ٢٠١٥م.

٤٣- المرجع السابق.

٤٤- النشمي، المشاركة المتناقصة (١٣/٩٦٤).

٤٥- غالباً ما يُستعمل منتج الإجارة المنتهية بالتمليك لتلبية حاجات السكن، بينما تكون المشاركة المتناقصة لمقاصد الاستثمار والتجارة.



- مفهوم المشاركة المتناقصة في الأصول الثابتة:

شركة في شيء ملموس من عقار ونحوه تمتد لأكثر من عام، يتعهد فيه أحد الشركاء بتملك نصيب شريكه دفعة واحدة، أو على دفعات، بعقود بيع مستقلة.

المبحث الثاني

التكييف الفقهي للشركة في منظومة المشاركة المتناقصة

يُعدُّ العلماء المعاصرون منتج المشاركة المتناقصة من العقود المركبة بين عقد الشركة وعقد بيع للحصص في هذه الشركة؛ لكن الخلاف حصل في طبيعة هذه الشركة على ثلاثة أقوال: شركة ملك، أو شركة عقد ونوعها شركة عنان، أو شركة جديدة لها طبيعة وأحكام خاصة. وسيتناول الباحث هذه الآراء، كل منها في مطلب مستقل.

المطلب الأول

المشاركة المتناقصة من قبيل شركة الملك

تُعدُّ المشاركة المتناقصة من قبيل شركة الملك، وتأخذ أحكامها، وممن أخذ بهذا الرأي بعض المعاصرين؛ منهم: أ. د نزيه حماد^{٤٦}، وأ. د حسن الشاذلي^{٤٧}، وأ. د كمال حطاب^{٤٨}، وأ. د قطب سانو^{٤٩}، واستدلوا بما يلي^{٥٠}:

١- أن موضوع شركة الملك اختصاص اثنين فصاعداً بشيء معين، وهذا حاصل في منتج المشاركة المتناقصة في العقار الذي يرغب العميل التمويل بشرائه.

يناقش هذا الاستدلال: بأن شركة العقد أيضاً محلها اختصاص اثنين فصاعداً بمال الشركة؛ لكن الفارق بينهما العمل التجاري من عدمه، والمؤسسة المالية قصدت بهذا العقد التبرج، وليس مجرد التمويل (قرض حسن)، فإن شركة الملك الاشتراك في عين المال دون استثماره، أما الشركات التجارية فهي من شركة العقد^{٥١}.

٢- أن العميل مع المؤسسة المالية تملكاً محل الشركة بعقد واحد، ولا يقصد المصرف المشاركة التجارية في النشاط، وإنما تمويل العميل في مشاركته، ثم يبيعه للعميل مستقبلاً.

٤٦- حماد، المشاركة المتناقصة (١٣/٩٣٤).

٤٧- الشاذلي، حسن علي، المشاركة المتناقصة في ضوء العقود المستجدة (٢/٤٢٧)، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، العدد الثالث عشر، سنة: ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م.

٤٨- حطاب، كمال توفيق، المشاركة المتناقصة كأداة من أدوات التمويل ص: ٢٠، مجلة دراسات اقتصادية إسلامية، البنك الإسلامي للتنمية.

٤٩- قطب، سانو، المشاركة المتناقصة وضوابطها الشرعية (١/٥٥٤)، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، العدد الخامس عشر سنة: ١٤٢٥-٢٠٠٤م.

٥٠- نزيه حماد، التكييف الفقهي للشركة التي تقوم عليها منظومة المشاركة المتناقصة ص: ٥، بحث غير منشور.

٥١- راجع: الزرقا، المدخل الفقهي العام (١/٣٥٤).



يناقش هذا الاستدلال: صحيح أن المؤسسة المالية لا تقصد مشاركة العميل في ربح نشاطه التجاري؛ لكن يثبت لها الحق في ذلك لو أرادت، فالذي يمنعها من ذلك العرف المصري، والالتزام الأدبي، وليس عدم ثبوت الاستحقاق من الناحية الفقهية.

٣- عدم وجود وكالة بين الشركاء، وهذا من أهم الفروق بين شركة الملك والعقد.

يناقش هذا الدليل: لا يُسَلَّم بعدم وجود وكالة بين الشركاء في هذا المنتج؛ بل إن العميل المتمول له كافة الصلاحيات في إدارة المشروع، وإن كثيراً من المشاركات في التجارة المعاصرة لا تتضمن وكالة بين أطرافها؛ ولكن قصد الاستثمار والتجارة فيها واضح، ومع ذلك لم تخرج من شركة العقد إلى الملك^{٥٢}، كما في الشركة بين حملة الصُكوك^{٥٣}، والشركة بين المشتركين في صناديق الاستثمار، فتُعد من شركات الأموال^{٥٤}، كما أن كون هذه المشاركة المتناقصة يمكن أن تُعد شركة ملك إذا استُخدمت لتمويل المساكن والسيارات -وهذه غالباً تكون بالإجارة المنتهية بالتملك- أما إن استعملت في المشروعات المدرة للربح كانت شركة عقد^{٥٥}.

٤- أن المقصد من هذه الشركة هو تمكين العميل من تملكها، وليس المشاركة الدائمة، كما هو حاصل في شركات العقود^{٥٦}.

٥- يمكن أن يُستدل لهذا القول: أن شركة الملك في النظر الفقهي تُعد معرفة للتصرفات، وفيها التزامات على الشركاء، فلذلك كان الشركاء غالباً يحرصون على إزالتها بالبيع، أو التخرج، ولو رفض أحد الشركاء كان للمحكمة فض الشركة جبراً^{٥٧}، وهذا حاصل في المشاركة المتناقصة، فال مؤسسة المالية مع العميل يتفقان منذ بداية العقد على شكل التناقص ونقل الملكية لأحدهما (العميل غالباً).

المطلب الثاني

تكييف الشركة في المشاركة المتناقصة على شركة العقد (الأموال)

ذهب كثير من المعاصرين إلى تكييف الشركة عند إنشاء المشاركة المتناقصة على أساس شركة العنان، أو شركة أموال جديدة، وممن ذهب إلى ذلك هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات

٥٢- لطفی، المشاركة المتناقصة ص: ١٠.

٥٣- راجع: العثماني، محمد تقي، بحوث في قضايا فقهية معاصرة (٢٧٤/٢)، الناشر: دار القلم، دمشق، سنة: ١٤٢٢هـ - ٢٠١٣م.

٥٤- راجع: الصلاحيين، أد عبد المجيد، صناديق الاستثمار، مفهومها وخصائصها وأحكامها ص: ٩، بحث مقدم إلى مؤتمر أسواق الأوراق المالية والبورصات، المؤتمر العلمي السنوي الخامس عشر، جامعة الإمارات، كلية الشريعة والقانون، سنة: ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م.

٥٥- تقي العثماني، تعقيب على أبحاث المشاركة المتناقصة (٦٤٦/٢)، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، العدد الثالث عشر، سنة: ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م.

٥٦- قطب سانو، المشاركة المتناقصة (٥٥٤/٢).

٥٧- راجع: الزرقا، المدخل الفقهي (٣٥٤/١).



المالية الإسلامية^{٥٥}، ومن الباحثين: أد وهبة الزحيلي^{٥٦}، وأد محمد عثمان شبير^{٦١}، وأد عبد الستار أبو غدة^{٦١}، وأد عجيل النشمي^{٦٢}، واستدلوا بما يلي:

١- أنه في هذه الشركة يساهم كل من المؤسسة المالية (الممول) مع العميل (التمول) في تكوين رأس المال؛ على أن يُستعمل في مشروع يدرُ دخلاً، وهذه هي حقيقة شركة العنان عند الفقهاء، قال ابن قدامة: (شركة العنان: أن يشترك رجلان بمائيهما على أن يعملأ فيهما، بأبدانهما^{٦٣}، والريح بينهما)^{٦٤}.

نوقش هذا الدليل بأن: من أحكام شركة العنان وجود وكالة بين الشركاء، فيمكن للمؤسسة إدارة المشروع، وهذا غير حاصل في المشاركة المتناقصة.

ويُجاب عنه: بأنه لا يشترط في المشاركة المتناقصة الوكالة، كما مر في مناقشة أدلة القول الأول؛ بل يجوز عند الفقهاء أن يُعهد بالإدارة إلى أحد الشركاء^{٦٥}.

٢- أن هذه الشركة للمقصد التجاري، أُخذ فيها كثيرٌ من أحكام شركة العنان؛ مثل: عدم وجوب التساوي بين نسبة الحصة من رأس المال مع نسبة الربح، كما أنه لا يجوز ضمان أحد الشريكين لحصة شريكين، وعدم جواز التعهد بالقيمة الاسمية، فكل هذه الأحكام من أحكام شركة العنان، فوجب أن تأخذ حكمها^{٦٦}.

نوقش هذا الدليل: بأن من اختار هذا الرأي بنى هذه الأحكام من جواز المفاضلة في الربح حسب الاتفاق للتوهم أنها من قبيل شركة العنان، وهي ليست كذلك^{٦٧}.

يُضاف أيضاً: أن المشاركة المتناقصة وإن وُجدت فيها هذه الأحكام؛ إلا أنها تختلف عن العنان في أنها شركة مؤقتة في الأصل، بخلاف العنان، فالأصل فيها الاستمرارية؛ ابتغاء تنمية المال؛ إلا إذا فسخها أو وقتها الشركاء، وهذا يخالف قصد العاقدين في منتج المشاركة المتناقصة^{٦٨}.

٥٨- هيئة المحاسبة والمراجعة، المعايير الشرعية ص: ٣٦٢.

٥٩- الزحيلي، وهبة، المشاركة المتناقصة في ضوء العقود المستجدة (٤٨٨/٢)، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، العدد الثالث عشر سنة: ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م.

٦٠- شبير، المعاملات المالية ص: ٢٣٦.

٦١- أبو غدة، عبد الستار، المشاركة المتناقصة وضوابطها الشرعية (٢٩٦/١)، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، العدد الخامس عشر سنة: ١٤٢٥-٢٠٠٤م.

٦٢- النشمي، المشاركة المتناقصة (٥٦٥/٢).

٦٣- أبو غدة، المشاركة المتناقصة (٤٠٢/١).

٦٤- ابن قدامة، المغني (١٢/٥).

٦٥- راجع: الكاساني، بدائع الصنائع (٦٢/٦)، الهُوتي، كشاف القناع (٤٩٧/٣).

٦٦- أبو غدة، المشاركة المتناقصة (٣٩٤/١).

٦٧- حماد، المشاركة المتناقصة (٥١٩/٢).

٦٨- راجع: فهمي، حسين كامل، المشاركة المتناقصة وضوابطها الشرعية (٤٢٥/١)، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، العدد الخامس عشر سنة: ١٤٢٥-٢٠٠٤م.



يُجَاب على هذا الأمر: بأن الشركات عموماً مؤقتة لا يُقصد الدوام فيها؛ بل لا بد لها من أمد تنتهي عنده؛ وإن طال، وبعض الفقهاء كالحنفية^{٦٦} والحنابلة^{٦٧} أجازوا توقيت الشركة، وهو ما أخذت به المعايير الشرعية، كما يُفهم من معيار الشركة فقرة ٣/٦/١/٦: (تنتهي الشركة بانتهاء مدتها)، فتأقيت المشاركة المتناقصة لا يخرجها عن وصف شركة العقد.

المطلب الثالث

تكيف المشاركة المتناقصة على أساس بيع الوفاء

بعض الباحثين المعاصرين -ومنهم د. علي السالوس^{٦٨}- ذهبوا إلى أن المشاركة المتناقصة في صورها المعمول بها تُكَيَّف على أساس عقد الوفاء؛ بل أسوأ من بيع الوفاء^{٦٩}، وعليه: لا يجوز العمل بهذا المنتج، واستدل بما يلي:

١- أن من أحكام بيع الوفاء عند الحنفية أن البائع لا يُلزم بدفع مبلغ المبيع للمشتري إلا إذا رغب بإرجاعه للملكه، وعند العجز لا يُكلف شيئاً، ويستقر ملك المشتري عليه، أما في صورة المشاركة المتناقصة فالعميل مجبر على شراء حصة البنك بالطرق التي يتم الاتفاق عليها^{٧٠}.

يُجَاب عن هذا الاستدلال: بأن منتج المشاركة المتناقصة يختلف عن بيع الوفاء، إن أخذ شكل الرهن؛ لأن الرهن لا يجوز للمرتهن الانتفاع به، لكن المصرف الممول ينتفع بحصة وبربها في نصيبه في محل هذا العقد.

وفي بيع الوفاء المشتري مالك من جهة، وغير مالك من جهة، أما في المشاركة المتناقصة فملكية المصرف لحصته ملكية تامة، تجري عليها أحكام الملكية، من الانتفاع، والبيع، وغيرها من الحقوق^{٧١}.

كما أن في بيع الوفاء يكون البيع وطلب الإسترجاع بوفاء الثمن بعقد واحد، أما في المشاركة المتناقصة فيكون عقد بيع الحصة مستقلاً عن عقد الشركة^{٧٢}.

٦٨- راجع: ابن عابدين، رد المحتار (٣١٢/٤).

٦٩- ومذهب الحنابلة: جواز توقيت الوكالة، والشركة مبنية عليها. راجع: البُهوتي، كشاف القناع (٤٦٢/٣).

٧٠- السالوس، علي، المشاركة المتناقصة وضوابطها الشرعية (٥٠١/١)، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، العدد الخامس عشر سنة: ١٤٢٥-٢٠٠٤م. الشيخ السالوس يقر بأن الشركة في المشاركة المتناقصة يمكن أن تكيف على أنها شركة ملك أو شركة عقد، لكن التطبيق العملي يخالف هذا التكيف، فالشيخ لا يخالف أصل الفكرة وإنما يخالف على التطبيق الموجود.

٧١- بيع الوفاء: البيع الذي فيه عهد بالوفاء من المشتري بأن يرد المبيع على البائع حين رد الثمن، وتناول هذه المسألة متأخرو الحنفية وبعضهم يجري عليه أحكام الرهن، قال نجم الدين النسفي (ت: ٥٣٧هـ): البيع الذي تعارفه أهل زماننا احتيالا للربا وسموه بيع الوفاء هو رهن في الحقيقة لا يملكه ولا ينتفع به إلا بإذن مالكة، وهو ضامن لما أكل من ثمره وأتلف من شجره ويسقط الدين بهلاكه لو بقي ولا يضمن الزيادة وللبائع استرداده إذا قضى دينه لا فرق عندنا بينه وبين الرهن في حكم من الأحكام. راجع: بن عابدين، رد المحتار (٢٧٦/٥).

٧٢- السالوس، التعقيب على أبحاث المشاركة المتناقصة (٦٥٢/٢).

٧٣- الزحيلي، المشاركة المتناقصة وضوابطها الشرعية (٤٩٩/٢).

٧٤- النشمي، الرد ومناقشات أبحاث المشاركة المتناقصة (٦٥٢/٢).



وأيضاً الواقع العملي للمشاركة المتناقضة يثبت أن المصرف يحق له طلب رهن في هذا المنتج، فهذا يدل على أن المصرف يتعامل مع حصته على أساس الملكية، وليس على أساس أنها ضمان ورهن من العميل المتمول.

٢- أن النفع الذي يحصل عليه كل من العاقدين في بيع الوفاء لا يتناقص؛ لأن المبلغ المدفوع لم يتناقص، أما في المشاركة المتناقضة فحصة المصرف الممول تتناقص، ومع ذلك يظل نفعه المتمثل في حصته من الدخل ثابتاً كما هو^{٧٦}.

يُجاب عنه: أن حصة المصرف تتناقص أيضاً تبعاً لتناقص حصته في الشيء المشترك^{٧٧}؛ لكن الذي يبقى ثابتاً هو نسبة التجنيب من الدخل؛ ليكون ثمناً لشراء العميل حصة المصرف من الأصل المشترك.

٣- يُعد هذا العقد أسوأ من بيع الوفاء؛ لأن المبيع في بيع الوفاء هو محل الرهن، أما في المشاركة المتناقضة فيطلب المصرف رهناً مستقلاً أو كفيلاً زيادة على نقل جزء من المشروع إلى ملكيته^{٧٨}.

يُجاب عن هذا: أن هذا العقد من قبيل شركة العقد، وليس عقد بيع، فالعميل نقل جزءاً من المشروع لحصة المصرف الممول؛ بناءً على ما دُفع (مبلغ التمويل)، ويجوز طلب أحد الشركاء في شركة العقد رهناً أو كفيلاً للتنفيذ عليهما عند ثبوت التعدي والتقصير من قبل العميل^{٧٩}.

- الأثر العملي لهذا الخلاف في التكيف:

هذا الخلاف في تكييف الشركة في منظومة المشاركة المتناقضة له أثر من الناحية العملية، فتكييفها الأمر بأنه بيع وفاء، وليس من قبيل الشراكة في شيء؛ من شأنه إبطال هذه المعاملة، وإخراجها من دائرة الحل إلى الحرمة، كما نص قرار مجمع الفقه على حرمة بيع الوفاء^{٨٠}.

أما الخلاف في تكييفها بين شركتي الملك والعنان، فلا يخرجها من الحل إلى دائرة الحرمة؛ بل يبقى العقد جائزاً، لكن يظهر هذا الخلاف في بعض الأحكام، منها:

١- أنه في شركة الملك كل شريك أجنبي عن حصة شريكه، ولا يجوز لأحد الشركاء استعمال المال المشترك إلا بإذن بقية الشركاء، أما في شركة الأموال فتوجد وكالة بين الشركاء، ولهذا يجوز تصرف شريكه، ولا يُشترط الإذن من بقية الشركاء^{٨١}.

٢- في شركة الملك يجب أن يكون نصيب كل شريك من ربح المال تابعاً لحصته في الملك، أما في شركة العقد يجوز فرض نصيب زائد لأحد الشركاء، إذا كان له في مقابلها عمل^{٨٢}.

٧٦- السالوس، المشاركة المتناقضة (١/٥٠٢).

٧٧- قطب سانو، المشاركة المتناقضة وضوابطها الشرعية (١/٥٤٨).

٧٨- السالوس، المشاركة المتناقضة (١/٤٩٧).

٧٩- راجع: المعايير الشرعية، معيار الشركة والشركات الحديثة فقرة: ٢/٤/١/٣.

٨٠- مجمع الفقه الإسلامي الدولي قرار رقم: ٦٦ (٤/٧) سنة: ١٤١٢هـ- ١٩٩٢م.

٨١- راجع: أبوغدة، المشاركة المتناقضة (١/٣٩٤).

٨٢- المرجع السابق.

٢- في شركة الملك كل شريك أجنبي عن حصة شريكه، فجاز للشريك التعهد لشريكه بشراء حصته بالقيمة الاسمية، ولا يجوز ذلك في شركة العنان؛ لأنه لا يجوز أي تصرف يؤدي إلى ضمان رأس المال^{٨٢}.

- رأي الباحث في تكييف الشركة في منتج المشاركة المتناقصة:

بعد عرض التكييفات التي عرضها العلماء والباحثون في تكييف هذا النوع في الشركة، يظهر للباحث أن أقرب هذه الآراء لتحقيق مقاصد المتعاقدين في هذا المنتج: هو تكييف هذه الشركة على أساس شركة الملك، وهذه الشركة هي التي تحقق مصالح العميل (التمول) والمصرف (الممول) ومقاصدهما؛ من حيث الضمان، وإمكانية التعهد بالقيمة الاسمية، وأن المصرف لم يقصد الشركة في النشاط التجاري، وإنما قصد التمويل، ونوى التخارج منذ بداية العقد، لكن تبقى الإشكالية الكبرى على هذا التكييف؛ وهي: أن المصرف في تصرفاته وعقوده يأخذ فيها صفة التاجر، وعملياته ذات طابع تجاري، كما تنص على ذلك قوانين التجارة في أغلب الدول^{٨٣}، كما أن غالب أغراض التمويل في هذا المنتج لبناء المصانع والعقارات والمحلات التجارية، فمن الصعب تكييفها على أساس العقد المدني المتمثل في شركة الملك، وكذلك تعدد القوانين (شيوياً) أو (مالاً مشتركاً)، وليس شركة بالمعنى الاصطلاحي.

والأقرب في تكييفها لطبيعة عمل البنوك والمؤسسات المالية الإسلامية تكييفها على أساس شركة العقد، وبالأخص شركة العنان؛ لكن على أساس مفهوم المالكية لشركة العنان؛ لأن الواقع العملي في هذه الشركة أن الإدارة مفوضة من قبل المصرف الممول إلى العميل الممول، وتتص بعض العقود على أنه لا يجوز الرجوع عن هذا التفويض، وهذا من قبيل شركة العنان عند المالكية^{٨٤}، بخلاف الجمهور^{٨٥} الذين لا يجيزون اشتراط منع أحد الشركاء من العمل، ويتشترطون حصول الإذن لصحة الشركة، فتكون هذه الشركة من قبيل شركة العقد؛ لأنها شركة تجارية استثمارية، وهذا يوافق ما تعدد القوانين من أن معاملات البنوك تعد عملاً تجارياً.

٨٢- المعايير الشرعية، معيار الشركة فقرة: ١/٣/١/٤، وقرار هيئة الرقابة الشرعية في بنك بوبيان رقم: (٢٠١٥/١٣).

٨٤- راجع: قانون التجارة الكويتي رقم: ٦٨ لسنة ١٩٨٠م مادة رقم: ٥.

٨٥- الصاوي، بلغة السالك (٤٢٢/٣)، وأخذت بذلك هيئة المحاسبة والمراجعة، راجع: المعايير الشرعية، معيار الشركة والشركات الحديثة فقرة: ٢/٣/١/٣.

٨٦- ابن عابدين، رد المحتار (٣١٦/٤)، وابن قدامة، المغني (١٦/٥).



المبحث الثالث

تطوير المشاركة المتناقصة في تمويل الأصول الثابتة

يُعد منتج المشاركة المتناقصة (المشاركة المنتهية بالتمليك) من المنتجات التمويلية في المؤسسات المالية الإسلامية، ولا تقصد هذه المؤسسات الاستثمار من المنتج، وإنما تمويل عملاتها بصيغة مقبولة شرعاً، ولا تحرم المؤسسة من الاستفادة في نفس الوقت، وهذا المنتج من أهم ما يميز المصرفية الإسلامية؛ وهو مشاركة العميل في المخاطر؛ لكن هذا المنتج -للأسف- لم يطبق في كثير من الدول الإسلامية، ومنها دولة الكويت؛ حيث لم تطبقه البنوك الإسلامية فيها، وتعد من المنتجات غير النمطية التي تستلزم أخذ إذن البنك المركزي^{٨٧}، وفي الغالب يتم رفضها؛ لوجود المخاطر فيها، المتمثلة في مخاطر خسارة قيمة الأصول^{٨٨}، وليس مخاطر الائتمان^{٨٩}، ولم يتناول معيار كفاية رأس المال لهذا المنتج، وعند تناوله لمسألة الاستثمارات العقارية أحال موضوع العقارات لمنتج تمويلي إلى منتج الإجارة المنتهية بالتمليك^{٩٠}، وما طبق منها في غيرها من الدول شابه شيء من المخالفات الشرعية، أو عدم الفائدة من هذا المنتج، فافتضت هذه الأمور تطوير هذا المنتج بشكل قابلاً للتطبيق، وقليل المخاطر، والباحث سيتناول الأمور التي من الممكن أن تساهم في تطوير هذا المنتج، ومنها: البيع المضاف لحصة المصرف، وتعهد العميل بشراء حصة المصرف بالقيمة الاسمية، وضمان طرف ثالث لحصة المصرف في المشروع محل التمويل.

المطلب الأول

نقل حصة المصرف للعميل بناءً على العقد المضاف إلى المستقبل (المواعدة الملزمة)

من الأمور التي طرحها بعض الباحثين المعاصرين لتطوير المشاركة المتناقصة موضوع: (البيع المضاف لحصة المصرف على العميل)، وأول من طرح هذا الحل هو فضيلة أ.د محمد القري؛ حيث قال بعد ذكر بعض التطبيقات العملية للمشاركة المتناقصة: (ولذلك لا توجد صيغة عملية قابلة للتطبيق للمشاركة المتناقصة إلا بالدخول في البيع المضاف إلى المستقبل؛ بحيث يلزم البنك عميله بثمن محدد في اليوم الأول، فلا يتأثر بتغير أسعار العقار، وهذا فيه ما فيه من ناحية المشروعية)^{٩١}، كما تطرق لهذه المسألة مؤتمر شورى الفقهي السابع عام ٢٠١٧م، والباحث يضم إليها صورة المواعدة الملزمة لهذه المسألة؛ حيث جرى العرف على أنها ملزمة، لا يجوز لأي من طرفيها الفسخ، كما قال الشيخ صالح المرزوقي في تعقيبه على الأبحاث

٨٧- زيارة لبعض العاملين في البنوك الإسلامية في الكويت.

٨٨- حسب معايير بازل للبنوك الإسلامية في الكويت يجب تقويم الأصول الثابتة مرة في السنة من ثلاث جهات ويعتد بالقيمة الأقل منهما. راجع معايير كفاية رأس المال للبنوك الإسلامية (بازل ٣) ص: ٥٥، الناشر: البنك المركزي الكويتي لسنة: ٢٠١٤م.

٨٩- مخاطر الائتمان: هي إخفاق الطرف المقابل في تنفيذ الالتزامات. راجع: المرجع السابق ص: ٢٢٠.

٩٠- المرجع السابق ص: ٥٧ و ٦٢.

٩١- القري، محمد علي، التعقيب على أبحاث المشاركة المتناقصة في ضوء العقود المستجدة (٦٤٣/٢)، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، العدد الثالث عشر سنة: ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م.



المقدمة لمجمع الفقه في هذا الموضوع: (أن هذا الاتفاق بيع مضاف إلى مستقبل، وهذا لا يجوز، وإذا قلنا: الوعد ملزم حسب ما ذكره الباحث فهو حينئذٍ عقد، وهو بيع ما لا يملك بعد، وإجارة ما لا يملك بعد)^{٩٢}.

وفي مؤتمر شورى الفقهى السابع تم التطرق لموضوع البيع المضاف إلى المستقبل في المشاركة المتناقصة، وكانت البحوث منصبّة على تحرير الخلاف، ومناقشة مسألة البيع المضاف، مع مرور مختصر على المشاركة المتناقصة، واختلفت آراء الباحثين في ذلك: بين مانع مطلقاً، وبين مجيز مطلقاً، وبين مجيز له للحاجة.

وإن إمكانية استعمال عقود مضافة إلى المستقبل في نقل ملكية حصة المصرف للعميل المتمول تكون على أساس عقد البيع المضاف إلى المستقبل، أو على عقد الإجارة المضافة إلى المستقبل^{٩٣}.

- الصورة الأولى: بيع حصة المصرف للعميل المتمول بعقد بيع مضاف إلى المستقبل:

تكون الصورة في هذه الحالة باتفاق المصرف الممول ببيع حصته إلى العميل المتمول بعقد بيع، أو عدة عقود بيع مضافة إلى تاريخ مستقبل، يكون متوافقاً مع تاريخ قيام البنك بنقل ملكية جزء من حصته إلى ملكية العميل، ولهذه الصورة عدة مزايا:

١- فيه ضمان المصرف لقيمة حصته في المال المشترك مع العميل المتمول، وبذلك يتقي مخاطر السوق بالنسبة لقيمة الأصل المشترك.

٢- يطمئن العميل المتمول فيها إلى أن المصرف سيقوم بنقل الملكية إليه؛ لأنه أجرى معه عقد بيع ملزم.

- المحاذير على هذه الصورة:

هذه الصورة وإن كان فيها مزايا لكلا العاقدين إلا أن فيها جملة من المحاذير الشرعية، ولو سلمنا بصحة البيع المضاف إلى المستقبل:

١- ضمان الشريك لشريكه رأس مال الشركة:

والشركة في المشاركة المتناقصة من جملة شركة الأموال، وضمنان الشريك لشريكه لرأس مال الشركة أجمع الفقهاء على منعها؛ لما فيها من ظلم أحد الشركاء، وأن يد الشريك يد أمانة على مال الشركة، لا يضمن إلا بالتعدي والتفريط^{٩٤}، فلو سلمنا بجواز صورة البيع المضاف إلى المستقبل - كما هو رأي جماعة من الفقهاء وبعض المعاصرين - لكان هذا البيع المضاف ضمن منظومة المشاركة المتناقصة يؤدي إلى ضمان رأس المال^{٩٥}.

٩٢- المرزوقي، صالح، التعقيب على أبحاث المشاركة المتناقصة في ضوء العقود المستجدة (٦٣٧/٢)، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، العدد الثالث عشر سنة: ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م.

٩٣- راجع: الفزيع، محمد عود، الإضافة إلى المستقبل في عقدي البيع والإجارة إلى المستقبل وأثرها في تطوير العمل بالمشاركة المتناقصة ص: ١٣٥، بحث مقدم مؤتمر شورى الفقهى السابع، الكويت سنة: ٢٠١٧م.

٩٤- ابن عابدين، رد المحتار (٣١٩/٤)، عليش، منح الجليل (٢٧٠/٦)، الشربيني، مغني المحتاج (٢٩٩/٣)، البهوتي، كشف القناع (٤٠٣/٤).

٩٥- جاء في الموسوعة الفقهية في مبحث المضاربة: (نص الحنفية والمالكية على أنه لو شرط رب المال على العامل ضمان =



٢- قرض جرّ نفعاً:

صورة هذا الأمر: أن المصرف الممول قد ضمن مبلغ التمويل بإجراء عقد البيع مع العميل الممول؛ لأن عقد البيع يجعل الثمن مضموناً على المشتري (العويل الممول)، والمصرف سيستفيد حصته من الربح في الفترة قبل تاريخ البيع؛ لأن البيع أضيف لزمن مستقبل، والمصرف مالك لحصته في الحاضر، فيستحق نصيبه من الربح، فتؤول العملية إلى قرض جرّ نفعاً، فلو سلمنا بصحة عقد البيع المضاف فوجوده في هذه المنظومة المركبة من العقود يجعل الأمر محذوراً^{٩٦}.

٣- بيع العينة:

صورة ذلك في حال إذا كان محل الشركة عيناً مملوكة للعميل الممول، فينقل جزءاً منها ملكية المصرف الممول لغرض التمويل، فإذا عقد في نفس الوقت على بيعها بيعاً مضافاً إلى المستقبل انطبقت عليها صورة العينة، ولو كان عقد البيع مستقلاً عن عقد المشاركة المتناقصة^{٩٧}، وقد منع بيع العينة مجمع الفقه الدولي^{٩٨}، وغالب الباحثين المعاصرين.

- الصورة الثانية: تأجير المصرف الممول حصته إلى العميل الممول بعقد إجارة منتهية بالتمليك مضاف إلى المستقبل:

معلوم بأن عقد الإجارة لا ينقل ملكية العين، وإنما ينقل ملكية منفعتها إلى المستأجر، وهو العميل الممول هنا، وعقد الإجارة المضاف إلى المستقبل جائز عند جماهير العلماء^{٩٩}، ويكون الانتفاع من هذا في المشاركة المتناقصة على النحو التالي^{١٠٠}:

١- أن يقوم العميل بمشاركة المصرف في شراء العين من طرف ثالث، ثم يستأجر حصة المصرف إجارة عادية أو إجارة منتهية بالتمليك.

وهذه الصورة جائزة كما جاء في المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة والمراجعة: (يجوز للعميل أن يشارك المؤسسة في شراء العين التي يرغب في استئجارها، ثم يستأجر حصة المؤسسة، فتكون الأجرة المقررة للمؤسسة مقابل حصتها في ملكية العين فقط؛ فيصبح المستأجر مالكا لحصة من العين، ولا تستحق عليه إلا أجرة ما ليس مملوكا له)^{١٠١}، والاستفادة من هذا الأمر

= رأس المال إذا تلف أو ضاع بلا تفريط منه كان العقد فاسداً، وهذا ما يُؤخذ من عبارات الشافعية والحنابلة: لأنهم صرحوا بأن العامل أمين فيما في يده). الموسوعة الفقهية (٦٤/٣٨)، الناشر: وزارة الأوقاف الكويتية، وهذه المسألة إن كانت في المضاربة والصورة معنا في شركة العنان لكن من طبيعة المشاركة المتناقصة العهد بالإدارة إلى العميل، ففيها شبه بالمضاربة، كما أن منع ذلك في شركة العنان من باب أولى؛ لأنه في المضاربة قد يكون لرب المال سبب لتضمين العامل؛ حتى لا يقصر، أو يفرط، أما في العنان فالشريك العامل صاحب مال، وهو أحرص على رأس ماله، ولو حصلت خسارة في العامل تضرر منها أيضاً.

٩٦- راجع: المصري، رفيع يونس، سندات المقارضة (١٨٢٧/٣)، بحث منشور مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، العدد الرابع سنة: ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.

٩٧- الفزيع، البيع المضاف إلى المستقبل ص: ١٥٨.

٩٨- راجع: قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم: ١٥٧ (٦/١٧).

٩٩- ابن عابدين، رد المحتار (٢٥٦/٥)، ابن رشد، بداية المجتهد (١٢/٤)، البهوتي، كشاف القناع (٦/٤)، وانظر: المعايير الشرعية، معيار الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك فقرة: ٢/١/٤.

١٠٠- راجع: الفزيع، البيع المضاف: ١٦٧.

١٠١- المعايير الشرعية، معيار الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك فقرة: ٦/٣.



أن المصرف يحصل رأس ماله وربحه من تأجير حصته بأجرة توفيه له بذلك، ثم ذلك لو أراد العميل المتمول شراء الحصة كان له ذلك، سواء كانت رغبته بالشراء ملحوظة منذ البداية، كما في الإجارة المنتهية بالتملك، أو تكون الرغبة لاحقة بعد ذلك، وسواء أكان البيع بثمن رمزي، أو حقيقي، وإذا حقق المصرف عوائده جاز أن تكون أجرة المدة الباقية أقساطاً لثمن بيع حصة المصرف للعميل المتمول^{١٠٢}.

٢- أن يقوم العميل ببيع حصة شائعة من أصل مملوك له للمصرف، ثم يستأجرها منه إجارة منتهية بالتملك.

فالعقد في الحالة لا يجوز؛ لأنه من قبيل العينة، ولما فيه من الصورية في نقل الملكية للمصرف^{١٠٣}، لكن يرى بعض الباحثين جواز هذه الصورة في التمويل طويل الأجل، كما في العقارات إذا كان تنفيذ وعد بيع حصة المصرف للعميل بعد مضي زمن من وقت الشراء من العميل المستأجر، وأن يتم البيع بالقيمة السوقية^{١٠٤}؛ لأنه في هذه الحالة يغلب تغير العين بالزيادة والنقصان، مما يؤثر على قيمتها، فيكون البيع حقيقياً لا صورياً، جاء في معيار الإجارة: (إذا كانت العين المؤجرة مشتراة من المستأجر قبل إيجارها إليه إجارة منتهية بالتملك فلا بد لتجنب عقد العينة من مضي مدة تتغير فيها العين المؤجرة أو قيمتها ما بين عقد الإجارة وموعد بيعها إلى المستأجر)^{١٠٥}، لكن لا يجوز البيع في هذه الحالة عن طريق البيع المضاف^{١٠٦}، ولم يشترط المعيار أن يكون ذلك بالقيمة السوقية، وهو ما يتم بحثه في المطلب الآتي في مسألة التعهد من العميل المتمول بشراء الحصة بالقيمة الاسمية.

المطلب الثاني

شراء العميل المتمول لحصة المصرف على أساس التعهد بالقيمة الاسمية

الأصل أن يقوم العميل المتمول بشراء حصة المصرف الممول بالقيمة السوقية، أو بقيمة يتفق عليها وقت الشراء، وحصل الخلاف بين العلماء في تعهد الشريك بشراء الحصة بالقيمة الاسمية.

والقيمة الاسمية هي القيمة التي اشترى بها الشيء المشترك، وتسمى عند المحاسبين: (التكلفة التاريخية)، أما القيمة السوقية فهي القيمة التي يقوم بها العقار أثناء عمر الشركة

١٠٢- المرجع السابق، فقرة: ١/١/٨.

١٠٣- راجع: قرار مجمع الإسلامي الدولي رقم: ١٨٨ (٢/٢٠) بند: ثالثاً.

١٠٤- يقول د. يوسف الشبيلي: (يتضح من العرض السابق أن صكوك الأعيان المؤجرة إجارة منتهية بالتملك على من اشترى منه تشبه من بعض الأوجه عكس العينة، وتختلف عنه من أوجه أخرى؛ ولذا فإن إلحاقها به من كل وجه أو استبعاد ذلك من كل وجه غير مسلم، والذي يترجح أنه إذا كان التملك اللاحق بالقيمة السوقية عند التملك أو بما يتفق عليه العاقدان عند التملك فتصح، وليست من العينة، أو عكسها). راجع: الشبيلي، يوسف، أحكام إصدار وتداول صكوك الإجارة الموصوفة في الذمة وصكوك الإجارة مع الوعد بالتملك على من اشترى منه ص: ٢٢، بحث مقدم للدورة العشرين لمجمع الفقه الإسلامي الدولي، الجزائر سنة: ١٤٣٣هـ - ٢٠١٢م.

١٠٥- المعايير الشرعية، معيار الإجارة والإجارة المنتهية بالتملك فقرة: ٥/٨.

١٠٦- المرجع السابق، فقرة: ٧/٨.



من قبل الخُبراء^{١٧}، ومعيار بازل ٢ لسنة ٢٠٠٩م للبنوك الإسلامية في الكويت كان يلزم الاستثمارات العقارية بتقويم كل سنة من جهتين مختلفتين، ويأخذ بالأقل منهما، أما بازل ٢ لسنة ٢٠١٤م ألزم بتقويم ثلاث جهات، ويأخذ بالأقل منها^{١٨}.

وبداية ظهور التعهد بالقيمة الاسمية في منتج الصكوك الإسلامية؛ حتى قيل: (لا صكوك بغير ضمان القيمة الاسمية)^{١٩}، ويظهر للباحث: أنه من الممكن استصحاب هذه المسألة في منتج المشاركة المتناقصة؛ لأن المشاركة المتناقصة تشبه الصكوك الإسلامية، من جهة أنهما منتجات تمويلية، لكن في المشاركة المتناقصة المتمول هو العميل، وفي الصكوك المتمول هو مصدر الصكوك (المؤسسة المالية الإسلامية).

- تحرير محل النزاع في مسألة التعهد بالشراء بالقيمة الاسمية:

- اتفق المعاصرون على جواز ضمان طرف ثالث للقيمة الاسمية^{٢٠}.

- وحصل الخلاف بين المعاصرين في تعهد أحد أطراف العقد لطرف آخر، سواء كان مستأجرًا، أو شريكًا، بأن يشتري منه محل العقد بالقيمة الاسمية.

- غالب المعاصرين على عدم جواز التعهد بالقيمة الاسمية من الشريك؛ لما فيه من ضمان رأس المال، كما أن فيه تحميل الخسارة لأحد الشركاء إذا نقصت القيمة السوقية عن الاسمية^{٢١}.

- حصل الخلاف حال تعهد المستأجر بشراء العين المستأجرة بالقيمة الاسمية حال التعدي والتقصير أو عدمه، وفيما يأتي عرض موجز للخلاف^{٢٢}:

- القول الأول: يجوز التعهد بشراء الموجودات بالقيمة الاسمية، وبه قال بعض المعاصرين، منهم: أ.د. حسين حامد حسان^{٢٣}، وأ.د. محمد علي القري^{٢٤}، واستدلوا بما يلي:

١- بوجود الفرق بين التعهد بالقيمة الاسمية والضمان لرأس مال الشركة، ففي القيمة الاسمية لا يُطالب المتعهد بتنفيذه إلا عند سلامة العين، أما في الضمان فإنه يضمن العين مطلقًا، هلكت، أو لم تهلك.

١٠٧- راجع: هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات الإسلامية، معايير المحاسبة والمراجعة والحوكمة والأخلاقيات، معيار صناديق الاستثمار فقرة: ٢/٩.

١٠٨- راجع: بنك الكويت المركزي، معايير كفاية رأس المال للبنوك الإسلامية (بازل ٢) ص: ٥٥.

١٠٩- القري، محمد علي، كيف تتوافق الصكوك مع أحكام الشريعة الإسلامية ص: ٤، ورقة عمل مقدمة إلى المؤتمر السابع للهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية.

١١٠- كما سيأتي في المطلب القادم بإذن الله.

١١١- راجع: المعايير الشرعية، المعيار الشركة فقرة: ٤/٥/١/٣.

١١٢- الخلاف حصل في مسألة تعهد مصدر الصكوك بشراء موجودات الصكوك بالقيمة الاسمية، والباحث يستصحب الخلاف في المشاركة المتناقصة.

١١٣- حسان، حسين حامد، دراسة حول موضوع بعض جوانب الصكوك المعاصرة، بحث منشور في موقع الدكتور حسين حامد: <http://www.hussein-hamed.com/pagedetails.aspx?id=112>.

١١٤- القري، أ.د. محمد علي، أحكام ضمان الصكوك ص: ١٠، بحث مقدم لندوة: الصكوك الإسلامية عرض و تقديم، المنعقدة في جامعة الملك عبد العزيز سنة: ١٤٢١هـ - ٢٠١٠م.



أُجيب عن هذا: بأن هذا التعهد بالقيمة الاسمية أهم عند الممول من ضمان الهلاك؛ لأن ضمان الهلاك تغطيه عقود التأمين بأنواعها، أما هبوط القيمة الاسمية للعقار فلا يغطيه التأمين، فيكون هذا التعهد أهم من ضمان العين^{١١٥}.

٢- أن الطرف الممول بشراء حصة الممول بالقيمة الاسمية -ولو قلت التكاليف- حاله حال الأمر بالشراء في عقد المراهبة؛ فإنه مجبر بشراء العين، ولو نقصت قيمتها السوقية؛ بناءً على الوعد الملزم من جهته.

يُنَاقش هذا: بعدم التسليم بجواز الإلزام بالشراء بالقيمة الاسمية مطلقاً، ثم إن الثمن المحدد في المرحلة من المراهبة للأمر بالشراء سعر ابتدائي، قابل للتغير، ولو من الناحية النظرية، أما في مسألة التعهد بالقيمة الاسمية فإن المتعهد مجبر بالشراء بالقيمة الاسمية.

- القول الثاني: عدم جواز التعهد بالقيمة الاسمية، سواء كان في مشاركة، أو مضاربة، أو إجارة، وإلى هذا الرأي ذهب معظم المعاصرين^{١١٦}، ومجمع الفقهي الإسلامي الدولي^{١١٧}، والمعايير الشرعية لهيئة المحاسبة والمراجعة^{١١٨}، واستدلوا بما يلي:

١. أن التعهد بشراء حصة الشريك بالقيمة الاسمية في المشاركة من شأنه أن يجعل الخسارة على جانب شريك دون غيره إذا نقصت القيمة السوقية، وهذا شرط اتفق الفقهاء على بطلانه؛ لأن الخسارة اسم لجزء هالك من رأس المال.

٢. التعهد بشراء العميل الممول حصة المصرف الممول بالقيمة الاسمية يجعل العملية قرضاً جرّ نفعاً؛ حيث يكون رأس المال مضموناً على العميل الممول، وهذا شأن القرض، ويأخذ المصرف الممول نصيبه من الربح بناءً على حصته، فأشبهت العملية مع هذا التعهد بالقرض الذي يجزى نفعاً، كما مر في المطلب السابق.

- القول المختار لدى الباحث:

الرأي المختار لدى الباحث هو القول الثاني القاضي بعدم جواز التعهد بشراء حصة المصرف بالقيمة الاسمية خصوصاً حال بقاء العلاقة بين المصرف والعميل على أساس شركة الأموال، لما فيه من المحاذير الشرعية التي قد يؤدي إليها هذا التعهد كما مر في أدلة المانعين.

- تنبيهات حول مسألة التعهد بالقيمة الاسمية:

- أن التعهد بالقيمة الاسمية في عقد الإجارة أخف منه مسألة المشاركة والمضاربة.

- غالب الباحثين المعاصرين يُجوزُ التعهد بالشراء بسعر يُتَّفَقُ عليه وقت الشراء، وقد يحصل عند تنفيذ التعهد الاتفاق على القيمة الاسمية.

١١٥- عيسى، د. موسى آدم، تعهدات مُدْرَأ الصكوك لحامليها ص: ٨٣.

١١٦- منهم: الشيخ تقي العثماني، بحوث في قضايا فقهية معاصرة (٢٧٢/٢)، د. عبد الستار أبو غدة، التعهدات الصادرة من مصدر الصكوك ص: ٧٢، وحزمة الشريف، ضمانات الصكوك الإسلامية ص: ٢٧٢، د. أسيد الكيلاني، تعهد الأمين المصدر للصكوك ص: ١٢٦.

١١٧- مجمع الفقه الإسلامي: قرار رقم ١٧٨ (١٩/٤) الخاص بالصكوك الإسلامية وتطبيقاتها.

١١٨- المعايير الشرعية: معيار حماية رأس المال والاستثمارات فقرة ٣/٥.



- المحاذير الشرعية في مسألة التعهد بالقيمة الاسمية أخف درجة من المحاذير في مسألة البيع المضاف إلى المستقبل في بيع حصة المصرف الممول للعميل الممول.
- أفضل من هذا التعهد أن يقوم العميل الممول باستئجار حصة المصرف الممول لإجارة منتهية بالتملك، كما مر في المطلب السابق.
- يجوز التعهد بالقيمة الاسمية عند من يقول: إنها شركة ملك:

مر في المبحث السابق أن من الباحثين المعاصرين من يُكَيِّفُ علاقة الشركة في منظومة المشاركة المتناقصة بأنها شركة ملك، وتخريجاً على هذا القول: فإنه يجوز تعهد الشريك في شركة الملك أن يشتري حصة شريكه بالقيمة الاسمية حال إرادة البيع، ولو على مراحل متعددة^{١١٩}؛ وذلك لأن كل شريك في شركة الملك أجنبي عن شريكه، قال السرخسي: (وفي شركة الملك شراء أحدهما من صاحبه كشرائه من أجنبي آخر)^{١٢٠}، وقال الكاساني: (فأما شركة الأملاك فحكمها في النوعين جميعاً واحد، وهو أن كل واحد من الشريكين كأنه أجنبي في نصيب صاحبه، لا يجوز له التصرف فيه بغير إذنه؛ لأن المطلق للتصرف للملك، أو الولاية، ولا لكل واحد منهما في نصيب صاحبه ولاية بالوكالة)^{١٢١}.

فيجوز على هذا التكييف أن يتعهد العميل الممول بشراء حصة المصرف الممول بالقيمة الاسمية عند تنفيذ نقل ملكية الحصة للعميل.

المطلب الثالث

ضمان الطرف الثالث في المشاركة المتناقصة

الضمان هو: التزام من يصح تبرعه أو مفلس برضاهما ما وجب على غيره مع بقائه عليه؛ أي: إن المطالبة تتجه لكل من الضامن والمضمون عنه^{١٢٢}.

والطرف الثالث شخص منفصل في شخصيته وذمته المالية عن طرفي العقد، وليس وكيلًا، أو سمسارًا لأحد الطرفين، أو مكفولًا من أحدهما، وقد يكون شخصًا طبيعيًا أو اعتباريًا^{١٢٣}.

وهذا النوع من الضمانات يكون في التعهد بالقيمة الاسمية حال نقص القيمة السوقية عنها، أو أن يشتري الحصص التي لم يشتريها أحد لإتمام رأس مال المشروع، سواء أكانت الحصة على شكل صك، أو على شكل سهم.

١١٩- راجع: أبو غدة، المشاركة المتناقصة (١/٣٩٤).

١٢٠- السرخسي، المبسوط (١٣/٩٠).

١٢١- الكاساني، بدائع الصنائع (٦/٦٥).

١٢٢- البهوتي، كشف القناع (٣/٣٦٣).

١٢٣- مشعل، د. عبد الباري، حكم ضمان الطرف الثالث، و ضمان القيمة الاسمية والعائد ص: ٩.



ويعض الباحثين يشير إلى أن إطلاق الضمان على مثل هذا النوع من قبيل المجاز، وليس من الحقيقة؛ لأن القيمة الاسمية لا تكون مضمونة على العميل أو مصدر الصك، وليست من قبيل الديون؛ فهي ليست لازمة على الأصيل حتى يضمنها شخص أجنبي عنه، وإنما هي هبة من الطرف الثالث للمستفيد من هذا الضمان^{١٢٤}.

وأخذ بجواز ضمان الطرف الثالث مجمع الفقه الإسلامي الدولي^{١٢٥}، والمعايير الشرعية التابعة لهيئة المحاسبة والمراجعة^{١٢٦} بشروط:

١. أن يكون الضمان دون مقابل.
 ٢. وأن يكون الطرف الثالث مستقلاً عن أطراف العقد استقلالاً قانونياً بذمة وشخصية اعتبارية منفصلة، واكتفت هيئة المحاسبة والمراجعة بالاستقلال الإداري وعدم الملكية بما يزيد على النصف^{١٢٧}.
- حيث يجوز أن تضمن الشركة القابضة الشركات التابعة لها؛ لأن الاستقلال التام أمر لا يمكن تطبيقه في الواقع خصوصاً مع المنع بأخذ أجرة على الضمان.

- ضمان الطرف الثالث في المشاركة المتناقصة:

صورة الاستفاد من هذا الضمان في المشاركة المتناقصة أن يقوم العميل الممول بالإتيان بطرف ثالث مستقل عنه حسب الشروط السابقة، يضمن للمصرف الممول القيمة الاسمية للأصل المشترك بينهما، فإذا نقصت القيمة السوقية عن الاسمية رجع المصرف الممول بالفرق على الطرف الثالث، وبما أن العميل في الممول في المشاركة المتناقصة غالباً ما يكون شخصياً اعتبارياً يريد بناء أو تطوير أصوله الثابتة، فلا يصعب عليه الإتيان بطرف ثالث مستقل عنه بالذمة المالية، كما في الشركات القابضة^{١٢٨}، والشركات الزميلة للعميل الممول.

١٢٤- أبو غدة، المخاطر في الصكوك وموقف الشريعة منها ص: ٢٦١، بحث مقدم إلى ندوة الصكوك الإسلامية عرض وتقديم، المقامة في جامعة الملك عبد العزيز بجدة سنة: ١٤٣١هـ - ٢٠١٠م.

١٢٥- قرار رقم: ٣٠ (٣/٤)، مجلة مجمع الفقه، العدد الرابع (١٨٠٩/٣).

١٢٦- هيئة المحاسبة والمراجعة، المعايير الشرعية، معيار الضمانات فقرة: ٦/٦.

١٢٧- هيئة المحاسبة والمراجعة، المعايير الشرعية، معيار حماية رأس المال والاستثمارات فقرة: ٤/٢/٤.

١٢٨- نصت المادة ٢٤٣ من قانون الشركات الكويتي على أن الشركة القابضة هي: شركة الغرض من تأسيسها الاستثمار في أسهم، أو حصص، أو وحدات استثمار في شركات، أو صناديق كويتية، أو أجنبية، أو الاشتراك في تأسيس هذه الشركات، وإفراضها، وكفالتها لدى الغير.



الخاتمة:

- المشاركة المتناقصة هي: شركة يتعهد فيها أحد الشركاء في الحلول محل شريكه في تملك نصيبه دفعةً واحدة، أو على دفعات، بعقود بيع مستقلة.
- المشاركة المتناقصة في تمويل الأصول الثابتة: شركة في شيء ملموس من عقار ونحوه تمتد لأكثر من عام، يتعهد فيه أحد الشركاء بتملك نصيب شريكه دفعةً واحدة، أو على دفعات، بعقود بيع مستقلة.
- الشراكة في منظومة المشاركة المتناقصة من قبيل شركة العقد وخصوصاً شركة العنان عند المالكية؛ وذلك لأن عمليات المصارف الإسلامية من قبيل العمل التجاري، والشركة التي يقصد فيها الشركاء تنمية المال عند الفقهاء هي شركة العقد لا الملك.
- يوجد آثار عملية للخلاف في تكييف نوع الشركة في المشاركة المتناقصة، ويتمثل ذلك في جواز التعهد بالقيمة الاسمية، والشروط التي تؤدي لضمان رأس المال.
- نقل ملكية حصة المصرف الممول إلى العميل الممول يكون عن طريق الإجارة المنتهية بالتمليك وبالقيمة السوقية هي أقل الصور في المحاذير الشرعية.
- لا يجوز عقد البيع المضاف على حصة المصرف الممول حتى لو أخذنا بجواز عقد البيع المضاف؛ لما فيه من ضمان رأس المال.
- يستفاد من ضمان الطرف الثالث في ضمان حصة المصرف الممول من مخاطر السوق بشرط أن يكون مقابل، وأن يكون بين العميل والضامن استقلال قانوني.
- يوصي الباحث بإعادة بحث مسألة التعهد بالقيمة الاسمية وتأصيلها، لوجود كثير من التطبيقات التي تقوم على أساس القيمة الاسمية.

المراجع:

- ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (ت: ١٢٥٢هـ)، مجموعة رسائل ابن عابدين، بدون بيانات نشر.
- ابن فارس، الحسين أحمد بن فارس بن زكريا (ت: ٣٩٥هـ)، معجم مقاييس اللغة، الناشر: دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى سنة: ١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩م، تحقيق عبد السلام هارون .
- ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد المقدسي الحنبلي (ت: ٦٢٠هـ)، المغني شرح مختصر الخرقى، الناشر: مكتبة القاهرة، ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م .
- ابن منظور، محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري (ت: ٧١١هـ)، لسان العرب، دار صادر - بيروت، الطبعة الثالثة سنة ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م .
- البهوتي، منصور بن يونس (ت: ١٠٥١هـ)، كشف القناع عن متن الإقناع، الناشر: دار الفكر وعالم الكتب - بيروت، ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م .
- الخفيف، الشيخ علي محمد (ت: ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م)، الشركات في الفقه الإسلامي، الناشر: دار الفكر العربي - القاهرة، سنة: ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٩م، تنفيذ هناء شعبان .
- الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة (ت: ١٢٢٠هـ)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الناشر: دار الفكر، بدون طبعة .
- السرخسي، شمس الأئمة محمد بن أحمد (ت: ٤٨٣هـ)، المبسوط، دار المعرفة بيروت، بدون طبعة، تاريخ ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م .
- الشيبلي، أ.د يوسف بن عبد الله، إدارة الحساب الاحتياطي (الفائض) في هيكله الصكوك، بحث مقدم لندوة مستقبل العمل المصرفي الإسلامي الرابعة، سنة: ١٤٢٣هـ - ٢٠١١م
- الشرييني، شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب (ت: ٩٧٧هـ)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، بيروت، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى: ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م .
- الصاوي، أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي (ت: ١٢٤١هـ)، بلغة السالك لأقرب المسالك، القاهرة، دار المعارف، بدون تاريخ .
- عlish، محمد بن أحمد المالكي (ت: ٢٩٩هـ) منح الجليل شرح مختصر خليل، الناشر: دار الفكر - بيروت، بدون طبعة، ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م .
- قلججي، محمد رواس، وقتيبي، حامد صادق، معجم لغة الفقهاء، الناشر: دار النفاؤس، الطبعة الثانية: ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م .
- الكاساني، ملك العلماء أبو بكر مسعود بن أحمد (ت: ٥٨٧هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م .
- المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (AAOIFI)، الناشر: دار اليمان - الرياض، سنة ١٤٢٧هـ - ٢٠١٥م .
- الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف الكويتية، الطبعة الأولى من سنة ١٤٠٤هـ - ١٩٨٣م إلى سنة ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م .



- القرني، أ.د محمد علي، أحكام ضمان الصكوك، بحث مقدم لندوة: الصكوك الإسلامية عرض وتقديم، المنعقدة في جامعة الملك عبد العزيز سنة: ١٤٣١هـ - ٢٠١٠م.
- شبير، محمد عثمان، المعاملات المالية المعاصرة، الناشر: دار النفاثس - عمان، الطبعة السادسة: ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٧م.
- منذر قحف، زكاة الأصول الثابتة، بحث منشور في مجلة الاقتصاد الإسلامي بجامعة الملك عبد العزيز، مجلد ٧ لسنة ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م.
- نزيه حماد، المشاركة المتناقصة أحكامها في ضوء ضوابط العقود المستجدة، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، العدد الثالث عشر، سنة: ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م.
- النشمي، عجيل جاسم، المشاركة المتناقصة أحكامها في ضوء ضوابط العقود المستجدة، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، العدد الثالث عشر، سنة: ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م.



مؤتمر شورة الفقهاء الثامن 8th Shura Fiqh Conference

فندق فور سيزونز - دولة الكويت
12-11 ربيع الآخر 1441 هـ - 9-8 ديسمبر 2019 م

المحور الثاني

حكم الدخول بعقود البيع أو الإجارة التي تفرض فيها غرامة تأخير، ولا يقبل الطرف المشروط له حذفها

الرعاة الرئيسة



بيت التمويل الكويتي
Kuwait Finance House



الرعاة الفضية

موفتبيك
فندق وريزيدنس برج هاجر مكة



بنك بويان
Boubyan Bank

الرعاة الذهبية

الإلتياز
ALIMTAZ GROUP

الرعاة البلاطينية

البنك الأهلي المتحد
ahli united bank



الأهلي
NCB

النقل المحلي



شركة سماتر لخدمات
تأجير السيارات

الشريك الاستراتيجي



بالتعاون مع



الجمعية الإسلامية للبنوك والتجارة

تنظيم



بيت التمويل الكويتي
Kuwait Finance House



مؤتمر شورة الفقهي الثامن 8th Shura Fiqh Conference

فندق فور سيزونز - دولة الكويت
12-11 ربيع الآخر 1441 هـ - 9-8 ديسمبر 2019 م

مخطط بحث المحور الثاني

حكم الدخول بعقود البيع أو الإجارة التي تفرض فيها غرامة تأخير، ولا يقبل الطرف المشروط له حذفها

الرعاة الرئيسة



بيت التمويل الكويتي
Kuwait Finance House



الرعاة الفضية

موفتبيك
فندق وريزيدنس برج هاجر مكة



بنك بويان
Boubyan Bank

الرعاة الذهبية

الإحتياز
ALIMTAZ GROUP

الرعاة البلاطينية

البنك الأهلي المتحد
ahli united bank



الأهلي
NCB



النقل المحلي



شركة سمكار لخدمات
تأجير السيارات

الشريك الاستراتيجي



بالتعاون مع



الجمعية الإسلامية للتمويل والتجارة

تنظيم



بيت التمويل الكويتي
Kuwait Finance House

بسم الله الرحمن الرحيم

«حكم العمل بعقود البيع أو الإجارة التي تفرض فيها غرامة تأخير عند التأخر في سداد الثمن أو الأجرة، ولا يقبل الطرف المشروط له حذفها»

فقد استقر الرأي الفقهي على تحريم إلزام العميل المدين بشرط جزائي يتضمن إلزامه بأداء تعويض نقدي للدائن في عقود البيع والإجازات عند تأخره في سداد الثمن أو الأجرة، جاء في القرار رقم ١٠٩ الصادر عن مجمع الفقه الإسلامي بشأن موضوع الشرط الجزائي: «يجوز أن يشترط الشرط الجزائي في جميع العقود المالية ما عدا العقود التي يكون الالتزام الأصلي فيها ديناً؛ فإن هذا من الربا الصريح» وجاء في معيار المدين المماثل الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية أنه: «لا يجوز اشتراط التعويض المالي نقداً أو عيناً، وهو ما يسمى بالشرط الجزائي، على المدين إذا تأخر عن سداد الدين» كما نص المعيار ذاته على أنه: «لا تجوز المطالبة القضائية للمدين المماثل بالتعويض المالي نقداً أو عيناً عن تأخير الدين» إلا ما يتعلق بتحميله المصروفات الفعلية التي يتحملها الدائن بسبب التأخر في ضوء التفاصيل التي نص عليها الفقهاء.

وتلتزم المؤسسات المالية الإسلامية بهذا الأصل الفقهي المستقر في عقودها مع عملائها، لكنها تواجه إشكالات في عقود البيع أو الإجارة التي تبرمها مع جهات أقوى منها - غالباً ما تكون جهة حكومية - تلزم فيها المؤسسة المالية الإسلامية بصيغة عقد يتضمن إلزام الطرف المدين بشرط جزائي يتمثل بغرامة تأخير عند تأخره في سداد الثمن أو الأجرة، ولا تسمح تلك الجهات عادة بإجراء أي تعديلات على عقودها، وعلى هذا الشرط على وجه الخصوص.

كما تواجه المؤسسات المالية الإسلامية في بعض الدول نموذج عقد بيع أو إجارة يتضمن إلزام الطرف المدين بشرط جزائي يتمثل في إلزام المدين بغرامة تأخير عند تأخره في سداد الثمن أو الأجرة، وتكون المؤسسة المالية الإسلامية هي البائع أو المؤجر إلا أنها ملزمة بنموذج العقد الموحد المعتمد من الجهات الرقابية التي لا تسمح لطرفي العقد التعديل على شروط العقد الموحد أو حذف البند الذي يلزم المدين بغرامة التأخير، كما ولا يسمح للطرفين بالعمل بنموذج عقد آخر، وفي هذه الحالة فإن المؤسسة المالية الإسلامية تواجه أكثر من إشكال، منها:

١. إذا كان العقد مع جهة حكومية، أو مع جهة خاصة لها نشاط تجاري محتكر، فإن المؤسسة المالية الإسلامية غالباً ما تكون في هذه الحالات هي المدين لا الدائن، وهي ملزمة بقبول الشرط الجزائي المنصوص عليه في العقد أو عدم إبرام العقد، وفي حال عدم إبرامه فإن حصتها التجارية قد تكون أقل من نظيراتها من البنوك التقليدية.

٢. قد تلحق المؤسسات المالية الإسلامية مشقة في بعض التطبيقات، إذ إنها إذا كانت ترغب بتأجير عقار فإنها ملزمة بتأجيله وفق هذا الشرط.

وبناءً على هذه الإشكالية فإن مؤتمر شورى الفقهي الثامن يرغب في مناقشة وتحرير هذه المسألة وفق التالي:

١. أثر وجود هذا الشرط الجزائي المتضمن غرامة تأخير عند التأخر في سداد الثمن أو الأجرة في الحكم على العقد ومدى مشروعيته.
٢. هل يجوز للمؤسسات المالية الإسلامية إبرام هذه العقود- كطرف ملتزم بسداد ثمن أو أجرة- مع العزم على أداء الالتزامات المالية في وقتها المحدد في العقد، لتفادي تطبيق الشرط عليها؟
٣. أثر اختلاف التكييف الفقهي للطرف الذي يقوم بإلزام المؤسسة المالية الإسلامية بالشرط الجزائي الذي يتضمن غرامة تأخير، سواءً أكان جهة حكومية أو غير حكومية، أو جهة خاصة تقوم بإدارة مشاريع حكومية، أو جهة خاصة لها نشاط محتكر.
٤. هل يمكن أن تعتبر المؤسسات المالية الإسلامية هذا الشرط لغواً إذا التزمت بسداد الثمن أو الأجرة في موعدهما؟
٥. إذا قررت المؤسسة المالية الإسلامية العمل بهذه العقود فما الضوابط الشرعية الواجب مراعاتها؟



مؤتمر شورة الفقهي الثامن 8th Shura Fiqh Conference

فندق فور سيزونز - دولة الكويت
12-11 ربيع الآخر 1441 هـ - 9-8 ديسمبر 2019 م

البحث الأول

حكم الدخول بعقود البيع أو الإجارة التي تفرض فيها غرامة تأخير، ولا يقبل الطرف المشروط له حذفها

فضيلة الشيخ / أ.د. محمد علي القرني

الرعاة الرئيسة



بيت التمويل الكويتي
Kuwait Finance House



الرعاة الفضية

موشنبيك
فندق وريزيدنس برج هاجر مكة



بنك بويان
Boubyan Bank

الرعاة الذهبية

الإنتياز
ALIMTAZ GROUP

الرعاة البلاتينية

البنك الأهلي المتحد
ahli united bank



الأهلي
NCB

النقل المحلي



شركة سمكار لخدمات
تأجير السيارات

الشريك الاستراتيجي



بالتعاون مع



الجمعية الإسلامية للتمويل والتجارة

تنظيم



بيت التمويل الكويتي
Kuwait Finance House



الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين

نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين ... وبعد:

المسألة محل النظر:

حكم دخول من يقول بعدم جواز غرامات التأخير في عقد يتضمن شرط دفع هذه الغرامات، والإجابة عن السؤال تقتضي قبل ذلك الحديث عن أقوال الفقهاء المعاصرين في حكم هذه الغرامات، ولا فرق في الحكم بين البيع والاجارة فكلاهما مبادلة مال بمال.

معنى غرامة التأخير:

الغرامة الخسارة، وغرمه أي ألزمه ما لا يجب عليه، وقيل: هي ما يلزم أداءه تأديباً أو تعويضاً، ومحل النظر في هذه الورقة هو غرامة التأخير، وهي ما يلزم الدائن مدينه بدفعه في حال تأخره عن السداد في التاريخ المحدد لذلك.

والمشتهر من هذه الغرامات ما تفرضه بعض البنوك الإسلامية على عملائها في حال تأخرهم في سداد ما عليهم من مستحقات للبنك على سبيل المثل.

معنى المثل:

المماثلة في اللغة التسوية والمدافعة وأصله من مد الشيء كمطل الحبل أي مده ومطل الحديد أي أذابه بالنار وطرقه حتى يمتد^(١).

والمماثلة في الدين هي منع قضاء ما استحق أداءه على التمكن ولا يكون المدين مماتلاً ما لم يحل أجل الدين، لأن الدائن لا يستحق الدين إلا في أجله وإنما يكون مماتلاً إذا منعه حقه بعد حلول أجله، والمطل ممنوع منهى عنه فقد ورد في الحديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: «لي الواجد يحل عرضه وعقوبته»^(٢)، وعنه عليه الصلاة والسلام عن أبي هريرة «مطل الغني ظلم ...»^(٣).

حكم غرامة التأخير:

اختلف الفقهاء المعاصرون بشأن حكم هذه الغرامات على أربعة أقوال:

القول الأول:

المنع لأنها ذريعة إلى ربا الجاهلية المجمع على تحريمه والمشتهر في قول المدين للدائن عند حلول تاريخ السداد «زد لي في الأجل وأزيدك لك في الدين».

ومن أصحاب هذا القول مجمع الفقه الإسلامي (مجمع مكة) في قراره في دورته الحادية عشرة بشأن هذه الغرامات الذي جاء فيه:

١- تاج العروس، والمحكم لابن سيده.

٢- متفق عليه.

٣- ولا يكون من المطل المنهي عنه الذي يستحق فاعله العقوبة إذا كان المدين المماطل معسراً لأنه عندئذ، لا يتمكن وكذلك مطل الغني المعذور، كأن يكون مسافراً ونحو ذلك فكل هذا ليس مما يندرج تحت ما نهي عنه.



«أن الدائن إذا شرط على المدين أو فرض عليه أن يدفع له مبلغاً من المال غرامة مالية جزائية محددة أو بنسبة معينة إذا تأخر عن السداد في الموعد المحدد بينهما فهو شرط أو فرض باطل ولا يجب الوفاء به بل ولا يحل لأن هذا بعينه هو ربا الجاهلية الذي نزل القرآن بتحريمه».

وكذلك المجمع الفقهي الإسلامي الدولي (مجمع جدة) في قراره رقم ٣٥ (٢/٦) في دورة مؤتمره السادس وجاء فيه:

«إذا تأخر المشتري المدين في دفع الأقساط عن الموعد المحدد فلا يجوز إلزامه أي زيادة على الدين بشرط سابق أو بدون شرط لأن ذلك ربا محرم».

ومستند أصحاب هذا القول هو:

١. ما أجمع عليه الفقهاء من أن المعنى الجامع الذي حرم لأجله الربا هو أن يكون بإزاء الأجل الزائد بدل و عوض يزداده الذي يزيد في الأجل^(٤).

٢. مع الإقرار أن المماطل مستحق للعقوبة ومع قبول التعزير بالمال يبقى أن الغرامة عقوبة جنائية لا يحكم بها إلا الحاكم الشرعي وتذهب إلى خزينة الدولة فلا يقبل أن يقال أن هذه عقوبة إذ العقوبة يوقفها ولي الأمر وليس أحد طرفي العقد على الآخر.

القول الثاني:

الجواز بشرط أن لا يمهل البنك العميل ويزيد له في الأجل وإنما يطالبه بالسداد في التاريخ المحدد وأن تصرف حصيلة هذه الغرامة في أوجه البر والخير ولا يستفيد منها الدائن.

وأكثر الهيئات الشرعية في المصارف الإسلامية والنوافذ على هذا القول، فصدرت عنها القرارات بأنه يجوز للمصرف أن يفرض الغرامة المالية على المدين الذي ثبت مطله بتكرر مطالبة البنك له بالتسديد مع كونه مليئاً قادراً على السداد، وأن لا يكون ذلك على سبيل الإهمال. ثم يجمع المصرف حصيلة هذه الغرامات ويتبرع بها للجمعيات الخيرية بمعرفة هيئته الشرعية وأن لا يستفيد منها بأي وجه من الوجوه.

وممن قال بهذا القول أيضاً المجلس الشرعي في أوبو، حيث ذكر ذلك في المعيار رقم ٨ المتعلق بالمراوحة للأمر بالشراء^(٥)، والذي نص على ما يلي:

«يجوز أن ينص في عقد المراوحة للأمر بالشراء على التزام العميل المشتري بدفع مبلغ أو نسبة من الدين تصرف في الخيرات في حالة تأخره عن سداد الأقساط في مواعيدها المقررة على أن تصرف في وجوه الخير بمعرفة هيئة الرقابة الشرعية للمؤسسة ولا تتفع بها المؤسسة».

واتجهت إليه أيضاً ندوات البركة الفقهية فقد صدر عن ندوة البركة الثانية عشرة ١٩٩٦م ذات الرقم ٨/١٢، ما يلي:

٤- الاستنكار، لابن عبد البر، ج ٢٠، ص ٢٥٩.

٥- ونص على ما يلي: «٥/٨» إذا وقعت المماطلة من العميل المدين بالأقساط فإن المستحق هو مبلغ الدين فقط ولا يجوز للمؤسسة أن تلزم المدين بأي زيادة لصالحها مع مراعاة ما ورد في البند ٥/٦».



«يجوز اشتراط غرامة مقطوعة أو بنسبة محددة على المبلغ والفترة في حال تأخر حامل البطاقة عن السداد دون عذر مشروع وذلك على أساس صرف هذه الغرامة في وجوه البر ولا يملكها مستحق المبلغ».

ومستند أصحاب هذا القول:

١. أن الربا الذي جاءت النصوص بمنعه إنما هو استرباح الدائن من نقوده بنقود زائدة مقابل مد الأجل في عقد رضائي يمد الدائن الأجل ويزيد المدين الدين وليس في الغرامات الموصوفة أعلاه شيء من هذا، فالدائن لا يسمح للمدين بالتأجيل لأنه يطالبه بالوفاء في التاريخ المحدد إذ لا فائدة للدائن من امتداد الأجل، ولأنها تصرف في الخيرات فلا يتحقق للمصرف ربح منها فخرجت هذه الصورة عن معنى الربا.

٢. واستدوا إلى ما سمي نذر التصدق، فهذه الغرامات لا تعدوا أن تكون التزاماً من العميل المماطل بالتصدق أي إنه من قبيل الالتزام بالتصدق في حال المطل. ونسب القول فيه إلى أبي عبد الله بن نافع ومحمد بن إبراهيم بن دينار من فقهاء المالكية^(٦)، وقد ذكر ذلك في مستندات معيار المراجعة الصادر عن المجلس الشرعي في أيو في كما جاء في فتاوى البركة قرار عنوانه: فتوى التزام التصدق عند التأخير وجاء فيه:

«إذا كان العميل مماطلاً فيمكن للبنك أن يأخذ من المال على أساس الالتزام بالتصدق عند التأخير في السداد لإجباره على ذلك».

٣. وأخذوا بالقول بجواز التعزير بالمال، ذلك أن المطل ظلم ببيع عرض المماطل وعقوبته كما جاء في نص الحديث، وغاية ما يقال عن هذه الغرامات إنها تعزير بالمال وقد وقع الاختلاف بين الفقهاء في مسألة التعزير بالمال والجواز قال به مجموعة من فقهاء السلف منهم شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله إذ قال:

«والتعزير بالمال سائغ اتلافاً وأخذاً وهو جار على أصل أحمد أنه لم يختلف أصحابه أن العقوبات في الأموال غير منسوخة كلها»^(٧).

فيذا قيل إن التعزير بالمال على القول بجوازه لا يكون إلا من قبل ولي الأمر وإنما للدائن طلب المدين عند الحاكم، وإن عقوبة المماطل المليء السجن والجلد والتشهير به ونحو ذلك، يرد على ذلك بأن هذا كان في زمن غير زماننا أما اليوم فلا سبيل لمثل هذه العقوبات للأسباب التالية:

١. أن السواد الأعظم من الناس اليوم مدين وبما أن هذه الديون في غالبها ديون مقسطة فأصبح نادراً أن يسلم المدين من الوقوع في المطل في شهر من الأشهر أو أكثر، لذلك أضحت تطبيق عقوبة الحبس والجلد غير قابلة للتطبيق لأنها عندئذ ستعرض أكثر أهل البلد للعقاب، أضف إلى ذلك كلفة تنفيذها، ثم إن أكبر الديون هي التي تكون في ذمم الشركات، ومعلوم أن هذه العقوبات لا يمكن توقيعها على الشركات إلا ما يتعلق بالغرامات. أما العقوبة الأقوى على حمل المدين على عدم المماطلة فهي الواردة في

٦- انظر مستندات المعيار السابق في مجلد المعايير الصادر عن أيو في .

٧- الاختيارات الفقهية، ج ١، ص ٢٦١.



حديث رسولنا الكريم صلى الله عليه وسلم: «لي الواجد ظلم يحل عرضه وعقوبته»، وعرضه يعني وضع اسمه في القوائم السوداء ونحو ذلك من العقوبات المعنوية فهذه يجري تطبيقها على قدم وساق لكنها عقوبة صارمة مؤثرة لا يلجأ إليها كلما تأخر المدين في قسط من الأقساط.

٢. وبهذا يرد أيضاً على من قال إن هذه الغرامات لا يكون تطبيقها إلا من ولي الأمر ولا يجوز أن يعاقب الناس بعضهم بعضاً فالتعزير بالمال لمن أجازه من اختصاصات الحاكم الشرعي. فالجواب: إن هذا هو الحق الذي لا جدال فيه غير أن ولي الأمر إذا تأخر عن هذه المهمة فلا تُترك لأن تركها يترتب عليها مفسدة ضياع حقوق الناس.

قال التسولي المالكي:

«وأما مع عدم الإمام أو عدم التمكن من إقامة الحدود وإجرائها على أصلها فالعقوبة بالمال أولى من الإهمال وعدم الزجر وترك القوي يأكل الضعيف فعظم المفسدة في ذلك يغني فيه العيان عن التبيان...»^(٨)

وقد اتجهت القوانين المنظمة للتمويل في المملكة العربية السعودية اليوم إلى تقرير هذه العقوبة على المطل والنص على أنها تحول إلى خزينة الحكومة لتقوم الجهة المختصة فيها بصرفها في أعمال الجمعيات الخيرية ونحوها. فقد حسمت المادة ٥٣ من نظام مراقبة شركات التمويل في المملكة العربية السعودية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٥) في ٢١/٨/١٤٢٣هـ كثيراً من هذه الاختلافات حيث نصت على ما يلي:

«يعاقب كل من ثبتت مماطلته في الوفاء بدينه بغرامة مالية على أن لا تتجاوز تلك الغرامة ضعف ربح الالتزام محل الماطلة مدتها وتكرر العقوبة بتكرار الماطلة وتودع الغرامة في حساب الجهة المشرفة على الجمعيات الأهلية وتخصص لدعم جمعيات النفع العام».

القول الثالث:

لا مانع من فرض هذه الغرامات ولا يجوز للبنك الانتفاع بها فيما عدا ما يلزم لتغطية مصاريف التحصيل والمطالبة والتقاضي وما زاد عن ذلك يلزم صرفه في أوجه البر والخير أو رده إلى العميل. والاختلاف عن القول السابق هو إجازة تحميل المدين مصاريف التحصيل في حال مطله.

ومستند هذا القول ما اتفق عليه الفقهاء من أن المدين إذا أحوج الدائن إلى مزيد من التكاليف المالية لغرض مطالبته كرسوم المحاماة والتحصيل ونحو ذلك فإنه يتحمل هذه التكاليف ولا يتحملها الدائن إلا برضاه.

جاء في تبصرة الحكام لابن فرحون المالكي^(٩): «وإذا تبين أن المطلوب ألد بالمدعي ودعاه الطالب إلى الارتفاع إلى القاضي فأبى، فيكون على المطلوب أجره الرسول إليه ولا يكون على الطالب من ذلك شيء».

٨- أجوبة التسولي عن مسائل الأمير عبدالقادر، ص ٥٣، دار الغرب الإسلامي، بيروت.

٩- تبصرة الحكام لابن فرحون المالكي، ج ١، ص ٢٧١.



وقال ابن رشد الجد في البيان والتحصيل:

«إذا لم يكن للشَّروط المتصرفين بين يدي القضاة رزق من بيت المال يجعل للغلام المتصرف بين الخصمين على الطالب إلا أن يلد المطلوب ويختفي تعنيا بالطالب فيكون الجعل في إحضاره عليه»^(١٠).

وقال المرادوي في الإنصاف:

«... لو مطل غريمه حتى أحوجه إلى الشكاية فما غرمه بسبب ذلك يلزم المماطل جزم به في الفروع وقاله الشيخ تقي الدين رحمة الله أيضاً»^(١١).

وقد سئل شيخ الإسلام ابن تيمية عن هذه المسألة فأجاب:

«إذا كان الذي عليه الحق قادراً على الوفاء ومطله حتى أحوجه إلى الشكاية فما غرمه بسبب ذلك فهو على الظالم المماطل إذا غرمه على الوجه المعتاد»^(١٢).

وأكثر الهيئات الشرعية على السماح للبنك باقتطاع تكاليف المطالبة والتحصيل من هذه الغرامات. على أن التطبيق لدى بعض الهيئات الشرعية اختلف من عدة أوجه:

١. قررت إحدى الهيئات الشرعية بأن ما زاد عن مصاريف المطالبة التحصيل لا يتبرع به للجمعيات الخيرية بل يرد إلى المدين^(١٣).

٢. جعلت بعض الهيئات الشرعية حداً أعلى لما يمكن ان يقتطع من هذه الغرامات لتغطية مصاريف التحصيل هو ٤٩٪ فقط وذلك للتأكد من أن الغالب من الغرامات (٥١٪) يذهب للخيرات.

٣. سمحت بعض الهيئات الشرعية للمصرف باستغراق جميع مبالغ الغرامات إذا اقتضت مصاريف التحصيل والمطالبة ذلك.

القول الرابع:

جواز أن يفرض المصرف هذه الغرامات وأن يستأثر بها لنفسه ولا يدفعها لأعمال البر والخير وله أن يطالب المدين بتكاليف التحصيل إضافة إليها، بمعنى آخر أن تكون هذه الغرامات تعويضاً للبنك عن فوات الربح.

مستند أصحاب هذا القول أن المدين المملئ المماطل الذي لا يسدد المستحق في التاريخ المحدد مع مطالبة البنك له فهو ظالم له حكم الغاصب الذي أوقع الضرر على الدائن بتفويت فرصة الربح عليه، فتكون الغرامة تعويضاً عن الضرر الواقع على الدائن بفوات الربح فلا حاجة للتبرع بها إلى الجمعيات الخيرية أو أعمال البر والخير، وإنما يمكن للمصرف الاحتفاظ بها

١٠- نقله ابن فرحون في تبصرة الحكام، ص ٢٥٩.

١١- الإنصاف (ج ٥، ص ٢٧٦).

١٢- الفتاوى، ابن تيمية، ج ٣، ص ٢٥.

١٣- هي الهيئة الشرعية لشركة عبد اللطيف جميل للتسيط.



لنفسه تعويضاً عن ذلك الضرر الذي لحق به من جراء المظل. ولا نعرف ان لهذا الرأي تطبيق في المصرفية الإسلامية لكنه رأي محسوب على قائله وجب توثيقه.

من ذلك ما صدر عن ندوة البركة الثالثة للاقتصاد الإسلامي ونص^(١٤) على جواز ان يحصل البنك على التعويض عن الضرر نتيجة المظل فقال:

«يجوز شرعاً إلزام المدين المماطل في الأداء وهو قادر على الوفاء بالتعويض للدائن عن الضرر الناشئ من تأخر المدين في الوفاء إلا أن يكون عن عذر مشروع لأن التأخر في أداء الدين بدون عذر ظلم كما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «مطل الغني ظلم»، فيكون حاله كحالة الغصب التي قرر الفقهاء فيها تضمين الغاصب منافع الأعيان المغصوبة علاوة على رد الأصل»^(١٥).

وذهب الشيخ عبد الله المنيع حفظه الله إلى مثل ذلك فقال بعد بحث ونظر:

«ومما تقدم يظهر لنا وجه القول بجواز الحكم على المماطل وهو قادر على الوفاء بضمان ما ينقص الدائن بسبب مماطلته أو ليئه وإن تضمن عقد الالتزام بالحق شرطاً جزائياً لقاء الماطلة واللي بقدر فوات المنفعة فهو شرط صحيح يجب الالتزام به»^(١٦).

وهذا القول، على محدودية القبول له، ليس جديداً فقد اتجه بعض العلماء من السلف إلى القول بأن المدين المماطل حكمه حكم الغاصب المتعدي ويد التعدي تتميز بأن صاحبها أحرز الشيء أول الأمر بطريقة مشروعة ثم إنه بعد ذلك تحول إلى الاستيلاء على منفعته متعدياً إذ تجاوز ما أذن له فيه المالك، وهذا شأن المدين إذا حل الأجل ولم يكن معسراً ثم ماطل في السداد مع مطالبة الدائن له بالسداد^(١٧)، يقول المازري رحمه الله: «ومما يحدثه الغاصب التجرد بنائير غصبها، فإنه إن كان حبسها وأنفقها ولم يتجر بها فإنه لا يضمن فيها ربحاً في المشهور من المذهب إذ الريح معدوم، والعدم لا يملك ولا يضمن. لكن يجب أن يضمن لصاحب الدنانير مقدار ما كان يربح فيها صاحبها لو تجر فيها يقوم أقل ما يظن أنه لو تجر بها لاستفاده، على طريقة عبد الملك بن الماجشون فيمن غصب داراً فأغلقها فلم يسكنها ولا أكرها فإنه يطالب بمقدار كرائتها مع كونه لم ينتفع منها بشيء»^(١٨).

وقال اللخمي: «اختلف في ربح الغاصب على ثلاثة أقوال فقيل: له، سواء كان موسراً أم لا، قاله مالك وابن القاسم، قلت: ويرد بأن الغاصب أشد، وقيل: للمغصوب منه بقدر ما ربح في ذلك المال لو بقي في يده وما زاد عليه للغاصب ذكره ابن سحنون فيمن شهد بدين حال أن صاحبه أكره الغريم سنة ثم رجع عن الشهادة بعد محل الأجل»^(١٩).

١٤- فتاوى ندوات البركة جمع وتيسيق د. عبدالستار أبوغدة وعزالدين خوجه، ط٥، ١٩٩٧م.

١٥- وكان الشيخ مصطفى الزرقا رحمه الله يرى جواز ذلك وكان هو مقدم البحث الذي اعتمدت عليه فتوى البركة المذكورة آنفاً.

١٦- بحوث في الاقتصاد الإسلامي للشيخ عبدالله بن سليمان المنيع، ص ٤٠٩-٤١٢ ط٥ ١٩٩٦م.

١٧- انظر مراجعة فتاوى ندوات البركة (المجموعة الأولى) ندوة البركة التاسعة والشعرين، الشيخ محمد المختار السلامي.

١٨- شرح التلقين في الفقه المالكي أبي محمد بن عبد الوهاب البغدادي ج٥، ص ٢٩٤ تحقيق حامد المحلاوي.

١٩- شرح ابن تاجي التتوخي على متن الرسالة ج٢، ص ٢٧٨.



وهذه الأقوال تدل على أن القول باستحقاق الدائن للتعويض عما فاتته من ربح - لا سيما إذا كان مؤسسة مالية غرضها الربح - هذا القول له حظ من النظر.

حكم الدخول في عقد يتضمن شرط الغرامات لمن لا يقول بجوازها:

وجدنا أن الناس في مسألة الغرامات على عدة أقوال، وما نحتاج إلى الإجابة عنه هو:

هل يجوز لمن أخذ بالقول بعدم الجواز أن يدخل في عقد يشترط الدائن فيه هذه الغرامات في حال المثل؟

نقول في معرض الجواب عن هذا السؤال أن لزيد، وهو المشروط عليه، الذي لا يرى جواز شرط الغرامات ثلاثة أحوال:

الحال الأولى:

أن يسقط المشتراط شرطه قبل الدخول في العقد أو بعد الدخول وقبل مباشرة العمل، وفي هذه الحال يصح العقد ويتحقق له مبعثه، فله الدخول في العقد إذ يكون قد خلا من الشرط.

وهذا على القول أن الشرط الفاسد لا يفسد العقد وهو مذهب الإمام أحمد في أظهر الروايتين وقول ابن أبي ليلى وغيره، والمقصود صحته بعد إسقاط الشرط منه. قال ابن عبد البر في الاستذكار بشأن حديث بريرة:

«وفي هذا الحديث دليل على أن الشرط الفاسد في البيع لا يفسد البيع ولكنه يسقط ويبطل الشرط ويصح البيع...»^(٢٠).

الحال الثانية:

أن لا يقبل المشتراط إسقاط الشرط، ولا يقال: يمكن لزيد إسقاط الشرط، إذ من المعلوم أن المنتفع من الشرط هو من له إسقاطه، فليس لزيد فعل ذلك ولكن يمكن له^(٢١) أن يلتزم بالتسديد في الوقت المحدد دون تأخير فلا يقع تحت طائلة هذا الشرط. فيكون لهذا الفعل نفس أثر الإسقاط، فإن قيل: لا يجوز الدخول في عقد يتضمن شرطاً يراه المشتراط عليه غير جائز، فالجواب عن ذلك أن الفقهاء المعاصرين قد اختلفوا في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: لا يجوز الدخول في هذا العقد، وإن وقع لا يجوز العمل به، وهذا قول المجمع الفقهي الإسلامي الدولي في قراره الصادر بشأن بطاقات الائتمان في دورة مؤتمره في الرياض في سبتمبر ٢٠٠٠م:

«لا يجوز إصدار بطاقة الائتمان غير المغطاة ولا التعامل بها إذا كانت مشروطة بزيادة فائدة ربوية حتى ولو كان طالب البطاقة عازماً على السداد ضمن فترة السماح المجاني».

٢٠- الاستذكار، لابن عبد البر، ج٧، ص٢٥٦.

٢١- وتكون رغبة زيد في إسقاط الشرط سببها ترجيحه عدم جواز الشرط وعدم جواز الدخول في عقد يتضمن شرطاً ممنوعاً (وليس السبب راجع إلى نية مبيته عنده في المثل).



والقول الثاني: جواز الدخول في هذه العقود مع وجود شرط الغرامات وممن قال بذلك الهيئة الشرعية في البنك الإسلامي للتنمية حيث أجابت على سؤال بنفس المعنى بالجواب التالي في قرارها رقم ٨/٧ ش/د/١٤٣٦: «قررت اللجنة ما يلي: لا مانع شرعاً في حال الضرورة من أن يوقع البنك عقوداً فيها بنود تقتضي بدفع فوائد على التأخير شريطة أن يتخذ البنك جميع الاحتياطات لعدم وقوعه تحت طائلة الفوائد».

ومن الجلي أن كلمة الضرورة هنا لم تستخدم بمعناها الأصولي.

الحال الثالثة:

إذا كانت المحاكم لا تحكم بمثل هذه الشروط بحيث لو وقع الخلاف بين زيد ودائنه وجاء تحت نظر القضاء فإن المحاكم لا تعمد بهذا الشرط ولا تحكم به، عندئذ يمكنه الدخول في العقد لأن هذا الشرط في حقيقته لغو ووجوده كعدمه، فهو لا يضر المشروط عليه ولا ينفع المشتري، ولا سبيل لتفويض ما جاء فيه إلا برضا وموافقة زيد المشروط عليه فيكون بيده سلطة إسقاطه.

فحكم الدخول في العقد المتضمن شرط الغرامات لمن لا يقول بجوازها هو الجواز لأن هذا الشرط يكون من اللغو.

رأينا في المسألة:

الذي نراه أن دخول زيد في هذا العقد الذي تضمن شرط غرامات التأخير جائز ومستساغ حتى لو كان لا يرى جواز هذا الشرط، إذا التزم أن لا يقع تحت طائلة هذه الغرامات وذلك بأن يسدد في التاريخ المحدد للتسديد أو قبله ولا يتأخر في ذلك.

ومستند قولنا ما يلي:

أولاً: إن العقد إذا استوفى شرائط الصحة من جهة أركانه فوجود هذا الشرط لا يؤدي إلى بطلانه بحيث يقال لا يجوز الدخول فيه، فالدخول في هذا العقد جائز في الأصل^(٢٢).

ثانياً: إن الشرط المعلق على أمر يقع في المستقبل لا يعتريه الفساد إلا إذا وقع هذا الأمر أما قبل ذلك فهو عقد صحيح، وقيل موقوف، وقد ذكر فقهاء الأحناف، على سبيل المثال، إن

٢٢ - لقد فرق الفقهاء بين الشرط يكون في صلب العقد والشرط يكون زائداً ليس في صلب العقد، وصلب الشيء ما يقوم به ذلك الشيء، وقيام البيع بالعوضين فكل شرط يكون بهما يكون في صلب العقد قال في شرح منتهى الإيرادات: «محل المعتبر من الشروط صلب العقد» (شرح منتهى الإيرادات، ج٤، ص٥٦).

وفي نهاية المطالب في دراية المذهب:

«ومقتضى المعاملات أن الشرائط إنما تؤثر إذا ذكرت في صلب العقد» (نهاية المطالب في دراية المذهب، ص٤٢٧).
ومن الجلي أن شرط الغرامات التأخيرية هو شرط زائد على العقد وليس في صلب العقد، ولذلك فإن كان ثم فساد في العقد المتضمن شرط الغرامات فهو فساد ضعيف وليس قوياً.

قال في الموسوعة الفقهية:

«البيع الفاسد أما أن يكون الفساد فيه ضعيفاً أو قوياً فإذا كان الفساد ضعيفاً وهو لم يدخل في صلب العقد .. كما في البيع بشرط خيار لم يوقت أو وقت إلى وقت مجهول كالحصاد والدياس»، «وفي الأسبيجاني الأصل عند أصحابنا الثلاثة أن الفساد على ضربين فساد قوي دخل في صلب العقد وهو البطل أو المبدل وفساد ضعيف لم يدخل في صلب العقد وإنما دخل في شرط مستعار زائداً على العقد...» (البحر الرائق، شرح كنز الدقائق، لابن نجيم، ج٦، ص٦).
ولذلك يمكن القول إن الفساد الذي يحدثه هذا الشرط فساد ضعيف فإن التزم بعدم الوقوع تحت طائلته لم يؤثر.



العقد الذي اشترط فيه الخيار لأربعة أيام (والخيار عندهم لا يجوز لأكثر من ثلاثة) لا يعتريه الفساد إلا في اليوم الرابع أما قبل ذلك فهو عقد صحيح يجوز الدخول فيه^(٣٢).

ثالثاً: لا خلاف بين الفقهاء أن إسقاط الشرط الفاسد الذي ليس في صلب العقد، يزيل أثره ويجعل العقد جائزاً، ومن المسلم أن الشرط لا يسقطه إلا المشتري وهو الدائن، لكن مسألةنا هذه فيها شيء من الاختلاف فمن المعلوم أن الإسقاط نتيجته أن لا يكون للشرط أثر في العقد، والمشتري عليه وان لم يكن بيده إسقاط الشرط إلا أنه قادر على منع الشرط من التأثير على العقد، فإذا التزم بالتسديد في الوقت لم يكن للشرط أثر وصار كما لو أسقطه المشتري.

رابعاً: القول بأن هذه الغرامات من الربا المحرم لا يستند إلى معنى صحيح، فالربا عقد رضائي يزيد الدائن للمدين الأجل ويتراضيان على مقابلة من زيادة في الدين الذي في الذمة، وليس الأمر كذلك في هذه الغرامات إذ الدائن يقول للمدين سدد بدون تأجيل أو تأخير.

ثم أن الربا فائدة يحصل عليها الدائن، مقابل زيادة مدة الدين وليس ثم للدائن فائدة هنا إذ أن الغرامات تذهب لأعمال البر والخير. فالقول أن هذه الغرامات التي تصرف في الخيرات هي ربا جاهلية المجمع على تحريمه غير سديد والعمل بذلك من التكلفة المذموم.

روى عبدالرزاق عن طريق الثوري عن عيسى بن المغيرة عن الشعبي قال: «قال عمر تركنا تسعة أعشار الحلال مخافة الربا».

والله سبحانه وتعالى أعلم وأحكم.

٢٣- قال فقهاء الأحناف في العقد يتضمن الخيار لأكثر من ثلاثة أيام وهو ممنوع عندهم:

قال الباجري:

«اختلفوا في حكم هذا العقد في الابتداء على قول أبي حنيفة فذهب العراقيون إلى أنه يتعقد فاسداً ثم ينقلب صحيحاً بحذف خيار الشرط قبل اليوم الرابع، وذهب أهل خراسان وإليه مال شمس الأئمة السرخسي إلى أنه موقوف فإذا مضى جزء من اليوم الرابع فسد... وهذا لأن هذا العقد لم يكن فاسداً لعينه بل لما فيه من تغير مقتضى العقد في اليوم الرابع فإذا زال الغير عاد جائزاً...» (العناية شرح الهداية، للباجري، ج ٦، ص ٣٠٢-٣٠٣).

وقال بدر الدين العيني:

«ولأن الفساد باعتبار اليوم الرابع فإذا أجاز قبل ذلك لم يتصل بالفسد بالعقد ولهذا قيل إن العقد يفسد بمضي جزء من اليوم الرابع...» (البنية شرح الهداية، لبدر الدين العيني، ج ٨، ص ٥٢).

وقال العيني أيضاً في (البنية شرح الهداية، لبدر الدين العيني، ج ٨، ص ٢١):

«فإن قيل يشكل بما إذا كان الفساد بأجل مجهول أو بشرط خيار أربعة أيام فإنه ينقلب جائزاً برفع الفساد بعد الافتراق عن المجلس قلنا الفساد ثمة لم يتمكن في صلب العقد فلا يتقيد رفع الفساد في المجلس فإن أثر الفساد هناك لا يظهر في الحال بل يظهر عند دخول اليوم الرابع وامتداد الأجل إليه».

فالفساد في العقد المتضمن لشرط الغرامات على القول بحرمتها لا يقع إلا إذا حصل المطل، فإن لم يحصل لم يقع الفساد.

وقال في المحيط البرهاني:

«فعبارة أهل العراق إن العقد فاسد ويرتفع الفساد بحذف الشرط، ويرفع الفساد، وعبارة أهل خراسان أن العقد موقوف فإذا مضى جزء من اليوم الرابع... يفسد» (المحيط البرهاني في الفقه النعماني، محمود بن مازة، ج ٦، ص ٤٠٥).



مؤتمر شورة الفقهي الثامن 8th Shura Fiqh Conference

فندق فور سيزونز - دولة الكويت
12-11 ربيع الآخر 1441 هـ - 9-8 ديسمبر 2019 م

البحث الثاني

أحكام العمل بعقود البيع أو الإجارة التي تفرض فيها غرامة تأخير عند التأخر في سداد الثمن أو الأجرة ولا يقبل الطرف المشروط له حذفها

فضيلة الشيخ / أ. د. عبدالعزيز خليفة القصار

الرعاة الرئيسة



بيت التمويل الكويتي
Kuwait Finance House



الرعاة الفضية

موفنبيك
فندق وريزيدنس برج هادر مكة



بنك بويان
Boubyan Bank

الرعاة الذهبية

الإلتياز
ALIMTIJAZ GROUP

الرعاة البلاطينية

البنك الأهلي المتحد
ahli united bank

الأهلي
NCB



النقل المحل



شركة سماتر لخدمات
تأجير السيارات

الشريك الاستراتيجي



اتحاد مصارف الكويت
Kuwait Banking Association

بالتعاون مع



الجمعية الإسلامية للتمويل والتجارة

تنظيم



بيت التمويل الكويتي
Kuwait Finance House



الحمد لله، والصلاة والسلام على رسول الله، محمد بن عبدالله وعلى آله وصحبه،

ومن وآله وبعد،،

مشكلة الورقة:

تواجه المؤسسات المالية الإسلامية في بعض الدول نموذج عقد بيع أو إجارة يتضمن إلزام الطرف المدين بشرط جزائي يتمثل في إلزام المدين بغرامة تأخير عند تأخره في سداد الثمن أو الأجرة، وتكون المؤسسة المالية الإسلامية هي البائع أو المؤجر إلا أنها ملزمة بنموذج العقد الموحد المعتمد من الجهات الرقابية التي لا تسمح لطرفي العقد بالتعديل على شروط العقد الموحد أو حذف البند الذي يلزم المدين بغرامة التأخير، كما لا يسمح للطرفين بالعمل بنموذج عقد آخر، وفي هذه الحالة فإن المؤسسة المالية الإسلامية تواجه أكثر من إشكال، منها:

١- إذا كان العقد مع جهة حكومية، أو مع جهة خاصة لها نشاط تجاري محتكر، فإن المؤسسة المالية الإسلامية غالباً ما تكون في هذه الحالات هي المدين لا الدائن، وهي ملزمة بقبول الشرط الجزائي المنصوص عليه في العقد أو عدم إبرام العقد، وفي حال عدم إبرامه فإن حصتها التجارية قد تكون أقل من نظيراتها من البنوك التقليدية.

٢- قد تلحق المؤسسات المالية الإسلامية مشقة في بعض التطبيقات، إذ إنها إذا كانت ترغب في تأجير عقار فإنها ملزمة بتأجيله وفق هذا الشرط.

وقد ذهب أكثر العلماء المعاصرين إلى تحريم إلزام العميل المدين بشرط جزائي يتضمن إلزامه بأداء تعويض نقدي للدائن في عقود البيع والإجازات عند تأخره في سداد الثمن أو الأجرة، حيث جاء في قرار المجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته الحادية عشر عام ١٤٠٩هـ ما نصه: «إن الدائن إذا شرط على المدين أو فرض عليه أن يدفع له مبلغاً من المال غرامة مالية جزائية محددة أو بنسبة معينة إذا تأخر عن السداد في الموعد المحدد بينهما، فهو شرط أو قرض باطل، ولا يجب الوفاء به بل ولا يحل، سواء كان الشرط هو المصرف أو غيره؛ لأن هذا بعينه هو ربا الجاهلية الذي نزل القرآن بتحريمه»^(١).

وجاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في دورته السادسة المتعلق ببيع التسييط ما يلي:

«ثالثاً: إذا تأخر المشتري المدين في دفع الأقساط عن الموعد المحدد، فلا يجوز إلزامه أي زيادة على الدين، بشرط سابق أو بدون شرط؛ لأن ذلك ربا محرم.

رابعاً: يحرم على المدين المليء أن يماطل في أداء ما حل من الأقساط، ومع ذلك لا يجوز شرعاً اشتراط التعويض في حالة التأخر عن الأداء»^(٢).

وجاء في معيار المدين المماطل الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية أنه: لا يجوز اشتراط التعويض المالي نقداً أو عيناً، وهو ما يسمى بالشرط

١- قرارات المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي ص (٢٦٨).

٢- مجلة المجمع العدد (٦) (١ / ٤٤٧-٤٤٨).



الجزائي، على المدين إذا تأخر عن سداد الدين. كما نص المِيعار ذاته على أنه: لا تجوز المطالبة القضائية للمدين المماطل بالتعويض المالي نقداً أو عينا عن تأخير الدين إلا ما يتعلق بتحميله المصروفات الفعلية التي يتحملها الدائن بسبب التأخر في ضوء التفاصيل التي نص عليها الفقهاء^(٣).

وتلتزم المؤسسات المالية الإسلامية بهذا الرأي الفقهي غالباً في عقودها مع عملائها، لكنها تواجه إشكالات في عقود البيع أو الإجارة التي تبرمها مع جهات أقوى منها - غالباً ما تكون جهة حكومية - تلزم فيها المؤسسة المالية الإسلامية بصيغة عقد يتضمن إلزام الطرف المدين بشرط جزائي يتمثل بغرامة تأخير عند تأخره في سداد الثمن أو الأجرة، ولا تسمح تلك الجهات عادة بإجراء أي تعديلات على عقودها، وعلى هذا الشرط على وجه الخصوص.

وبالنظر إلى خطورة الربا وحرمة المستقرة في الفقه الإسلامي^(٤)، فقد أثير سؤال حول حكم العمل بعقود البيع أو الإجارة التي تفرض فيها الجهات الأخرى غرامة تأخير عند التأخر في سداد الثمن أو الأجرة، ولا يقبل الطرف المشروط له حذفها؟

قد يبدو للناظر أن هذا السؤال فيه من الجرأة ما فيه، ولكن نحن نقدر أن هذا السؤال ما جاء من فراغ، وما قصد منه طلب خرم النصوص القطعية، ولا شك أن الجميع لديهم من الحرص والالتزام بالعمل بالنصوص الشرعية دون تنقيص أو تشكيك بنية أحد من المتخصصين في المالية الإسلامية، ولذا كان الجواب مطلوباً على سبيل النظر الجماعي من الفقهاء والمختصين المعاشين للأوضاع الاقتصادية، كما لزم الإجابة على ذلك من خلال المصالح والمآلات الشرعية والأقوال الفقهية المتعددة.

ولا شك أن الخوض في شأنا هذا السؤال يحمل كثيراً من الترددات الفقهية العميقة؛ لكونه يتناول أمراً معلوماً من الدين بالضرورة وهو تحريم الربا، مع الوضع التقليدي الذي فرض على مجتمعاتنا الإسلامية وتأثر المؤسسات العامة والخاصة بهذا التوجه الذي فرض شروطاً ربما تكون مؤثرة في شرعية التعامل، وسوف أحرص في هذه الورقة على بيان ما وصلت إليه في هذا الجانب، مراعيًا ما قاله الفقهاء ومن خلال بيان الواقع وإنزال الفتوى عليه وفق ما يمكن أن يحقق الضبط الشرعي المطلوب.

ولعل من يتبادر إلى ذهنه من العلماء تحريم الدخول في هذا العقد بوجود شرط غرامة التأخير على المؤسسة المالية الراغبة بالتعاقد بهذا العقد، - رغم المبررات المذكورة في مشكلة البحث - فإنها وجهة نظر محترمة ويسندها ظواهر النصوص المحرمة للربا أو للشروط الباطلة أو الفاسدة على الأقل، ولكن هل يمكن النظر إلى مسألة عدم الممانعة في الدخول في هذا العقد رغم وجود هذا الشرط من زوايا مختلفة من الناحية الفقهية التأصيلية؟

٣- المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ص(٣٤).

٤- لقد جاء القرآن الكريم بتحريم الربا، ونهى الناس عن التعامل به قال تعالى: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافًا مُضَاعَفَةً وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ وَاتَّقُوا النَّارَ الَّتِي أُعِدَّتْ لِلْكَافِرِينَ وَأَطِيعُوا اللَّهَ وَالرَّسُولَ لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ» (سورة آل عمران الآيات- ١٣٠-١٣٢). كما وردت الأحاديث الكثيرة بالنهي عن الربا، والتفسير منه منها قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: «لعن الله الربا: أكله وموكله وشاهديه وكتابه» من حديث البخاري ومسلم. وقد اتفقت الأمة سلفاً وخلفاً على تحريم الربا، وإن وقع خلاف في بعض صور المعاملات وعدها من الربا أم لا، وتطلب تلك الجزئيات الفقهية في مظانها في كتب الفقهاء الأصيلة.



وقد وجدت عدة محاولات جادة للوصول لرأي فقهي لهذه النازلة؛ حيث تم تخريجها بأكثر من تخريج فقهي، ومع تقديره لكل المحاولات الجادة المعروضة لعلنا أنظر إلى هذا الموضوع من ثلاث تساؤلات ربما تصل لحكم فقهي خاص لهذه النازلة وهي على النحو الآتي:

التساؤل الأول: هل يمكن إنزال هذه الواقعة على الخلاف الفقهي الأصولي بين فقهاء المذهب الحنفي والجمهور في الاختلاف الفقهي في التفرقة بين الفاسد والباطل وأثره في العقد؟

التساؤل الثاني: هل هذا الشرط الفاسد أو الباطل مما تعم به البلوى، فيتسامح فيه؟

التساؤل الثالث: هل يمكن تطبيق نظرية الحاجة والضرورة في هذه النازلة؟

أما التساؤل الأول وهو: هل يمكن إنزال هذه الواقعة على الخلاف الفقهي الأصولي بين فقهاء المذهب الحنفي والجمهور في التفرقة بين الفاسد والباطل وأثره في العقد؟

لن نخوض كثيرا في حكم هذا الشرط - اشتراط غرامة التأخير - هل هو مقبول من الناحية الفقهية أم لا؟ حيث ورد الخلاف في تفصيل ذلك في عدة بحوث ودراسات مستفيضة ويمكن الرجوع لها تفصيلا^(٥)، فإذا ما قررنا ما قرره مجمع الفقه الإسلامي ومجموعة كبيرة من الهيئات الشرعية من عدم مشروعية هذا الشرط، فهل يسوغ تطبيق التفريق بين الشرط الفاسد والباطل في العقد المتضمن ذلك الشرط على هذه النازلة؛ بحيث يتم التغاضي عن وجود ذلك الشرط على اعتبار الفساد وليس البطلان، فالعقد مشروع والشرط وصف فلا يمنع صحة العقد؟

وأقدم توطئة مختصرة عما قاله العلماء في التفرقة بين الباطل والفساد وأثر ذلك على العقود، وتشتمل على ما يلي:

اتفق العلماء على أن العقود الصحيحة هي التي أقرها الشارع ورتب عليها آثارها، بعد أن تستكمل أركانها وتستوفي شروطها، وأن العقد غير الصحيح هو الذي لم يستوف أركانه وشروطه، ولكنهم اختلفوا في وصف العقد غير الصحيح وتقسيمه على قولين:

القول الأول: العقد غير الصحيح قسم واحد، وهو الفاسد أو الباطل، ولا فرق بين الفساد والبطلان في المعاملات كالعقوبات، سواء كان الخلل في الركن أو في الشرط والوصف، والفساد والبطلان مترادفان، وهو قول الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة^(٦). ولذا فقد عرّف السمعاني الفاسد بقوله: «ما لا يتعلق به النفوذ، ولا يحصل به المقصود»^(٧).

٥- المؤيدات الشرعية لحمل المدين الماطل على الوفاء ص (٢٩٥) -الدكتور نزيه كمال حماد- بحوث في قضايا فقهية معاصرة ص (٤٠) -الشيخ الدكتور محمد تقي العثماني-، التعويض عن الضرر من المدين الماطل، ص ٨١-٨٢، مقدم لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية بالبحرين ١٤٢١هـ. الدكتور محمد الزحيلي-. مبدأ الرضا في العقود- أ.د. علي محي الدين القره داغي (١١٨٦/٢) .

٦- أصول الفقه، أبو النور: ١ ص ٧٣- جمع الجوامع وحاشية البناني: ١ ص ١٠١، أصول الفقه، البرديسي: ص ١١١- شرح الكوكب المنير: ١ ص ٤٦٨، ٤٧٣.

٧- قواطع الأدلة السمعي، (٤١).



وهو كذلك عند الإمامية، فإنَّ بطلان الفعل يستلزم بطلان أثره، فإذا بطل البيع والإجارة والنكاح - مثلاً- فلا يترتب عليه أثره من النقل والانتقال، والعلقة الزوجية ونحوها، وقد صيغ ذلك صياغة القاعدة الفقهية بعنوان: (إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه)، وأرجعه الشيخ محمد حسين كاشف الغطاء إلى قاعدة: (إذا سقط الأصل سقط الفرع)^(٨).

القول الثاني: العقد غير الصحيح قسمان، فاسد وباطل، فإن حدث خلل في الركن فهو باطل، ولا يترتب عليه أثر، وإن حدث الخلل في الشرط أو الوصف فيكون العقد قد انعقد بأركانه وترتبت عليه بعض الآثار، ولكنه فاسد، وهو قول الحنفية. ويكون البطلان والفساد عند الحنفية متغايرين، فالباطل هو الذي لم يشرع بأصله ولا بوصفه كالبيع من الصبي الصغير والمجنون فهو باطل، لأنه اختل ركن من أركانه وهو الصيغة والأهلية فيكون باطلاً ولا تترتب عليه آثاره الشرعية، والفساد هو ما شرع بأصله لا بوصفه، كبيع الدراهم بالدراهم مع التفاضل وهو الربا، والبيع بثمن مجهول، والزواج بغير شهود، فكل منها فاسد لوجود الخلل الذي يرجع إلى شرط من الشروط أو لورود النهي عن صفة فيه^(٩).

يقول الدكتور محمد الزحيلي:

«أساس الاختلاف في الفساد والبطلان: يرجع الاختلاف في الحكم غير الصحيح وتقسيمه إلى فاسد وباطل، وظهور مرتبة الفساد والبطلان عند الحنفية خلافاً للجمهور، لسببين رئيسين:

الأول: مقتضى النهي: فقال الجمهور: النهي يقتضي البطلان والفساد، سواء ورد على ذات الأمر وحقيقته أو ورد على وصف فيه، وقال الحنفية: إذا ورد نهي الشارع على ذات الشيء وحقيقته فهو باطل، وإن ورد النهي على وصف في الشيء مع مشروعية الأصل فالنهي يفيد الفساد، ولذا عرفوا الفاسد بأنه مشروع بأصله لا بوصفه، فالربا بيع مع زيادة ومنفعة لأحد العاقدين، والبيع مشروع، والنهي ورد على الوصف الزائد، فكان البيع مع الربا فاسداً لا باطلاً.

الثاني: الفرق بين الركن والشرط: وأن الركن والشرط يتوقف عليهما الشيء، ولكن الركن داخل في الماهية، والشرط خارج عن الماهية، فإذا اختل الركن فالعقد باطل باتفاق العلماء، وإن اختل الشرط فقال الجمهور: العقد باطل وفساد بمعنى واحد، وقال الحنفية: العقد فاسد لكون الخلل في وصف خارج عن الشيء^(١٠).

حكم إجراء العقود الفاسدة: (١١)

يرى الفقهاء إجمالاً منع إيقاع العقود الفاسدة والإقدام عليها ابتداءً؛ فمنع الدخول في العقد الفاسد لم يختلف العلماء فيه في الجملة، حتى عند الحنفية الذين أثبتوا ملكية الفاسد

٨- تحرير المجلة، الشيخ محمد حسين كاشف الغطاء- ج ١، ص ١٦٥.

٩- المدخل الفقهي العام للشيخ الزرقا - ١ ص ٦٤٩- ٦٥١- قال مصطفى الزرقا -رحمه الله- بأنه: تجرد التصرف الشرعي عن اعتباره وآثاره في نظر الشرع.

١٠- الوجيز في أصول الفقه الإسلامي - الدكتور محمد مصطفى الزحيلي -الجزء الأول- مطبوعات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية إدارة الشؤون الإسلامية - دولة قطر.

١١- من دراسة أعدها الشيخ عبدالمجيد بن صالح المنصور -حول حكم إجراء العقود الفاسدة- نسخة الكترونية.



بالقبض، قَالَ الْكَمَالُ الْحَنْفِيُّ: «ثُمَّ وَجَهُ تَقْدِيمِ الصَّحِيحِ عَلَى الْفَاسِدِ أَنَّهُ الْمَوْصَلُ إِلَى تَمَامِ الْمَقْصُودِ فَإِنَّ الْمَقْصُودَ سَلَامَةَ الدِّينِ الَّتِي شُرِعَتْ لَهَا الْعُقُودُ لِيَنْدَفِعَ التَّغَالِبُ وَالْوُصُولُ إِلَى الْحَاجَةِ الدُّنْيَوِيَّةِ وَكُلِّ مَنِهْمَا بِالصَّحَّةِ، وَأَمَّا الْفَاسِدُ فَعَقْدٌ مُخَالَفٌ لِلدِّينِ ثُمَّ إِنَّ أَفَادَ الْمَلِكِ وَهُوَ مَقْصُودٌ فِي الْجَمَلَةِ لَكِنْ لَا يُفِيدُ تَمَامَهُ إِذْ لَمْ يَنْقَطِعْ بِهِ حَقُّ الْبَائِعِ مِنَ الْمَبِيعِ وَلَا الْمُشْتَرِي مِنَ الثَّمَنِ إِذْ لِكُلِّ مَنِهْمَا الْفُسْخُ بَلْ يَجِبُ عَلَيْهِ»^(١٦).

وقال - الشيخ زكريا الأنصاري: «إِذْ الْعَقْدُ الْفَاسِدُ لَا عِبْرَةَ بِهِ فَلَا يَنْقَلِبُ صَاحِبًا بِقَوْلِهِمَا أَرْزَلْنَا الشَّرْطَ»^(١٧).

وقال الحنابلة: «ويحرم تعاطيها عقداً فاسداً من بيع أو غيره»^(١٨).

ومعنى هذا التحريم عند جمهور العلماء: أن العقود الفاسدة التي نهى الشرع عنها يحرم تعاطيها ولا ينتقل الملك بها لو تراضى على ذلك المتعاقدان.

أما معنى ذلك عند الحنفية: أن العقود الفاسدة التي نهى عنها الشرع يحرم تعاطيها ولو تراضى على ذلك المتعاقدان، فإذا قبضه فإنه يملكه ملكاً خبيثاً يجب فسخه ويأثم في قبضه، وهنا نجد أن ثم قدر مشترك بين الجمهور والحنفية وهو تحريم تعاطيها ووجوب فسخه و التراد^(١٩).

وقال شيخ الإسلام ابن تيمية: «المقبوض بالعقد الفاسد يجب فيه التراد من الجانبين، فيرد كل منهما على الآخر ما قبضه منه»^(٢٠).

كما ذهب جمهور العلماء أيضاً إلى أنه لا يحل للشخص الاستمرار والمضي فيه؛ بدليل ما رواه البخاري ومسلم في صحيحيهما من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال: جاء بلال بتمر برني فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: (من أين هذا؟) فقال بلال: تمر كان عندنا رديء فبعت منه صاعين بصاع لطعم النبي صلى الله عليه وسلم، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم عند ذلك: «أوه عين الربا، لا تفعل، ولكن إذا أردت أن تشتري التمر فبيعه ببيع آخر ثم اشتر به»^(٢١) وفي رواية لمسلم: «فردوه ثم بيعوا تمرنا واشتروا لنا من هذا»^(٢٢).

قال النووي: «وقوله صلى الله عليه وسلم: هذا الربا فردوه، هذا دليل على أن المقبوض ببيع فاسد يجب رده على بائعه وإذا رده استرد الثمن»^(٢٣)، وقال ابن حجر في الحديث: «وفيه أن البيوع الفاسدة ترد»^(٢٤).

١٢- تبيين الحقائق - ج ٤ ص ٤٣-٤٤ - دار الكتاب الإسلامي- الطبعة الثانية- شرح فتح القدير لابن الهمام- ٤٠١/٦.

١٣- الفهر البهية للشيخ زكريا الأنصاري - ج ٢ ص ٤٢٦-٤٢٨- المطبعة الميمنية.

١٤- الإنصاف للمرداوي (٤/٤٧٣)، وكشاف القناع للبهوتي (٣/٢٤٥)، ومعونة أولي النهى شرح المنتهى لابن النجار (٤/١٧٧)، وفتح الملك العزيز بشرح الوجيز (٣/٥٦١).

١٥- انظر بدائع الصنائع للكاساني (٥/٣٠٤)، والبحر الرائق لابن نجيم (٦/١٠٣)، وحاشية البناني على جمع الجوامع (١/١٠٦).

١٦- اقتضاء الصراط المستقيم ص (٢٤٧-٢٤٨).

١٧- رواه البخاري في صحيحه (كتاب الوكالة - باب إذا باع الوكيل شيئاً فاسداً فبيعه مردود) حديث رقم ٢١٨٨ - ومسلم في صحيحه - كتاب المساقاة - حديث رقم ١٥٩٤.

١٨- رواه مسلم في صحيحه ١٢١٥/٣.

١٩- شرح النووي على صحيح مسلم ٢٢/١١.

٢٠- فتح الباري ٤/٤٠١.



وقال مالك: «وكل بيع حرام لا يقر على حال إن أدرك رد وإلا فقيمتها على المشتري»^(٣١).
قال الشافعي: «والبيع الفاسد لو مرت عليه الأبد أو اختار المشتري أو البائع إنفاذه لم يجز»^(٣٢).
قال ابن عبد البر: «ومعروف في الأصول أن ما ورد التحريم به لم يجز العقد عليه ولا بد من فسخه»^(٣٣). فالقابض مخاطب شرعا برد المقبوض بهذا العقد الفاسد إلى مالكه في كل لحظة وتصرفه يؤدي إلى البقاء على المعصية وهذا لا يجوز.

ويقول الكاساني: «إذا أصر البائع والمشتري على إمساك المشتري فاسداً، وعلم به القاضي فله فسخه حقا للشرع، وقالوا: إنه يفيد الملك الخبيث، ولا يطيب للمشتري الأول، ويأثم به، ويجب فسخه، وقالوا: إن التصرف - أي في المقبوض بعقد فاسد - الذي فيه انتفاع معين كأكل الطعام ولبس الثوب وركوب الدابة فالصحيح عندهم أنه لا يحل؛ لأن الثابت بهذا البيع ملك خبيث والملك الخبيث لا يفيد إطلاق الانتفاع؛ لأنه واجب الرفع، وفي الانتفاع به تقرر له، وفيه تقرير الفساد، ولهذا لم يفد الملك قبل القبض تحرزا عن تقرير الفساد بالتسليم»^(٣٤).

وعلى فرضية أنه يسوغ اعتبار العقد الفاسد منتجا لبعض آثاره الأصلية من وجود أصل التعاقد وأن ما تضمنه الشرط الفاسد يعتبر لغوا فإنه يمكن تنزيل هذه المسألة على ما سبق من تفريق بين الباطل والفساد؛ واعتبار أن هذا الشرط ليس في ذات الركن، بل هو وصف مقارن بالعقد يؤثر في الوصف لا في الأصل، خصوصا إذا ما كان هناك ضمانات من المؤسسة أنها لن تتخلف في السداد، ولن يتم تطبيق ذلك الشرط إلا في النادر، فالشرط كأن لم يكن من هذه الجهة.

وفي ظني أنه يمكن اعتبار أن الشرط الفاسد لا يوجب بطلان العقد، فلا يؤثر فساد الشرط بصحة العقد؛ ويؤيد ذلك ما روي في الحديث المشهور عن عائشة رضي الله عنها قالت: جاءتني بريدة فقالت: كاتبٌ أهلي على تسع أواق، في كل عام أوقية، فأعينيني. فقلت: إن أحبوا أن أعدّها لهم، ويكون ولأوك لي، فعلت؟ فذهبت بريدة إلى أهلها، فقالت لهم، فأبوا عليها، فجاءت من عندهم ورسول الله صلى الله عليه وآله وسلم جالس، فقالت: إني قد عرضت ذلك عليهم فأبوا إلا أن يكون الولاء لهم، فسمع النبي صلى الله عليه وآله وسلم، فأخبرت عائشة النبي صلى الله عليه وآله وسلم، فقال: «خذيتها واشترطي لهم الولاء؛ فإنما الولاء لمن أعتق».

ففعلت عائشة، ثم قام رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم في الناس فحمد الله وأثنى عليه، ثم قال: «أما بعد، ما يال رجال يشترطون شروطا ليست في كتاب الله، ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط، قضاء الله أحق، وشرط الله أوثق، وإنما الولاء لمن أعتق»^(٣٥). رواه البخاري برقم: (٢٥٧٩).

فدل الحديث على صحة العقد وفساد الشرط للولاء والدلالة تامة.

٢١- المدونة الكبرى (٣١٨/١٠) بتصرف.

٢٢- الأم ٢٥٠/٦.

٢٣- التمهيد ٥٨/٢٠.

٢٤- بدائع الصنائع للكاساني (٣٠٤/٥)، والبحر الرائق لابن نجيم (١٠٣/٦)، وحاشية البناي على جمع الجوامع (١٠٦/١).



ولكن قد يعترض على ذلك التوجيه بأنه من الصعوبة الفقهية تنزيل ما قاله الحنفية من التفرقة بين الباطل والفساد وتطبيقها على هذه المسألة؛ لاختلاف الآثار، ومنها: أن المؤسسة ملزمة بهذا الشرط، فلو حصل تأخير فالمؤسسة ملزمة بأداء غرامة التأخير، ولا يبطل الشرط مع صحة العقد كما يقول بعض الفقهاء، ومقتضى ما قرره فقهاء الحنفية في التفريق بين الفاسد والباطل أنه لا يلزم الالتزام بالشرط الفاسد، وهنا خلافة.

يقول الكاساني: «وهذا لأن فساد البيع في مثل هذه الشروط لتضمنها الربا وذلك بزيادة منفعة مشروطة في العقد لا يقابلها عوض ولم يوجد في هذا الشرط؛ لأنه لا منفعة فيه لأحد إلا أنه شرط فاسد في نفسه لكنه لا يؤثر في العقد فالعقد جائز والشرط باطل، ولو باع ثوبا على أن يحرقه المشتري أو دارا على أن يخربها فالبيع جائز والشرط باطل؛ لأن شرط المضرة لا يؤثر في البيع»^(٢٥).

ومؤدى ذلك النقل أن الشرط باطل ومفهوم الباطل لا أثر له، وهذا خلاف الواقع في المسألة المعروضة؛ حيث إن شرط الغرامة التأخيرية له أثر نافذ في العقد وله اعتبار.

التساؤل الثاني: هل هذا الشرط الفاسد أو الباطل مما تعم البلوى، فيتسامح فيه؟

يفهم من عبارات الفقهاء^(٢٦) أن المراد من عموم البلوى هو: الحالة أو الحادثة التي تشمل كثيراً من الناس ويتعذر الاحتراز عنها،^(٢٧) وعبر عنها بعض الفقهاء بالضرورة العامة،^(٢٨) وبعضهم بالضرورة الماسة، أو حاجة الناس^(٢٩)، وقال بعضهم: «هو ما تمس الحاجة إليه في عموم الأحوال»^(٣٠).

والأصل الذي بنيت عليه أحكام عموم البلوى: هو ما قرره العلماء من قواعد فقهية منها: «المشقة تجلب التيسير»، و «إذا ضاق الأمر اتسع»؛ ولهذا جاءت أمثلة الرخص التي شرعت بسبب العسر وعموم البلوى شاملة لأمر كانت شائعة ولا يسهل التحرز عنها، من نحو: جواز الصلاة مع النجاسة المفعوعنها؛ كدم القروح والدمامل والبراغيث، وكطين الشارع وذرق الطيور إذا عم في المساجد والمطاف، وأثر نجاسة عسر زواله، وأكل الولي من مال اليتيم بقدر أجره عمله إذا احتاج وغيرها من أمثلة يتحقق فيها العموم والشمول فاحتاج المكلف فيها للتخفيف ورفع الحرج عنه^(٣١).

وعموم البلوى يقتضي التيسير أو الترخص أو رفع الحرج، وقد نص العلماء في مواضع متعددة على حالات متعددة لعموم البلوى وصورها والنص على الترخص فيها، غير أن الكل يتفق على أن سبب الترخص في ما تعم به البلوى هو رفع الحرج والمشقة الحاصلة للمكلف^(٣٢).

٢٥- بدائع الصنائع - ج ٥ ص ١٧٠-١٧١

٢٦- الموسوعة الفقهية- ٦/٢١ - ١٠، قاعدة المشقة تجلب التيسير - الباحسين، ص ١٦٤ - ١٨٥ .

٢٧- رد المحتار - ابن عابدين، ١/ ٢٠٦. حاشية على شرح المحلي للمنهاج - القليوبي، ١/ ١٨٢ - ١٨٤ .

٢٨- الاختيار في تعليل المختار - الموصلي، ١/ ٣٤ .

٢٩- حاشية ابن عابدين: ٤/ ٢٤٦، الفتاوى الهندية: ٣/ ٢٠٩ .

٣٠- كشف الأسرار عن أصول البيزدي - علاء الدين البخاري، ٣/ ١٦ .

٣١- الأشباه والنظائر، ابن نجيم، ص ٧٦ - ٧٧، جواهر الإكليل على مختصر خليل - الأبي الأزهرى، ١/ ١١ - ١٢. حاشية

على شرح المنهاج - القليوبي، ١/ ٨٣. المغني: ابن قدامة، ٢/ ٤٨٤ - ٢٨٦ .

٣٢- بدائع الصنائع - الكاساني، ٥/ ١٨٧. الفروق - القرافي، ٣/ ١٩٨. الأشباه والنظائر - السيوطي- مجموع الفتاوى: =



وعموم البلوى سبب للترخص إذا تحققت فيها الأمور الآتية:

١. أن يكون سبب المشقة مما يعسر التخلص منه.
٢. أن يكون هذا السبب مما لا بد للفرد من أن يتعرض له.
٣. أن يكون هذا السبب عاماً، إما عمومًا نوعياً بأن يكون شاملاً للأفراد، وإما عمومًا للتعرض للشيء وإن كان من فرد واحد^(٣٢).
٤. ألا يترتب على اعتبار عموم البلوى مخالفة نص صريح، فيقول ابن نجيم: «لا اعتبار عند أبي حنيفة بالبلوى في موضع النص، كما في بول الأدمي، فإن البلوى فيه أعم»^(٣٣).

وعليه يمكن تنزيل المسألة المعروضة على هذه القاعدة والتسامح في الدخول في العقد، وهذا التنزيل في المسألة المعروضة له وجهته الفقهية العملية، خصوصاً إذا ما أخذنا بعين الاعتبار محدودية حجم المؤسسات المالية الإسلامية وقوتها في الكيان الاقتصادي التقليدي؛ وأن القوانين الحالية لا تساهم في دعم حذف شروط غرامة التأخير؛ نظراً لكون تلك الجهات تعتبر أن هذا الشرط بمثابة تعويض لها عن الضرر الذي قد يقع عليها عند التأخر في السداد ومن باب الضمان لمستحقاتها المالية، وعليه فإذا ما عمت البلوى بهذا الشرط فوفق ما قرره الفقهاء يمكن التساهل في هذا الأمر، لا سيما إن كانت المؤسسة مرغمة على الالتزام بهذا الشرط.

التساؤل الثالث: هل يمكن اعتبار هذه النازلة من باب الحاجة التي تنزل منزلة الضرورة؟

ومعنى ذلك أن الأصل هو المنع من الدخول في العقد المتضمن شرطاً فاسداً، وهو اشتراط غرامة التأخير في العقد، ولكن نظراً لوجود حاجة للمؤسسات المالية في التعاقد وفق هذه العقود من أجل تسهيل أعمالها وتقديم خدماتها للعملاء الذين رغبوا بالتعامل معها، خصوصاً، وأن أكثر العقود المقصودة هي عقود التأجير التي تشترط فيها المؤسسات ذات الكيانات الكبيرة ومنها الدولة شرط غرامة التأخير، ولا يمكن ممارسة أعمال المؤسسات المالية الإسلامية إلا من خلال التأجير، وفي الغالب فإن كثيراً من المؤجرين يضعون مثل هذا الشرط، فمن باب الحاجة، فهل يمكن تنزيل ذلك على المسألة والسماح للمؤسسات المالية الإسلامية الدخول في هذا العقد؟

معنى الضرورة والحاجة:

تناول الفقهاء موضوع الحاجة والضرورة بالتفصيل والبيان، ومجمل ما قالوه في ذلك: أن الفقهاء يفرقون إجمالاً بين الضرورة والحاجة في الحكم.

= ابن تيمية، ١/ ٥٩٢. فمن نصوص الفقهاء في ذلك عند الحنفية: كل فضل مشروط في البيع ربا، سواء كان الفضل من حيث الذات أو من حيث الأوصاف، إلا ما لا يمكن التحرز عنه، دفعا للحرج، وعند المالكية: المتعذر يسقط اعتباره، والممكن يستصحب فيه التكليف. وفي الفقه الشافعي: يباح النظر للخطبة والتعليم والإشهاد والمعاملة والمعالجة ونحو ذلك من الأحكام المبنية على عموم البلوى. ويقول ابن تيمية: كل ما لا يمكن الاحتراز منه مضمون عنه.

٣٢- قاعدة المشقة تجلب التيسير - الباحثين، ص ١٦٥.

٣٤- الأشباه والنظائر - ابن نجيم، ص ٨٤.



فقالوا: إنه قد يجوز الإقدام على الممنوع أحياناً، وذلك عند الضرورة، فالضرورات تبيح المحظورات. قال الزركشي: «وقد يجوز الإقدام على العقد الفاسد للضرورة كالمضطر يشتري الطعام بزيادة عن ثمن المثل»^(٣٥).

وجاء في مغني المحتاج: «وتعاطي المعقود الفاسد حرام في الربوي وغيره إلا في مسألة المضطر المعروفة، وهي فيما إذا لم يبيعه مالك الطعام إلا بأكثر من ثمن المثل فله أن يشتري شراء فاسداً إن أمكن حتى لا يلزمه أكثر منه»^(٣٦).

ويراد بالضرورة في الاصطلاح: الحاجة الشديدة الملجئة إلى مخالفة الحكم الشرعي. وقد تضمن التعريف عنصرين:

أولهما: أن الضرورة حاجة ملجئة لا مدفع لها.

وثانيهما: أن الضرورة عذر معتبر شرعاً، وسبب صحيح من أسباب الترخيص، يقتضي مخالفة الحكم الشرعي.

ولا يختلف الفقهاء في التسامح في تناول الممنوع والمحرم في حالات الضرورة.

وأما الحاجة فقد اختلفت عبارات الفقهاء والأصوليين في بيان تعريفها وحدها، ولعل أفضل من عبر عنها الإمام الشاطبي - رحمه الله - في الموافقات فقال:

«وأما الحاجيات: فمعناها أنها مفتقر إليها من حيث التوسعة ورفع الضيق المؤدي في الغالب إلى الحرج والمشقة اللاحقة بفوت المطلوب، فإذا لم تراعى دخل على المكلفين - على الجملة - الحرج والمشقة، ولكنه لا يبلغ مبلغ الفساد العادي المتوقع في المصالح العامة»^(٣٧).

ويقول الشيخ عبدالله بن بيه: «(الحاجة الفقهية): هي الملحة بالضرورة الفقهية، وذلك من باب التوسع في معنى الضرورة والاضطرار؛ وهو كلي يكون معناه أشد من بعض أفرادها.

فمن توسّع أطلق على الحدّ الوسيط (الحاجة)، ومن لم يتوسّع اقتصر على الحدّ الأعلى (الضرورة)، وليس هذا من باب القياس، وإنما هو من باب الدلالة اللفظية.

وهذه الحاجة الفقهية: لا تحدث أثراً مستمراً، ولا حكماً دائماً بل هي كالضرورة تقدر بقدرها؛ مثل: بيع الثمرة قبل بدوّ صلاحها مع الأصل، وشرط الاستثناء من المنع على شرط قطعه، بل تثبت حكماً في محل الاحتياج، وهي شخصية، فلا تجوز لغير المحتاج، ولا تتجاوز محلها، وهذا ما يفرق الحاجة الفقهية عن الحاجة الأصولية؛ التي لا تثبت حكماً مستمراً، ولا يطلب تحققها في آحاد أفرادها؛ فالسلم يجوز للمحتاج وغير المحتاج، وبين الحاجة الفقهية الخاصة التي تعتبر توسّعا في معنى الضرورة، وبذلك ندرك وجود نوعين من الحاجة، أحدهما: حاجة عامة، والأخرى: حاجة شخصية»^(٣٨).

٣٥- المنشور في القواعد (٣٥٤/١) وما بعدها.

٣٦- مغني المحتاج ٢/٣٠.

٣٧- الموافقات ٢/١٠.

٣٨- مختصراً من كتاب صناعة الفتوى وفقه الأقليات - للشيخ العلامة عبدالله بن بيه. الطبعة الأولى. ١٤٢٤هـ.

ص ٢٨٠-٢٨٢.



ويقدر الفقهاء أن الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة^(٣٩).

ومعنى كون الحاجة عامة: أن الناس جميعاً يحتاجون إليها فيما يمس مصالحهم العامة من تجارة وزراعة وصناعة وسياسة عادلة وحكم صالح.

ومعنى كون الحاجة خاصة: أن يحتاج إليها فرد أو أفراد محصورون أو طائفة خاصة كأرباب حرفة معينة.

والمراد بتنزيلها منزلة الضرورة أنها تؤثر في الأحكام فتبيح المحظور وتجيز ترك الواجب وغير ذلك، مما يستثنى من القواعد الأصلية^(٤٠).

وتتفق الضرورة والحاجة في أن كلا منهما يستدعي التيسير والتخفيف؛ حيث إن الضرورة والحاجة يشتركان في معنى واحد، وهو أصل المشقة، إلا أنهما يختلفان في مقدار المشقة: ذلك أن المشقة في باب الضرورة مشقة فادحة غير عادية؛ إذ يترتب عليها التلف أو ما يقاربه، فالضرورة هي الحالة الملجئة التي لا بد منها، فهي تستدعي إنقاذاً ودفعاً للهلاك، وأما المشقة في باب الحاجة؛ فإنها مشقة محتملة عادية، لا يترتب عليها الهلاك والتلف، وإنما يحصل معها الحرج والضيق، فالحاجة تستدعي تيسيراً وتسهيلاً لأجل الحصول على المقصود.

وإذا تقرر أن الحاجة عامة كانت أو خاصة تجعل في منزلة الضرورة في جواز الترخيص لأجلها فإن هذا ليس على إطلاقه، وإنما يشترط لذلك أن تتصف هذه الحاجة بقدر من الشدة الزائدة والمشقة الظاهرة؛ وذلك بأن يعم البلاء هذه الحاجة ويكثر، أو يجري عليها تعامل، أو يرد في ذلك نص، أو يكون لها نظير في الشرع يمكن إلحاقه به، ومن هنا يتبين أن الحاجة التي تنزل منزلة الضرورة ليس فيها - بحسب الغالب - مخالفة لنص معين، أما الضرورة فإنها من قبيل الأحكام الاستثنائية، التي وردت على خلاف النص^(٤١).

والضرورة تبيح العقود التي يكون الخلل فيها أصلياً أو تابعاً، والحاجة تبيح العقود التي يكون الخلل فيها تابعاً ومضافاً.

وبناء على ما سبق فإذا أردنا تنزيل مسألة شرط غرامة التأخير في العقود على المؤسسات المالية الإسلامية، فهل الحاجة تنزل منزلة الضرورة في المؤسسات المالية؟

ولعل النظر الفقهي العام لا يمنع ذلك من باب الحاجة الخاصة المنزلة منزلة الضرورة؛ حيث إن الحاجة الفقهية بابها أوسع من الضرورة كما ذكرنا سابقاً، وينبغي أن يلاحظ هنا أن الحاجة لا تستدعي تغيير الحكم الأصلي، بل يبقى المنع على أصله، فلو تغيرت الأحوال وأمكن فرض التغيير وجب ذلك، فكما أن الضرورة تقدر بقدرها فكذلك الحاجة مرتبطة بالحال والزمان فتقدر بقدرها.

٣٩- الأشباه والنظائر - السيوطي - ج ١ ص ٨٨-٨٩ - ط. دار الكتب العلمية - الطبعة الأولى - ١٤١١هـ - ١٩٩٠م.

٤٠- الموسوعة الفقهية - ج ١٦ ص ٢٥٦-٢٥٧.

٤١- الأشباه والنظائر - السيوطي - ج ١ ص ٨٨-٨٩.



النتيجة:

بعد طرح جميع التساؤلات المهمة في نظري والنظر للواقع الذي تعيشه المؤسسات المالية الإسلامية اليوم وحتى على المستوى الفردي في كثير من الأحيان فإن هذا الشرط أصبح في العرف التجاري اليوم أمرا لازما، بل لا يكاد يخلو منه عقد في المؤسسات المالية، وخصوصا في عقود الإجارة التي لا تستغني المؤسسة المالية عنها لممارسة أعمالها وتقديم خدماتها وفق الأحكام الشرعية، أو العقود الحكومية مع الأفراد، ووفقا للقواعد الفقهية السابقة التي طرحت في هذه الورقة فأرى أنه يجب أن يفرق في الحكم بين الجهات التي ربما تقبل بشيء من التنازل وتقديم خيارات أخرى غير فرض تلك الغرامات التأخيرية، وبين الجهات التي لا تقبل نهائيا التفاوض حول هذا الشرط،

فأما الجهات التي ربما تقبل التفاوض بإلغاء هذا الشرط والاستعاضة عنه بضمانات تحقق الغرض، وتمنع المماطلة في التأخير فالواجب على المؤسسة المالية السعي الجاد والحديث لتغيير ذلك البند وإلغائه بالقدر الذي تستطيع بذله المؤسسة المالية،

وأما النوع الثاني من الجهات: وهي التي لا تقبل التفاوض نهائيا حول هذا الشرط وإلغائه، فالحكم فيها مقدر بالحاجة، والحاجة هنا تقدرها الهيئة الشرعية للمؤسسة؛ فإن قدرت الهيئة الشرعية وفق مبررات واقعية ورأت أنه من غير الممكن إلغاء الشرط وكانت هناك حاجة ملحة للمؤسسة فلا مانع من الدخول في هذا العقد وفقا لمبدأ الحاجة المنزلة منزلة الضرورة، وقد تم بيان الكلام حول هذه القاعدة وضوابطها.

ويمكن اختيار تخريج هذه النازلة على قاعدة الحاجة المنزلة منزلة الضرورة؛ لكونها طرفا يصعب معه الحال، ويضع المؤسسة في حرج وضيق من ممارسة الأعمال، أو الفرد في معيشته.

كما يمكن اعتبار تخريج عموم البلوى؛ حيث إن هذا الشرط قد أصبح ملزما لدى كثير من الهيئات والمؤسسات، سواء الحكومية منها أو الخاصة، وقد عمت البلوى به، والاحتياج للمؤسسات الإسلامية - وحتى الأفراد في كثير من الأحيان - يدفعهم نحو الدخول في التعاقد مع وجود هذا الشرط، وعليه فيمكن التسامح في ذلك وفق ما قررناه في هذه القاعدة.

والله ولي التوفيق.



ثبت المراجع

١. الاختيار في تعليل المختار - عبد الله بن محمود بن مودود الموصلية - مطبعة الحلبي - القاهرة (وصورتها دار الكتب العلمية) - بيروت - ١٩٣٧م.
٢. الأشباه والنظائر - السيوطي - ط. دار الكتب العلمية - الطبعة الأولى ١٩٩٠م.
٣. الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان الطبعة: الأولى - ١٩٩٩م.
٤. أصول الفقه - محمد أبو النور زهير - الناشر: المكتبة الأزهرية للتراث.
٥. اقتضاء الصراط المستقيم لمخالفة أصحاب الجحيم - أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد ابن تيمية الحراني - دار عالم الكتب، بيروت ١٩٩٩م.
٦. الأم - محمد بن إدريس الشافعي - الناشر: دار المعرفة بيروت - ١٩٩٠م.
٧. الإنصاف في معرفة راجع من الخلاف - علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي دمشقي - دار إحياء التراث العربي.
٨. البحر الرائق شرح كنز الدقائق - زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري - دار الكتاب الإسلامي.
٩. بحوث في قضايا فقهية معاصرة - الشيخ الدكتور محمد تقي العثماني - دار القلم - دمشق.
١٠. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع - علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي الناشر: دار الكتب العلمية - ١٩٨٦م.
١١. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق - عثمان بن علي بن محجن، فخر الدين الزيلعي الحنفي - المطبعة الكبرى الأميرية - القاهرة الطبعة الأولى.
١٢. تحرير المجلة - الشيخ محمد حسين كاشف الغطاء - نسخة الكترونية.
١٣. التعويض عن الضرر من المدين المماطل، مقدم لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية بالبحرين ٤٢١هـ. الدكتور محمد الزحيلي.
١٤. جمع الجوامع للتاج السبكي الناشر: دار الفكر للنشر والتوزيع.
١٥. جواهر الاكليل شرح مختصر الشيخ خليل في مذهب الامام مالك امام دار التنزيل للشيخ صالح عبد السميع الأبى الأزهرى - مصر ١٣٢٢ هـ.



١٦. حاشيتا قليوبي وعميرة - أحمد سلامة القليوبي وأحمد البرلسي عميرة - الناشر: دار الفكر - بيروت - ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م.
١٧. حكم إجراء العقود الفاسدة - الشيخ عبدالمجيد بن صالح المنصور - نسخة الكترونية.
١٨. رد المحتار على الدر المختار - محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي - الناشر: دار الفكر - بيروت - ١٩٩٢م.
١٩. شرح الكوكب المنير - تقي الدين أبو البقاء محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوح المعروف بابن النجار الحنبلي - مكتبة العبيكان - الطبعة الثانية ١٩٩٧م.
٢٠. شرح النووي على صحيح مسلم - دار إحياء التراث العربي - بيروت.
٢١. شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدي - محمد بن عبد الواحد كمال الدين ابن الهمام - دار الكتب العلمية - ٢٠٠٣م.
٢٢. صناعة الفتوى وفقه الأقليات - للشيخ العلامة عبدالله بن بيه - الطبعة الأولى.
٢٣. الغرر البهية للشيخ زكريا الأنصاري - المطبعة الميمنية - القاهرة.
٢٤. الفتاوى الهندية - المؤلف: لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي - الناشر: دار الفكر الطبعة الثانية ١٣١٠ هـ.
٢٥. فتح الباري شرح صحيح البخاري - أحمد بن علي بن حجر العسقلاني أبو الفضل شهاب الدين - الناشر: دار الكتب السلفية.
٢٦. فتح الملك العزيز بشرح الوجيز - علي بن البهاء البغدادي الحنبلي - دار خضر للطباعة والنشر - بيروت - ٢٠٠٢م.
٢٧. أنوار البروق في أنواء الفروق - أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقراي - طبعة عالم الكتب.
٢٨. قواطع الأدلة في الأصول - منصور بن محمد بن عبد الجبار السمعاني أبو المظفر - دار الكتب العلمية - ١٩٩٧م.
٢٩. كشف القناع عن متن الإفتاح - منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي - دار الكتب العلمية.
٣٠. كشف الأسرار شرح أصول البزدوي - عبد العزيز بن أحمد بن محمد، علاء الدين البخاري الحنفي - الناشر: دار الكتاب الإسلامي.
٣١. مبدأ الرضا في العقود - أ. د. علي محي الدين القره داغي - بيروت: دار البشائر الإسلامية.



٣٢. مجلة المجمع العدد (٦) - قرارات المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي.
٣٣. مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية - وزارة الشؤون الإسلامية والدعوة والإرشاد السعودية - ٢٠٠٤م.
٣٤. المدخل الفقهي العام للشيخ الزرقا - دار القلم - دمشق. ١٩٩٨م.
٣٥. المدونة الكبرى رواية سحنون - مالك بن أنس - الناشر: وزارة الأوقاف السعودية.
٣٦. المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية.
٣٧. معونة أولي النهى شرح المنتهى - محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوحى تقي الدين ابن النجار - الناشر: مكتبة الأسدى.
٣٨. المغني - أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الشهير بابن قدامة المقدسى - الناشر: مكتبة القاهرة.
٣٩. الموسوعة الفقهية الكويتية - طباعة وزارة الأوقاف الكويتية.
٤٠. المؤيدات الشرعية لحمل المدين المماطل على الوفاء - الدكتور نزيه كمال حماد - مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي - السعودية - ١٩٨٦م.
٤١. الوجيز في أصول الفقه الإسلامي - الدكتور محمد مصطفى الزحيلي - مطبوعات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية إدارة الشؤون الإسلامية قطر.



مؤتمر شورة الفقهي الثامن 8th Shura Fiqh Conference

فندق فور سيزونز - دولة الكويت
12-11 ربيع الآخر 1441 هـ - 9-8 ديسمبر 2019 م

البحث الثالث

قاعدة عموم البلوى مفهومها ومدى صحة تطبيقها المعاصر على عقود المداينات المتضمنة لغرامات التأخير

فضيلة الشيخ / أ. د. نزيه كمال حماد

الرعاة الرئيسة



بيت التمويل الكويتي
Kuwait Finance House



الرعاة الفضية

موفتنيك
فندق وريزيدنس برج هادر مكة



بنك بويان
Boubyan Bank

الرعاة الذهبية

الإلتياز
ALIMTIJAZ GROUP

الرعاة البلاطينية

البنك الأهمق المسجود
ahli united bank



الأهلي
NCB

الشركاء المحليين



شركة سمارة لخدمات
تأجير السيارات

الشركاء الاستراتيجيين



بالتعاون مع



الجمعية الإسلامية للتمويل والتجارة

تنظيم



بيت التمويل الكويتي
Kuwait Finance House



بسم الله الرحمن الرحيم

أولاً: قاعدة عموم البلوى (مفهومها وضوابطها):

١. لقد نبه كثير من الفقهاء والأصوليين والمصنفين في القواعد الفقهية إلى أن «عموم البلوى» أو «ما تعم به البلوى» سبب شرعي للتخفيفات الإستثنائية من الأحكام الأصلية الموجبة للحظر، إذا كان التكليف الأصلي فيها مورثاً مشقة زائدة لمن ابتلي بملاستها، وكانت عامة الوقوع بحيث يعسر احتراز المكلفين منها أو استغناؤهم عن العمل بها^(١).

قال الدكتور صالح بن حميد: «ويظهر عموم البلوى في موضعين: الأول مسيس الحاجة في عموم الأحوال، بحيث يعسر الاستغناء عنه إلا بمشقة زائدة. والثاني شيوع الوقوع والتلبس، بحيث يعسر على المكلف الاحتراز منه أو الإنفكاك عنه إلا بمشقة زائدة. ففي الموضوع الأول: إبتلاء بمسيس الحاجة، وفي الثاني إبتلاء بمشقة الدفع^(٢)».

٢. وعلى هذا كان العسر بهذين المعنيين جزءاً من حقيقة عموم البلوى في نظر الفقهاء والأصوليين، حيث إنه مظنة للمشقة الزائدة التي تقتضي التيسير والتخفيف، واعتبر «عموم» الحاجة إلى التلبس بالمعاملة سبباً لترتب آثارها من العفو ورفع المؤاخذه وضابطاً له، إذ الحاجة التي تستوجب حكماً استثنائياً إنما هي حاجة الجماعة، وليست الحاجة الفردية، لعدم استلزامها لحكم استثنائي، ولهذا لا تعتبر داخلة في «عموم البلوى» لأن لكل فرد حاجات متعددة ومختلفة عن غيره، ولا يمكن أن يكون لكل فرد تشريع خاص به^(٣).

قال القاضي أبو بكر ابن العربي: «إذا كان الحرج في نازلة عاماً في الناس فإنه يسقط، وإذا كان خاصاً لم يعتبر عندنا»^(٤).

وعلق الشاطبي على كلام ابن العربي فقال: «النظر الأصولي يقتضي ما قال، فإن الحرج العام هو الذي لا قدرة للإنسان عن الإنفكاك عنه، فأما إذا أمكن الإنفكاك عنه فليس بحرج عام بإطلاق»^(٥).

وقال غيره: المراد بالعام: كونه شاملاً لمتعدد لا ينحصر، لأن الحرج فيها كلي. وقيل: المراد بالخاص الحرج الذي هو من قبيل المعتاد، حيث إنه لا رفع فيه ولا إسقاط. أما العام فما كان من قبيل الخارج عن المعتاد، حيث إنه من جنس ما تقع فيه الرخصة والتوسعة^(٦).

٣. وضابط المشقة الزائدة التي تجلب التيسير والتخفيف فيما تعم به البلوى بينها الشاطبي بقوله:

١- انظر قاعدة المشقة تقتضي التيسير للدكتور يعقوب الباسين ص ١٦٤ - ١٨٥، رفع الحرج للدكتور صالح بن حميد ص ٢٦١ - ٢٧٦، عموم البلوى لمسلم الدوسري ص ٦٠ وما بعدها، العفو عند الأصوليين والفقهاء للدكتور يوسف طالب ص ٢٥١ وما بعدها.

٢- رفع الحرج في الشريعة الإسلامية لابن حميد ص ٢٦٢

٣- انظر عموم البلوى ص ١٦٠

٤- أحكام القرآن ١٣٠٦/٢

٥- الموافقات ١٦٢/٢

٦- انظر الموافقات ١٥٩/٢



«المسألة السابعة: في أنه لا يَنازَعُ في أن الشارع قاصد للتكليف بما لزم فيه كلفة ومشقة ما، ولكن لا تسمى في العادة المستمرة مشقة، كما لا يسمى في العادة مشقة طلبُ المعاش بالحرف وسائر الصنائع، لأنه ممكن معتاد لا يقطع ما فيه من الكلفة عن العمل في الغالب المعتاد، بل أهل العقول وأرباب العادات يعدون المنقطع عنه كسلان، ويذمون به كذلك، فكذلك المعتاد من التكاليف.

والى هذا المعنى يرجع الفرق بين المشقة التي لا تعد مشقة عادة، والتي تعد مشقة: وهو أنه إن كان العمل يؤدي الدوام عليه إلى الانقطاع عنه أو عن بعضه أو إلى وقوع خلل في صاحبه في نفسه أو ماله أو حال من أحواله فالمشقة هنا خارجة عن المعتاد. وإن لم يكن فيها شيء من ذلك في الغالب، فلا تعد في العادة مشقة وإن سميت كلفة. فأحوال الإنسان كلها كلفة في هذه الدار، في أكله وشربه وسائر تصرفاته، ولكن جعل له قدرة عليها بحيث تكون تلك التصرفات تحت قهره، لا أن يكون هو تحت قهر التصرفات. فكذلك التكاليف. فعلى هذا ينبغي أن يفهم التكليف وما تضمن من المشقة^(٧)».

وقوله: «المسألة الحادية عشرة حيث تكون المشقة الواقعة بالمكلف في التكليف خارجة عن معتاد المشقات في الأعمال العادية، حتى يحصل بها فساد ديني أو دنيوي، فمقصودُ الشارع فيها الرفع على الجملة. وعلى ذلك دلت الأدلة المتقدمة، ولذلك شرعت فيها الرخص مطلقاً.

وأما إذا لم تكن خارجة عن المعتاد، وإنما وقعت على نحو ما تقع المشقة في مثلها من الأعمال العادية، فالشارع وإن لم يقصد وقوعها فليس بقاصد لرفعها أيضاً. والدليل على ذلك أنه لو كان قاصدا لرفعها لم يكن بقاء التكليف معها، لأن كل عمل عادي أو غير عادي يستلزم تعباً وتكليفاً على قدره، قل أو جل، إما في نفس العمل المكلف به، وإما في خروج المكلف عما كان فيه إلى الدخول في عمل التكليف، وإما فيهما معاً. فإذا اقتضى الشرع رفع ذلك التعب، كان ذلك اقتضاء لرفع العمل المكلف به من أصله، وذلك غير صحيح، فكان ما يستلزمه غير صحيح^(٨).

٤. وقد نبه كثير من أهل العلم إلى أن قاعدة «عموم البلوى» التي تستلزم التخفيف والترخيص ترجع إلى القاعدة الفقهية الكبرى «المشقة تجلب التيسير» وتتفرع عنها، إذ لا يخفى أن من أصول الشريعة ومبادئها العامة رفع الحرج عن العباد، وعدم تكليفهم بما يعنتهم من مشاق قد تنشأ عن إتيان فعل أو امتناع عن فعل لقوله تعالى (ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج) (٩) قال ابن تيمية: فأخبر أنه لا يريد أن يجعل علينا من حرج فيما أمرنا به. وهذه نكرة مؤكدة بحرف من، فهي تنفي كل حرج (١٠) وقوله تعالى (وما جعل عليكم في الدين من حرج) (١١) قال ابن تيمية: فقد أخبر أنه ما جعل علينا في الدين من حرج نفيًا عامًا مؤكداً. فمن اعتقد فيما أمر الله به مثقال ذرة من حرج، فقد كذب الله ورسوله (١٢).

٧- الموافقات ٢/١٢٣

٨- الموافقات ٢/١٥٦

٩- المائدة/٦

١٠- جامع الرسائل لابن تيمية ٢/٢٧٠

١١- الحج/٧٨

١٢- جامع الرسائل ٢/٢٧٠



٥. ووردت في قضية «عموم البلوى» القواعد الفقهية الآتية:

. ما عمت بليته خفت قضيته^(١٢).

. إذا ضاق الأمر اتسع^(١٤).

. ما ضاق على الناس أمره اتسع حكمه، وما عمت بليته سقطت قضيته^(١٥).

. ينزل ما عم وإن خف منزلة ما يثقل إذا اختص^(١٦).

. ما تعم به البلوى ويتعذر أو يشق الاحتراز منه يعفى عنه^(١٧).

. ما لا يستطيع الامتناع عنه يكون عفوا^(١٨).

. ما لا يمكن التحرز عنه فهو عفو^(١٩).

وقال العز بن عبد السلام في «القواعد الكبرى»: «هذه الشريعة مبنية على أن الأشياء إذا ضاقت اتسعت^(٢٠)».

وجاء في «فتح القدير» للكمال بن الهمام: «عموم البلوى إذا تحققت بالنص لنا في للحرص فهو ليس معارضة للنص بالرأى... لأنها إنما تتحقق بأغلبية عسر الانفكاك^(٢١)».

وجاء في «القواعد» للحصني والأشباه والنظائر للسيوطي أن جميع رخص الشرع وتخفيفاته تتخرج على قاعدة (المشقة تجلب التيسير) وعدوا منها: عموم البلوى^(٢٢).

٦. ومن الجدير بالبيان في هذا المقام تنبيه جمع من حذاق أهل العلم^(٢٣) إلى أن الترخيص الشرعي الاستثنائي الذي يقتضيه «عموم البلوى» لا يعتبر في النظر الأصولي من باب الإباحة الشرعية التي تعني الأذن ويستوي فيها الترك والفعل، بل من باب «العفو» الذي يعني ترك المؤاخذة، ورفع الأثم، ونفي الذم والعقاب للفعل، لقيام عذر من الأعداء التي تخرج المكلف عن مقتضى الأمر والنهي، بحيث يكون فعله

١٢- بدائع الصنائع ١/٨١، البحر الرائق ١/٢٤١، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٩٢، ترتيب الأثر في سلك الأمالي لناظر زيادة ١٠٣٥/٢

١٤- الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٢، التنف في الفتاوى للسغدي ١/١١

١٥- تبين الحقائق ٥/٢١٨، تكملة البحر الرائق ٨/١٢٠

١٦- الأشباه والنظائر لابن الوكيل ٢/٣٧٢، الأشباه والنظائر لابن الملقن ٢/٣٣

١٧- المنثور في القواعد للزركشي ١/١٢٢

١٨- المسبوط للسرخسي ١/٤٦، ٨٦، ٩٠، ٣٢/٢، ١٤٠-١٤٢، ١١/٢٢٤، ٢٥١، ٢٥٢، شرح السير الكبير للسرخسي ٤/١٤٦٧، ١٤٦٨

١٩- المسبوط ٣/١٤٢، ١٤١، ١٤٠، ١١/١١٠، ١٠٩

٢٠- القواعد الكبرى ٢/٢٣٣

٢١- فتح القدير على الهداية ١/١٧٩

٢٢- انظر القواعد للقي الحصني ص ٣١٠، ٣١٧، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٧٧، ٧٨

٢٣- كالسرخسي والعز بن عبد السلام وابن تيمية والشاطبي وابن قيم الجوزية (انظر بيان الدليل لابن تيمية ص ٣٤٤، ٣٦١، ٣٧١، إعلام الموقعين ٤/٨٥، الموافقات ١/١٦١-١٧٦).



في نفسه باقيا على أصله من التحريم، لكن إثم التحريم مرفوع عنه بسبب «عموم البلوى» لأن الإباحة التي تفيد الإذن وتعني التخيير بين الفعل والترك لا تكون إلا فيما هو مباح أصلا، أما مرتبة «العفو» العارضة للأعذار، فإن مقتضاها رفع التكليف والمؤاخذة والعقوبة بفعل المعفو عنه، فلا يكون به مطيعا ولا عاصيا، ولا يتصف بتحليل ولا تحريم ولا إباحة، كعفو الله عن فعل المخطئ والناسي والمكره وقفل الصبي والمجنون ومن لم تبلغه الرسالة من الرجال والنساء. حيث صح عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»^(٢٤).

وقال عليه الصلاة والسلام: «رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصغير حتى يكبر، وعن المجنون حتى يعقل»^(٢٥).

قال شيخ الإسلام ابن تيمية: (ان بين ثبوت التحريم وثبوت التحليل الشرعيين منزلة العفو، وهو في كل فعل لا تكليف فيه أصلا)^(٢٦).

وقال ابن القيم: (إن الله تعالى قَدَّرَ رفع المؤاخذة عن المخطئ والناسي والمكره ... كما أنه تعالى لما تجاوز للأمة عما حدثت به نفسها لم تتعلق به المؤاخذة في الأحكام. يوضحه أن فعل الناسي والمخطئ بمنزلة فعل النائم في عدم التكليف به، ولهذا هو عَفْوٌ لا يكون به مطيعا ولا عاصيا)^(٢٧).

وقال الإمام العز بن عبد السلام: (أفعال القلوب والجوارح أنواع: (أحدها) المأمورات (والثاني) المنهيات (والثالث) المعفوات كالخطأ والنسيان (الرابع) المباحات من المأكول والمشرب والملابس والمناخ وغير ذلك مما أذن فيه الديان وأباحه الرحمن)^(٢٨).

٧. وقد ضرب بعض الفضلاء أمثلة تطبيقية من التراث الفقهي على الترخيص لعموم البلوى:

منها قضاء أمير المؤمنين عمر بن الخطاب بعدم قطع يد السارق في عام المجاعة، إذ اعتبر «عموم البلوى» شبهة دارئة للحد عن سرق، وقال: (لا يقطع في عام سنة)^(٢٩).

٢٤- أخرجه ابن ماجة وابن حبان في صحيحه والحاكم في المستدرک والبيهقي في السنن الكبرى والدارقطني في سننه والطبراني في المعجم الكبير وغيرهم. (المعجم الكبير ٩٤/٢، السنن الكبرى ٢٥٦/٧، سنن الدارقطني ١٧١/٤، صحيح ابن حبان ٢٠٢/١٦، سنن ابن ماجة ٦٥٩/١، المستدرک على الصحيحين ١٩٨/٢، سنن سعيد بن منصور المجلد الثالث ٢١٣/١)

٢٥- قال النووي: هذا الحديث صحيح رواه عن النبي صلى الله عليه وسلم علي وعائشة ورواه أبو داود والنسائي في كتاب الحدود من سننهما من رواية علي بإسناد صحيح، ورواه هما وابن ماجة في سننه من رواية عائشة في كتاب الطلاق (المجموع ٦/٣) انظر الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢١٢

٢٦- بيان الدليل على بطلان التحليل ص ٣٤٤، وانظره أيضا ص ٣٦١، ٣٧١

٢٧- إعلام الموقعين ٨٥/٤

٢٨- شجرة المعارف والأحوال للإمام العز ص ٤٨

٢٩- أخرجه عبد الرزاق في المصنف ٢٤٢/١٠ وابن أبي شيبة في مصنفه ٢٧/١٠



ولم يفصل بين المضطر وغيره. وحكي إجماع الصحابة السكوتي على ذلك لعموم النازلة التي أصابت الناس في ذلك الزمان، مع عدم المنكر أو المخالف^(٣٠).

ومنها إفتاء أهل الترجيح من فقهاء الحنفية في بلاد سمرقند في أواخر القرن الخامس الهجري بصحة العقد المستحدث الموسوم بـ (بيع الوفاء)^(٣١) حين كثر الدين على أهل بخارى، وأمسك الناس أموالهم عن الإقراض بلا منفعة، فحملتهم الحاجة الشديدة إلى التعامل به، وفضى التعامل به بين الناس، وعمت به البلوى^(٣٢).

قال شيخ الإسلام محمد بيرم الثاني التونسي: «بيع الوفاء وضع للتوثق للدين والانتفاع بالعين. واعلم أنه لما كان الغالب على الناس في عصر المجتهدين وما قرب منه قصد النفع الأخرى، حتى كان المقرض منهم يقرض لوجه الله تعالى، لم يكن لهذا العقد وجود في دائرة اليهود. فلما انقلبت الأوضاع، وغلب حب الدنيا على الطباع، وصار الانسان لا يقرض غيره شيئاً كثيراً من ماله من غير أن يطمع بحصول نفع مالي أحدثوه تحيلاً لتحصيل الأرباح بطريق مباح!»^(٣٣).

ثم قال: «ومما لا ريب فيه أن الناس إذا كانت لهم حاجة إليه في تلك الأعصار على فضلها فهم إليه في هذا العصر - على وضوح اختلاله - أحوج، وقد فشا التعامل به في ديارنا (التونسية) فشوا خارجاً عن الحد، وبرزت به الفتاوى والأحكام ممن أدركناهم من الحنفية، ومنهم والدي رحمه الله.. فلا يفتى الآن أو يقضى فيه منهم بغير هذا. وأما منعهم من التعامل به جملة بعد هذا الفشو والحاجة الشديدة فحامل لهم على الهجوم إلى الربا المجمع على تحريمه جهاراً، لأن المضطر إذا أغلقت في وجهه الأبواب ارتكب المشاق الصعاب»^(٣٤).

٨. أما ضوابط الترخيص لعموم البلوى فهي أربعة:

أولاً: أن يكون عموم البلوى محققاً في عين النازلة بمعنى أن يكون متعيناً أو مظنوناً ظناً قوياً عسر الاحتراز منها أو الاستغناء عنها.

والثاني: أن يكون شاملاً لعموم المكلفين أو جملتهم، وليس خاصاً ببعضهم أو أفراد منهم.

والثالث: أن تكون المشقة الملازمة للفعل من جنس المشقات البالغة غير المعتادة في التكاليف الشرعية.

والرابع: أن لا يكون عموم البلوى بأمر محرم لذاته كالسرقة والزنا وأكل الربا والرشا، ما لم تتحقق فيها شروط الضرورات التي تبيح المحظورات.

٣٠- عموم البلوى للدوسري ص ٢٦٧، ٣٠٨، ٣٤٠، وانظر المحلى ١٣/٢٧٩، المغني ٨/٢٧٨، ١٢/٤٦٢، ٤٦٣، إعلام الموقعين ١٢، ١١/٣

٣١- بيع الوفاء: هو أن يبيع المحتاج إلى النقد عقاراً على أنه متى وفى الثمن استرد العقار. انظر المدخل الفقهي العام للزرقي ١/٥٤٤، ٥٤٥

٣٢- انظر الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٠٠، ١١٣، البحر الرائق ٦/ ٨، ٩، رسالة نشر العرف لابن عابدين ضمن مجموع رسائله ٢/١٢٠

٣٣- الوفاء فيما يتعلق ببيع الوفاء ص ٨٠ (تحقيق د. محمد الحبيب بن الخوجه)

٣٤- المرجع السابق ص ٩٠، ٩٦



٩. وختاماً، تجدر الإشارة إلى أن الترخيص الشرعي الاستثنائي لعموم البلوى الذي يعني «العفو» أي ترك المؤاخذة، ورفع الإثم والعقوبة عن المكلف، مبناه وأساسه في نظر الفقهاء والأصوليين قاعدة «التقديرات الشرعية» بإعطاء الخلل الموجود حكم المدوم^(٢٥)، وهي قاعدة أجمع العلماء عليها -كما قال القرافي^(٢٦)- حيث يقدر ذلك الفعل المحظور بموجب ذلك الترخيص كالعدم.

ثانياً: مدى صحة تطبيقها المعاصر على غرامات التأخير المشتركة في عقود المدائيات

تصوير المشكلة:

١٠. يعتبر فشل المدين في الوفاء بدينه في عقود المدائيات المختلفة في الأجل المحدد من القضايا الخطيرة التي تعرقل حركة المال والاقتصاد في العالم، وتشغل بال التجار والصناعيين وسائر الممولين، منهم المؤسسات المالية الإسلامية، نظراً لما يترتب عليه من مخاطر ومفاسد وأضرار تتعطل معها كثير من المصالح الحيوية للأمة، وقد تصل إلى إحداث شلل في حركة المال والاقتصاد والتنمية.

ولهذا عنيت التشريعات والقوانين في العالم -وفقاً للنظام الاقتصادي الرأسمالي والمذهب الاقتصادي الحر- بوضع مؤيدات مدنية قوية تحمل المدين على الوفاء بدينه في الأجل دون تأخير أو مماطلة، بغض النظر عن ظروفه المالية وأحواله الائتمانية، وكان من أهمها الشرط الجزائي بدفع غرامة تأخير معلومة في سائر عقود المدائيات، ومنها عقود توصيل الكهرباء والماء والغاز الطبيعي وخدمات الهاتف الأرضي والمحمول والشبكة العنكبوتية وبطاقة الائتمان وغير ذلك مما يحتاج إليه الناس في هذا العصر، حيث دلت التجربة في الواقع الراهن، الذي ضعف فيه الوازع الديني والخلقي، وقعدت الهمم، وفسدت الذمم، وكثر الطمع، وقل الورع، وفشا الكذب والخداع والشح على أن عامة المدينين إذا حلت آجال ديونهم، ولم تتضمن عقود مدياناتهم الشرط الجزائي الذي يتضمن الزامهم بدفع غرامة تأخير إذا فشلوا في سداد الدين في أجله، فلن يبادر أحد منهم إلى الوفاء بما التزم به في أوانه، سواء كان قادراً عليه أو عاجزاً عنه.

وتلك مشكلة واقعة عمّت بها البلوى في هذا الزمن، فهل هناك حل لها من منظور إسلامي بناء على قاعدة الترخيص لعموم البلوى المعروفة عند الفقهاء والأصوليين؟! نظراً لأن اشتراط غرامات التأخير في عقود المدائيات كالببيع الأجل والإجارة والضمان ونحوها إذا كان حلاً سائغاً مقبولاً في النظام الرأسمالي الحر، فإنه يعتبر شرطاً ربوياً فاسداً في النظر الشرعي، لا يجوز اشتراطه من قبل الدائن، ولا يصح التراضي عليه من الطرفين، ولا يحل العمل بموجبه في قول أحد من أهل العلم، لأنه من الربا الجلي (ربا الجاهلية: تقضي أم تربي) الذي دلت النصوص القطعية على حظره، وجاء بتحريمه قرار المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة الثامن في دورته الحادية عشرة سنة ١٤٠٩ هـ، وقرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي بجدة رقم ٨٥ (٩ / ٢) في دورته التاسعة سنة ١٤١٥ هـ، وقراره رقم ١٠٩ (٣ / ١٢) في دورته الثانية عشرة سنة ١٤٢١ هـ وكذا معيار المدين المماثل الصادر عن المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية بالبحرين.

٢٥- جاء في الفروق للقرافي (٢٧/٢): من قواعد الشرع التقديرات، وهي إعطاء الموجود حكم المدوم، والمدوم حكم الموجود. وجاء فيه أيضاً (١٦١/١): باب إعطاء الموجود حكم المدوم، وهو كثير في الشريعة ولا يكاد باب من أبواب الفقه ينفك عن التقدير. وانظر القواعد الكبرى للزم بن عبد السلام ٢/٢٠٥ وما بعدها.



هذا فيما يتعلق بالطرف الدائن في المداينة، غير أن الإشكال ليس مقتصرًا عليه فحسب، بل هو متجه أيضًا بالنسبة إلى الطرف المدين، سواء كان فردًا أو شركة أو مؤسسة مالية أو تجارية أو صناعية أو غير ذلك، فإنه إذا أراد الدخول في أية مداينة يحتاج إليها، أو له مصلحة راجحة فيها، فإنه لا يجد أمامه عقدا من العقود النمطية التي تصدرها الجهات الدائنة يخلو من شرط غرامة التأخير، سواء كانت جهة حكومية أو مؤسسة مالية، أو شركة عامة أو خاصة أو غير ذلك.

وإذا كان الحال كما وصفت وشرحت فكيف السبيل إلى الخروج من هذا المأزق الضيق، وحل هذه المشكلة العويصة؟

الرأي المختار لحلها:

١١. إن الذي يظهر لي بعد النظر والتأمل في المشكلة ضرورة النحو إلى قراءة تجديدية، تنطوي على نظر اجتهادي معاصر، يتناسب مع الواقع والملايسات المحيطة به، ينبني على نوع من التحليل والتفصيل والتحرير والتأويل، ويستند إلى مبدأ رفع المؤاخدة والحرص والإثم عما عمت به البلوى.

إذ لا يخفى على الباحث المنصف أن دخول كل واحد من الطرفين (الدائن والمدين) في اتفاقية المداينة التي تتضمن اشتراط غرامة التأخير إما أن يكون اختياريًا رضائيًا، وإما أن يكون جبريًا قهريًا.

الحالة الأولى: الدخول الرضائي في اتفاقية المداينة مع شرط غرامة التأخير

١٢. وصورتها: أن يقع تراضي الطرفين في عقد المداينة على الشرط الجزائي المتضمن لإلزام المدين بدفع غرامة التأخير المتفق عليها إذا فشل في سداد الدين في أجله، بحيث تعتبر غرامة التأخير حقا للدائن ثابتا في ذمة المدين بالعقد، سواء كان فردًا أو شركة أو هيئة أو مؤسسة أو غير ذلك.

وفي هذه الحالة يعتبر كل واحد من الطرفين آثمًا بإبرام هذه الاتفاقية غير المشروعة لفساد شرط غرامة التأخير فيها، لأنها تعتبر في المنظور الشرعي من قبيل ربا الجاهلية القطعي الحرمة (تقضي أم تربي؟).

ولا مدخل للترخيص بعموم البلوى في هذه الصورة لتضمنها استمرار العمل بالربا المحرم لذاته، والارتياح له حيث جاء في القواعد الفقهية: (الرخص لا تناط بالمعاصي) (٣٧).

وقد فسرها بعض الفقهاء بقوله: إن فعل الرخصة متى توقف على وجود شيء، نُظِرَ في ذلك الشيء. فإن كان تعاطيه في نفسه حرامًا امتنع معه فعل الرخصة وإلا فلا (٣٨).

٣٧- المنشور للزركشي ٢ / ١٦٧ الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٧٨، وللسبكي ١ / ١٢٥

٣٨- المنشور في القواعد للزركشي ٢/١٦٩، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٢٩



الحالة الثانية: الدخول القهري في اتفاقية المدينة مع شرط غرامة التأخير

وله صورتان:

الصورة الأولى: أن يكون الطرف الدائن المشتراط لغرامة التأخير مؤسسة مالية إسلامية لا تستحل غرامة التأخير، ولا ترضى باشتراطها، لكنها لم تجد سبيلا في هذا الزمن مشروعا للحيلولة دون تأخر المدين عن الوفاء في الأجل، وحمله على سداد ما التزم به وقته المحدد غير اللجوء إلى الشرط الجزائي المحظور شرعا في المدينة.

فهي إذن تفرض غرامة التأخير، وهي مبغضة لها غير مريدة لأخذها، ولا راغبة في تملكها، لكنها مضغوطة مكرهة على اشتراطها، ولذلك ينص نظامها الأساسي على عدم دخول هذه الغرامة في ميزانيتها إذا ترتبت نظرا لإخفاق المدين في أداء دينه في أجله، والتخلص منها بصرفها في وجوه الخير، كما يتخلص قابض المال الحرام منه إذا تعذر عليه رده إلى مستحقه.

ففي هذه الحالة أرجو أن يعتبر شرط غرامة التأخير في اتفاقية المدينة بالنسبة إلى الدائن لغوا (حكما وتقديرا) بناء على قاعدة التقديرات الشرعية بجعل الموجود في حكم المعدوم، وعضوا، لا مؤاخذاً عليه ولا عقوبة فيه استثناء لعموم البلوى، مع اعتقاد حرمة في نفسه، لا إباحته، نظرا لكون الطرف الدائن مرغم مقهور مجبور على اشتراطه على سبيل التأكيد مادام العذر قائما، ريثما يتوفر سبيل مشروع آخر لتحقيق الغرض المنشود من اشتراطه، إذ هو في معنى المضطر الذي ليس بباغ ولا عاد، ومن جنس المضغوط المكره على إتيان ما لا يريد فعله، وقد صح عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه». قال الإمام ابن القيم: «فإن الشارع إنما ألغى قول المكره (أي على كلمة الكفر) إذا تجرد عن القصد، وكان قلبه مطمئنا بضده. فأما إذا قارن للفظ القصد واطمأن القلب بموجبه، فإنه لا يعذر^(٣٩)». والله يعلم المصلح من المفسد.

والصورة الثانية: أن يكون المدين الذي اشترطت عليه غرامة التأخير في عقد المدينة فردا أو شركة أو مؤسسة تجارية أو مالية إسلامية، تتحرج من غرامة التأخير، ولا تريد اشتراطها، ولا ترضى بملاستها، لكنها نظرا لعسر أو تعذر الامتناع أو الاستغناء عن الدخول في تلك المعاقدة، تجد نفسها أمام أمرين لا ثالث لهما: إما القبول بهذا الشرط المحظور الفاسد فيها - الذي به عمت البلوى - اضطرارا وإذعانا وإما الرفض، وترك الدخول فيها مع الحاجة إليها أو المصلحة المعتبرة في إبرامها، كما هو الحال في إبرام عقود الخدمات الأساسية كتوصيل الكهرباء والماء والغاز الطبيعي والهاتف الأرضي والمحمول والشبكة العنكبوتية وبطاقة الائتمان وغير ذلك مما لا يحصى من صور المديانات التي لا مفر منها ولا استغناء عنها في هذا العصر.

ففي هذه الصورة أرجو أن يعتبر قبول المدين بشرط غرامة التأخير لغوا (حكما وتقديرا) بناء على قاعدة التقديرات الشرعية باعتبار الموجود في حكم المعدوم، وعضوا لا مؤاخذاً عليه ولا عقوبة ولا إثم استثناء، بناء على الترخيص الشرعي الذي تقتضيه قاعدة عموم البلوى، مع اعتقاد حرمة في نفسه لا إباحته، حيث إنه ملجأ مقهور محمول على القبول بهذا الشرط المحظور المفسد لعقد المدينة، دون أن يكون له فيه إرادة أو رضی أو غرض أو وطر أو قصد،



فأشبهه المضطر الذي ليس بباغ ولا عاد، وكان في معنى المكروه المضغوط الذي رفع عنه التكليف لقوله صلى الله عليه وسلم: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»، وذلك بشرطين:

أحدهما أن يكون قادراً على وفاء الدين في أجله، عازماً عليه، ولو بغلبة الظن، والثاني أن يحتاط لنفسه ويأخذ بالأسباب التي تحول بينه وبين الفشل في أداء الدين في الأجل المضروب.

والله يعلم المصلح من المفسد.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.



مؤتمر شورة الفقهي الثامن 8th Shura Fiqh Conference

فندق فور سيزونز - دولة الكويت
12-11 ربيع الآخر 1441 هـ - 9-8 ديسمبر 2019 م

البحث الرابع

موقف المؤسسات المالية الإسلامية من عقود البيع الآجل أو الإجارة التي يشترط فيها فوائد تأخير على المدين

فضيلة الشيخ / د. محمد عود الفزيع

الرابع الرئيسي



بيت التمويل الكويتي
Kuwait Finance House



الرابع الفضي

موفتبيك
فندق ويندزيتنس برج هاجر مكة



بنك بويان
Boubyan Bank

الرابع الذهبي

الإمتياز
ALIMTAZ GROUP

الرابع البلاتيني

البنك الأهلي المتحدة
ahli united bank



الأهلي
NCB

النقل المحلي



شركة سمكار لخدمات
تأجير السيارات

الشريك الاستراتيجي



بالتعاون مع



الجمعية الإسلامية للتمويل والتجارة

تنظيم



بيت التمويل الكويتي
Kuwait Finance House



بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

إن الحمد لله، نحمده، ونستعينه، ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا، ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله، وحده لا شريك له، وأشهد أن محمدا عبده ورسوله.

«يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تَقَاتِهِ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنْتُمْ مُسْلِمُونَ»^(١) «يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا»^(٢) «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا يُصْلِحْ لَكُمْ أَعْمَالَكُمْ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ وَمَنْ يُطِيعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ فَازَ فَوْزًا عَظِيمًا»^(٣).

أما بعد: فإن الله تعالى أرسل رسوله محمداً - صلى الله عليه وسلم - بشيراً ونذيراً وداعياً إلى الله بإذنه وسراجاً منيراً؛ ليقوم الناس بأمر الله تعالى وشريعته، فبلغ الرسالة، وأدى الأمانة، ونصح الأمة، وجاهد في الله حق جهاده قولاً وعملاً، وقد رفع الله من قدره، وأوجب علينا الرجوع لسنة وطريقته وشريعته.

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا﴾^(٤).

ومما جاء به الهادي البشير في هذه الشريعة العظيمة أصول المعاملات المالية وقواعدها العامة، القائمة على العدل والإنصاف، واختصاص كل ذي حق بحقه كاملاً بغير نقصان، فحرم الغرر والربا وأكل أموال الناس بالباطل، بما فيه صلاح البشرية واستقرارها، ثم اجتهد الفقهاء المتقدمون في طريقة تطبيق هذه الأصول الشرعية في حياة المكلفين تأصيلاً وتقعيداً وتأليفاً وشرحاً، فقدموا للبشرية حضارة رائعة لم تشهد البشرية بمثالها في تنظيم حياة الناس، ولم تزل هذه الحضارة الثرية تزدهر من عصر إلى عصر، حتى جاء العصر الحاضر الذي ازدهرت فيه المجالع والمؤسسات الفقهية واجتهدت في الربط بين أصول الشريعة ونصوصها من جهة، وحياة البشرية وتطورها السريع من جهة أخرى، فاقبقت العديد من المؤتمرات الفقهية لمناقشة ما يستجد في حياة المسلمين مما يتعلق بهذه المسائل، وقد أقامت شركة شوري للاستشارات الشرعية بدولة الكويت مجموعة من المؤتمرات الفقهية في هذه القضايا، وترغب في استكمال هذه السنة الحسنة بعقد مؤتمرها الفقهي الثامن الذي ستناقش فيه جملة من المسائل الفقهية المعاصرة التي تتعلق بعمل المؤسسات المالية الإسلامية التي يقوم عملها ونشاطها على جملة من الأركان، ومنها الالتزام بحكم الله تعالى في محاربة الربا بكل صوره وأشكاله.

١- سورة آل عمران، آية (١٠٢).

٢- سورة النساء، آية (١).

٣- سورة الأحزاب، الآيتان (٧٠-٧١).

٤- سورة النساء، آية ٥٩.



وقد جعل هذا الأساس المؤسسات المالية الإسلامية تلتزم في عقودها وأنشطتها بتطهيرها من الربا، وعدم مطالبتها عملائها في عقود المدائيات بـ (الفوائد الربوية) كما هو الحال في عقود المدائيات لدى المؤسسات التقليدية.

هذا هو الأصل الذي سارت عليه المؤسسات المالية الإسلامية، إلا أنها قد تواجه في بعض الأحيان إشكالا يتعلق بتطبيق هذا الأصل الشرعي في بعض تعاقداتها، ويتمثل هذا الإشكال في أمرين، أولهما: أن بعض عقود البيع التي تشتري فيها المؤسسات المالية الإسلامية أعيانا بالأجل، وعقود الإجارة التي تستأجر فيها المؤسسات المالية الإسلامية عينا لفترة معينة يتفق عليها الطرفان، وتكون الأجرة مؤجلة، قد يفرض البائع في عقد البيع أو المؤجر في عقد الإجارة على المؤسسة المالية الإسلامية فوائد تأخيرية زجرا لها عن التأخر في أداء الثمن أو الأجرة، ويكون البائع أو المؤجر جهة حكومية أو جهة محتكرة لنشاط تجاري معين، وغالبا لا يقبل الطرف الدائن بحذف (الفوائد التأخيرية) من عقد البيع أو الإجارة.

وأما الثاني، فهو أن المؤسسات المالية الإسلامية قد تعمل في بعض الدول التي تلزم فيها الجهات الرقابية المؤسسات التجارية بنماذج عقود موحدة للبيع المؤجل أو الإجارة، ولا تسمح الجهات الرقابية لطرفي العقد بتعديل شروط العقد الموحد أو حذف البند الذي يلزم المدين بغرامة التأخير، كما لا يسمح للطرفين بالعمل بنموذج عقد آخر، وهذا يعني أن المؤسسة المالية الإسلامية ملزمة من قبل طرف مستقل خارج عن التعاقد.

وبناءً على حاجة المؤسسات المالية الإسلامية لمثل هذه العقود في بعض الأحيان، فهل يمكن الحكم بجواز العمل بهذه العقود مع العزم على أداء الالتزامات المالية في وقتها المحدد في العقد؟ هذا ما سيحرره الباحث في هذه الورقة التي أسأل الله تعالى أن ينفع بها.

مباحث الدراسة:

جاءت مباحث هذه الدراسة وفق التالي:

مبحث تمهيدي: في التعريف بـ (الفوائد التأخيرية)، وبيان تكييفها الفقهي، وقد اشتمل على مطلبين، هما:

المطلب الأول: في التعريف بـ (الفوائد التأخيرية).

المطلب الثاني: التكييف الفقهي لـ(لفوائد التأخيرية).

المبحث الأول: في بيان أثر اشتراط الدائن على المدين بـ (فوائد التأخير) في عقد البيع الآجل أو الإجارة.

المبحث الثاني: في رأي الباحث في حكم العمل بعقود البيع أو الإجارة التي تتضمن (فوائد تأخير) ولا يمكن حذفها من التعاقد.

الخاتمة.

قائمة المصادر والمراجع.



مبحث تمهيدي

في التعريف بـ (الفوائد التأخيرية)، وبيان تكييفها الفقهي

المطلب الأول

في التعريف بـ (الفوائد التأخيرية)

(الفوائد التأخيرية) مصطلح قانوني يقصد به قيمة التعويض النقدي الذي يتحمله المدين لصالح الدائن في عقود المداينات عند تأخر المدين في سداد مستحققاته لصالح الدائن، وقد عرفها السنهوري بأنها: «فوائد يُلزم بها طرف طرفاً آخر للتعويض عند التأخر في الوفاء بمبلغ من النقود»، ودرجت الأعراف القانونية على أن هذه الفوائد إذا تم الاتفاق عليها بين الطرفين الدائن والمدين في عقد المداينة صارت (فوائد اتفاقية)، وإذا تم الاتفاق عليها بينهما خارج العقد ولم تتجاوز السعر القانوني للفائدة صارت (فوائد قانونية)، وفي كلا الحالتين تسمى (فوائد تأخيرية)، ويشترط لاستحقاق الدائن لها شرطان:

١. ألا يلتزم المدين بسداد الدين المترتب في ذمته، ويرجع سبب هذا الشرط أن عدم التزام المدين بسداد الدين؛ يؤدي إلى عدم نقل ملكية الدين محل الالتزام للدائن وعدم التزام المدين بالسداد يكفي لإلزامه بسداد هذه الفوائد، ولا يشترط في حق الدائن أن يثبت أن ضرراً وقع عليه بسبب عدم السداد.

٢. أن تكون مطالبة الدائن للمدين بالفوائد مطالبة قضائية، ولا يكفي مجرد الإعذار، أو أن يتفق الطرفان على أن تسري الفوائد من وقت الإعذار، أو من حلول أجل الدين دون الحاجة للمطالبة القضائية.^(١)

وهذا الشكل من الفوائد؛ سنّه قانون التجارة بدولة الكويت، إذ نصت المادة رقم ١١٠ من قانون التجارة بدولة الكويت على أنه: «إذا كان محل الالتزام التجاري مبلغاً من النقود، وكان معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام، وتأخر المدين في الوفاء به، كان ملزماً أن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخير فوائد قانونية، قدرها سبعة في المائة» كما أخذ بها القانون المدني المصري كما في المادة ٢٢٦، والقانون المدني العراقي كما في المادة ١٧٢ منه، والقانون التجاري الإماراتي كما في المادة ٨٨ منه.

و(الفوائد التأخيرية) محل البحث تختلف عند أهل القانون عن (الشرط الجزائي) من وجهين، أولهما: أن هذه الفوائد لا تهدف إلى تعويض الدائن بمقدار الضرر الواقع عليه بسبب تأخر العميل في السداد، بل تهدف إلى ضمان مبلغ إجمالي لا يتسق مع مقدار الضرر ويحمل فكرة التهديد، ولذلك فإنها تعتبر من وجهة نظر القانونيين عقوبة خاصة، أما الشرط الجزائي فالهدف منه التعويض عن الضرر الواقع بسبب عدم التنفيذ أو التأخير فيه، ولذا فإنه يحمل وظيفة التعويض والعقوبة، ويرى بعض القانونيين أن المحكمة يمكنها ألا تحكم بالشرط الجزائي لصالح الدائن إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر وقع عليه بسبب إخلال المدين في التزاماته، كما أنه يمكنها أن تخفض مقدار الشرط الجزائي إلى ما يساوي

١- ينظر/ عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام (٢/٨٩١) وما بعدها.



مقدار الضرر الذي وقع على الدائن، وأما الثاني فهو أن حساب (الفوائد التأخيرية) يتم عن كل وحدة زمنية كيوم أو أسبوع أو شهر يقع فيه عدم السداد من قبل المدين، أما الشرط الجزائي فإنه لا يقدر بالزمن، وقد يكون بمبلغ مقطوع أو بالنسبة.^(١)

أما بالنسبة لـ(غرامات التأخير) فإنها تتفق مع (الفوائد التأخيرية) في صور، وتختلفان عن بعضهما في صور، فهما تتفقان في إيقاع الجزاء بسبب التأخير، كما أن كلا منهما مرتبط بنسبة مقدرة من المديونية، أما صور الخلاف بينهما، فهي أن غرامات التأخير تستخدم في العقود التي تبرم مع الجهات الحكومية، إذ نصت المادة ٦٤ من قانون الجزاء الكويتي على أن الغرامة تعني: « إلزام المحكوم عليه بأن يدفع للدولة المبلغ الذي تقدره المحكمة طبقاً لنص القانون، ولا يجوز أن يقل عن عشر دنانير »، وأنها غالباً ما تكون في مناقصات التوريد والمقاوله في حال تأخير تسليم السلع أو الأعمال عن موعدها المحدد، وتفرضها الجهة ذات الصلة على الطرف المتعاقد معها بإرادتها المنفردة، ولا يجوز لهذه الجهة التنازل عنها لأنها جزء من أموال الدولة، كما يمكن للجهة المطالبة بها دون اللجوء للقضاء.^(٢)

وقد ذكر الدكتور الصديق الضيرير أن بعض الباحثين يخلط « بين غرامات التأخير هذه، والشرط الجزائي فيعتبرهما شيئاً واحداً، وهذا غير صحيح، فغرامات التأخير تفرضها الحكومة على المتعامل معها في المناقصات الحكومية، وهي أقرب إلى العقوبة المالية، أما الشرط الجزائي فهو تقدير اتفق عليه المتعاقدان لقيمة التعويض عن الضرر الذي ينشأ عن الإخلال بالعقد».^(٣)

المطلب الثاني

التكييف الفقهي لـ (لفوائد التأخيرية)

تدخل (الفوائد التأخيرية) بصورتها التي مرت بنا في المطلب الأول في (ربا الجاهلية) الذين كان يقول فيه المدين للدائن: (أنظرنني وأزدك) وفيه يقول الله تعالى: «لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافًا مُّضَاعَفَةً»^(٤). روى الطبري عن عطاء قال: كانت تقيف تداين بني المغيرة في الجاهلية، فإذا حل الأجل قالوا: نزيدكم وتؤخرون؟ فنزلت: «لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافًا مُّضَاعَفَةً»^(٥). وقد نص جملة من المفسرين على أن المقصود بالآية: ربا الجاهلية، منهم مجاهد وقتادة وسعيد بن جبير^(٦) وفي قول الله تعالى: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنتُمْ مُّؤْمِنِينَ»^(٧).

٢- بسام سعيد جبر: ضوابط التفرقة بين الشرط الجزائي والغرامة التأخيرية ودورها في منع تراخي تنفيذ العقود، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، ٢٠١١، ص ٦٢-٦٥، ١٠٦. عبد الرحمن عباس ادعين: الغرامات التأخيرية في العقود الإدارية، مجلة جامعة بابل، العلوم الإنسانية، المجلد ٢٢، العدد الثالث، ٢٠١٤م، ص ٥٥٧.

٣- عبد الرحمن عباس ادعين: المرجع السابق، ص ٥٥٨.

٤- د. الصديق محمد الأمين الضيرير: الشرط الجزائي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي (١٢/٥١٣). د. رفيق يونس المصري: مناقصات العقود الإدارية، الطبعة الأولى، ١٩٩٩م، دار المكتبي، دمشق، ص ٦١.

٥- سورة آل عمران، آية ١٣٠

٦- الطبري: جامع البيان في تأويل القرآن، تحقيق: أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠م (٧/٢٠٤).

٧- الطبري: المرجع السابق (٦/٨-٩). ابن أبي حاتم: تفسير القرآن العظيم، تحقيق: أسعد محمد الطيب، مكتبة نزار مصطفى الباز، المملكة العربية السعودية، الطبعة الثالثة، ١٤١٩ هـ (٣/٧٥٩).

٨- سورة البقرة، آية ٢٧٨.



قال عطاء وعكرمة: «نزلت في العباس بن عبد المطلب وعثمان بن عفان- رضي الله عنهما، وكانا قد أسلفا في التمر، فلما حضر الجذاذ، قال لهما صاحب التمر: إن أنتما أخذتما حقكما، لا يبقى لي ما يكفي عيالي، فهل لكما أن تأخذا النصف، وتؤخرا النصف وأضعف لكما ففعلا، فلما حل الأجل، طلبا الزيادة، فبلغ ذلك رسول الله- صلى الله عليه وسلم- فنتهاهما، فأنزل الله تعالى هذه الآية، فسمعا وأطاعا، وأخذا رؤوس أموالهما»^(٩).

كما ورد في السنة النبوية أن النبي- صلى الله عليه وسلم- قال في خطبة الوداع: « وربا الجاهلية موضوع، وأول ربا أضع: ربانا ربا عباس بن عبد المطلب، فإنه موضوع كله»^(١٠). قال ابن رشد: « كانوا يسلفون بالزيادة وينظرون، فكانوا يقولون: أنظرنني أزدك، وهذا هو الذي عناه- عليه الصلاة والسلام- بقوله في حجة الوداع: «ألا وإن ربا الجاهلية موضوع، وأول ربا أضعه ربا العباس بن عبد المطلب»^(١١). وقال ابن القيم: «الربا نوعان: جلي، وخفي، فالجلي حُرْمٌ لما فيه من الضرر العظيم، والخفي حرم لأنه ذريعة إلى الجلي فتحریم الأول قصداً، وتحریم الثاني وسيلة، فأما الجلي فربا النسيئة، وهو الذي كانوا يفعلونه في الجاهلية، مثل أن يُؤخر دينه ويزيده في المال، وكلما أخره زاد في المال، حتى تصير المئة عنده آلاف مؤلفة: وفي الغالب لا يفعل ذلك إلا معدم محتاج؛ فإذا رأى أن المستحق يؤخر مطالبته ويصبر عليه بزيادة يبذلها له تكلف بذلها ليفتدي من أسر المطالبة»^(١٢).

وقد أجمع الفقهاء على حرمة ربا الجاهلية، وممن نقل الإجماع: ابن عبد البر وابن جزري والحطاب وابن رشد والماوردي وابن تيمية وابن القيم والشربيني وابن القطان وزروق والشنقيطي^(١٣)، كما أن عامة المجامع الفقهية قررت تحريمه، فقد نص مجمع الفقه الإسلامي في قراره رقم (٥٢) بشأن البيع بالتقسيط على أنه: «إذا تأخر المشتري المدين في

٩- البغوي: معالم التنزيل في تفسير القرآن، تحقيق: عبد الرزاق المهدي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٠ هـ (٣٨٦/١).

١٠- مسلم: المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله- صلى الله عليه وسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت (٨٨٦/٢).

١١- ابن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث، القاهرة، ٢٠٠٤ م (١٤٨/٣).

١٢- ابن القيم: إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ١٤٢٣ هـ (٢٩٧/٣).

١٣- ينظر/ ابن عبد البر: التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، تحقيق: مصطفى بن أحمد العلوي، محمد عبد الكبير البكري، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، ١٣٨٧ هـ (٩١/٤). ابن جزري: القوانين الفقهية، ص ١٦٦. ابن رشد: المرجع السابق (١٤٨/٣). الحطاب: تحرير الكلام في مسائل الالتزام، تحقيق: عبد السلام محمد الشريف، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، ١٩٨٤، ص ١٧٦. الماوردي: الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، تحقيق: علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٩٩٩ م (٧٦/٥). الشربيني: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٩٩٤ م (٤٨٨/٦). زروق: شرح زروق على متن الرسالة لابن أبي زيد القيرواني، اعتنى به: أحمد فريد الزبيدي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ٢٠٠٦ م (٧١٩/٢). ابن القطان: الإقناع في مسائل الإجماع، تحقيق: حسن فوزي الصعدي، الفاروق الحديثة للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، ٢٠٠٤ م (٢٤٤/٢). ابن تيمية: مجموع الفتاوى، تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية، ١٩٩٥ م (٤١٨/٢٩). ابن القيم: إغاثة اللهفان من مصاديق الشيطان، تحقيق: محمد حامد الفقي، مكتبة المعارف، الرياض (١٢/٢). الشنقيطي: أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ١٩٩٥ م (١٦١/١). زروق: شرح زروق على متن الرسالة لابن أبي زيد القيرواني، اعتنى به: أحمد فريد الزبيدي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ٢٠٠٦ م (٧١٩/٢).



دفع الأقساط عن الموعد المحدد، فلا يجوز إلزامه أي زيادة على الدين بشرط سابق أو بدون شرط، لأن ذلك ربا محرم» كما نص مجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي في قراره بشأن: هل يجوز للمصرف أن يفرض غرامة جزائية على المدين بسبب تأخره عن سداد الدين في المدة المحددة بينهما؟ على: «أن الدائن إذا شرط على المدين، أو فرض عليه، أن يدفع له مبلغاً من المال، غرامة مالية جزائية محددة، أو بنسبة معينة، إذا تأخر عن السداد في الموعد المحدد بينهما، فهو شرط أو فرض باطل، ولا يجب الوفاء به، بل ولا يحل، سواء كان الشارط هو المصرف أو غيره، لأن هذا بعينه هو ربا الجاهلية الذي نزل القرآن بتحريمه»، وجاء في معيار المدين المماثل الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية: «لا يجوز اشتراط التعويض المالي نقداً أو عيناً... إذا تأخر المدين عن سداد الدين»^(١٤)، كما نص المعيار على أنه: «لا تجوز المطالبة القضائية للمدين المماثل بالتعويض المالي نقداً أو عيناً عن تأخير الدين»^(١٥) وجاء في معيار المراجعة: «لا يجوز تأجيل موعد أداء الدين مقابل زيادة في مقدار»^(١٦).

هذا رأي الفقه الإسلامي في (الفوائد التأخيرية) التي تتضمنها عقود المداينات، ومنها عقود البيع الآجل^(١٧)، وعقود الإجارة، وبنه الباحث إلى أن (الفوائد التأخيرية) محل البحث لا تنطبق عليها بعض الاجتهادات الفقهية المعاصرة التي أباحت للدائن إلزام المدين بعبء وفق شروط معينة، ومن هذه الاجتهادات:

أولاً: إلزام الدائن للمدين بتكلفة الأضرار الفعلية للتأخر في السداد:

ذهب كثير من الفقهاء إلى جواز إلزام الدائن للمدين بعبء يمثل تكلفة الأضرار الفعلية التي وقعت على الدائن بسبب مماثلة المدين، وعدم سداده الثمن الآجل أو الأجرة في وقتها المتفق عليه، كما أخذ به مجمع الفقه الإسلامي في قراره رقم ١٠٩ بشأن الشرط الجزائي إذ جاء فيه ما نصه: «الضرر الذي يجوز التعويض عنه يشمل الضرر المالي الفعلي، وما لحق المضرور من خسارة حقيقية، ومافاته من كسب مؤكد، ولا يشمل الضرر الأدبي أو المعنوي».

ثانياً: إلزام الدائن للمدين بعبء عند التأخر في السداد لئتم التبرع به لاحقاً:

أجاز كثير من المعاصرين إلزام الدائن للمدين المماثل بغير حق^(١٨) بدفع عوض إذا تأخر في السداد، على أن يتم التبرع بهذا العوض لصالح جهات بر، ولا يكون العوض ملكاً للدائن، وهذا ما أخذت المعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية إذ جاء في معيار المدين المماثل: «يجوز أن ينص في عقود المداينة، مثل المراجعة، على التزام المدين عند المماثلة بالتصدق بمبلغ أو نسبة من الدين، بشرط أن يصرف ذلك في وجوه البر عن طريقة المؤسسة بالتنسيق مع هيئة الرقابة الشرعية»^(١٩)، وجاء في معيار

١٤- هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية: المعايير الشرعية، ٢٠١٥، ص ٩٣.

١٥- هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية: المرجع السابق، ص ٩٣.

١٦- هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية: المرجع السابق، ص ٢١٦.

١٧- البيع الآجل: عقد بيع يكون فيه المثلن حاضراً، والمثلن بعد أجل. ينظر/ قرار مجمع الفقه الإسلامي بشأن تطبيقات شرعية لإقامة السوق الإسلامية.

١٨- وذلك لأنه وقع الإجماع على وجوب إنظار المدين المعسر أو العاجز عن الوفاء إلى ميسرة لقوله تعالى: «وَإِنْ كَانَ دُوْهُنَ سَعْرَةً فَفِطْرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ» سورة البقرة، آية ٢٨٠.

١٩- هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية: المرجع السابق، ص ٩٤.



المرابحة: «يجوز أن ينص في عقد المرابحة للأمر بالشراء على التزام العميل المشتري بدفع مبلغ أو نسبة من الدين تصرف في الخيرات، في حالة تأخره عن سداد الأقساط في مواعيدها المقررة، على أن تصرف في وجوه الخير بمعرفة هيئة الرقابة الشرعية للمؤسسة، ولا تنتفع بها المؤسسة»^(٢٠)، كما أخذت بها ندوة البركة للاقتصاد الإسلامي الثانية عشرة بالأغلبية إذ جاء في قرارها رقم (٨/١٢): «يجوز اشتراط غرامة مقطوعة، أو نسبة محددة على المبلغ والفترة، في حال تأخر حامل البطاقة عن السداد دون عذر مشروع، وذلك على أساس صرف هذه الغرامة في وجوه البر ولا يمتلكها مستحق المبلغ».

كما أجاز هذا التعويض بشروطه من المعاصرين: محمد تقي العثماني^(٢١)، ومحمد الزحيلي^(٢٢)، ومحمد عثمان شبير^(٢٣)، وغيرهم، وقد استدلو بمجموعة من الأدلة، منها: أن هذه الطريقة لها نظائر في الفقه الإسلامي، فبعض المالكية أجاز التزام المدين للدائن بأنه إن لم يوفه حقه في وقت كذا فعليه كذا وكذا لفلان أو صدقة للمساكين؛ إذ قال الحطاب - رحمه الله: «وأما إذا إلتزم المدعي عليه للمدعي أنه إن لم يوفه حقه في وقت كذا فله عليه كذا وكذا، فهذا لا يختلف في بطلانه، لأنه صريح الربا، وسواء كان الشيء الملتزم به من جنس الدين أو غيره، وسواء كان شيئاً معيناً أو منفعة وقد رأيت مستنداً بهذه الصفة وحكم به بعض قضاة المالكية الفضلاء بموجب الإلتزام وما أظن ذلك إلا غفلة منه، وأما إذا التزم أنه إن لم يوفه حقه في وقت كذا فعليه كذا وكذا لفلان أو صدقة للمساكين؛ فهذا هو محل الخلاف المعقود له هذا الباب، فالمشهور أنه لا يقضى به كما تقدم، وقال ابن دينار: يقضى به»^(٢٤) وقال ابن رشد: «ولابن نافع فيها: إن من باع سلعة من رجل وقال: إن خاصمتك فيها فهي صدقة عليك، فخاصمه فيها، إن الصدقة تلزمه»^(٢٥) وقال عليش: «قلت: ومثل مسألة ابن نافع التي ذكرها ابن رشد ما يكتب الآن في مستندات البيع أن البائع التزم للمشتري متى قام وادعى في الشيء المباع أو خاصم كان عليه للمشتري أو للفقراء كذا وكذا، فلا يحكم عليه بذلك على المشهور، ويحكم به على قول ابن نافع»^(٢٦).

ثالثاً: إزام الدائن للمدين بعوض يساوي تكلفة الفرصة الضائعة التي وقعت على الطرف الدائن:

أجاز بعض الفقهاء المعاصرين جواز تحميل الدائن للمدين المماطل بعوض يساوي تكلفة الفرصة الضائعة التي وقعت على الدائن بشروط، وممن أخذ بهذا الرأي مصطفى الزرقا، إذ أجاز العمل بمبدأ تعويض الدائن عن ضرره نتيجة تأخر المدين عن وفاء الدين في موعده بشروط، هي: (أن يكون المدين مليئاً مماًطلاً، وليس له عذر شرعي في التأخير، وأن يرجع

٢٠- هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية: المرجع السابق، ص ٢١٦.

٢١- محمد تقي العثماني: أحكام البيع بالتقسيط وسائله المعاصرة في ضوء الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٦٢٠/٧).

٢٢- د. محمد الزحيلي: التعويض عن الضرر من المدين المماطل، بحث قدم لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، ص ٨٢.

٢٣- د. محمد عثمان شبير: الشرط الجزائي ومعالجة الديونيات المتعثرة في الفقه الإسلامي في الفقه الإسلامي، بحث قدم للندوة الفقهية الرابعة، بيت التمويل الكويتي، نوفمبر، ١٩٩٥، ص ٢٨٥.

٢٤- الحطاب: المرجع السابق، ص ١٦٣.

٢٥- ابن رشد: البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، تحقيق: د محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، ١٤٠٨هـ، ١٩٨٨ م (٣٦/٥).

٢٦- عليش: فتح العلي الملك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، جمع: علي بن نايف الشعود (١٤٩/٢).



في تقدير معذرة المدين من عدمه، وفي تقدير الضرر الواقع على الدائن إلى القضاء، وألا يتم الاتفاق مسبقاً بين الدائن والمدين على تحديد مقدار الضرر الواقع على الدائن، وأن يتم تحديد مقدار الضرر من خلال المحكمة على أن تقوم بتقدير الضرر بما فات الدائن من ربح معتاد في طرق التجارة العامة، ولا عبرة للفوائد المصرفية، على أن تأخذ المحكمة برأي أهل الخبرة، وقد استدلت لقوله بمجموعة من الأدلة، منها قياس تأخير أداء الحق عن وقته من المدين المماطل على الغاصب، بجامع وقوع الظلم من كليهما، والتأخير ظلم بنص الحديث: «مطل الغني ظلم»^(٢٧).^(٢٨)، كما نص عليه عبد الله بن منيع، إذ يقول: «يظهر لنا جواز الحكم على المماطل - وهو قادر على الوفاء - بضمين ما ينقص على الدائن بسبب مماطلته وليه، وإن ضمن عقد الالتزام بالحق شرطاً جزائياً لقاء المماطلة واللي، بقدر فوات المنفعة فهو شرط محترم واجب الوفاء»^(٢٩)، كما أجاز الصديق الضرير أن يتفق الدائن مع المدين على أن يدفع له تعويضاً عن الضرر الذي يصيبه بسبب تأخره عن الوفاء شريطة أن يكون الضرر الذي أصاب الدائن ضرراً مادياً وفعالياً، وأن يكون العميل موسراً ومماطلاً، وخير وسيلة لتقدير هذا التعويض هو أن يحسب على أساس الربح الفعلي الذي حققه البنك في المدة التي تأخر فيها المدين عن الوفاء، فإذا أخرج المدين الدين ثلاثة أشهر مثلاً ينظر البنك ما حققه من ربح في ثلاثة الأشهر هذه ويطالب المدين بتعويض يعادل نسبة الربح الذي حققه، وإذا لم يحقق البنك ربحاً في تلك المدة لا يطالب بشيء»^(٣٠).

المبحث الأول

في بيان أثر اشتراط الدائن على المدين بـ (فوائد التأخير) في عقد البيع الآجل أو الإجارة

يدور البحث في هذه الورقة في حكم العمل بعقود البيع الآجلة، وعقود الإجارة التي تكون فيها الأجرة مؤجلة، وقد يفرض البائع في عقد البيع الآجل أو المؤجر في عقد الإجارة على المؤسسة المالية الإسلامية (فوائد تأخيرية)، ويكون البائع أو المؤجر طرفاً أقوى من المشتري أو المستأجر جهة حكومية، أم جهة خاصة تقوم بإدارة نشاط حكومي، أم كانت جهة خاصة محتكرة، ولا يقبل الطرف الدائن بحذف (الفوائد التأخيرية) من عقد البيع أو الإجارة، أو أن الجهات الرقابية تلزم بنماذج عقود موحدة للبيع المؤجل أو الإجارة، ولا تسمح الجهات الرقابية لطرفي العقد بتعديل شروط العقد الموحد أو حذف البند الذي يلزم المدين بغرامة التأخير، كما لا يسمح للطرفين بالعمل بنموذج عقد آخر.

٢٧- البخاري: الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، الطبعة: الأولى، ١٤٢٢هـ (٩٤/٢). مسلم: المرجع السابق (١١٩٧/٣).

٢٨- ينظر/ مصطفى الزرقا: هل يقبل شرعاً الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن؟ مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، المجلد الثاني، العدد الثاني، ١٩٨٥، ص ١٠٣ وما بعدها.

٢٩- عبد الله بن منيع: مطل الغني ظلم يجعل عرضه وعقوبته، ص ١٠٤.

٣٠- ينظر/ الصديق محمد الأمين الضرير: الاتفاق على إلزام المدين الموسر بتعويض ضرر المماطلة، مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، المجلد الثالث، العدد الأول، ١٩٨٥، ص ١١٧ وما بعدها.



وبناء على ما قررنا في المبحث السابق بأن (الفوائد التأخيرية) من صور (ربا الجاهلية) الذين وقع الإجماع على تحريمه، فإن المؤسسة المالية الإسلامية لا يجوز لها العمل بهذه العقود التي تتضمن هذه الفوائد، إلا أن المؤسسة المالية الإسلامية غالباً ما تكون في هذه العقود- خصوصاً في الصورة الأولى- هي المدين لا الدائن، وهي ملزمة بقبول العقد الذي يتضمن إلزامها بفوائد تأخيرية عند التأخر في السداد أو أن تختار عدم إبرام العقد، وفي حال عدم إبرامه؛ فإن حصتها التجارية قد تكون أقل من نظيراتها من المؤسسات المالية التقليدية، أو أن تقع عليها مشقة في عملياتها التجارية، ففي حال كون العقد عقد إجارة أعيان- مثلاً- وترغب المؤسسة المالية الإسلامية في إجارة عقار لمبانيها أو فروعها، وكذا بالنسبة لعقود إجارة المساحات الخاصة بأجهزة السحب الآلي لعملائها، فإنها ملزمة بعقد الإجارة وفق هذا الشرط، وكذلك الحال في عقود إجارة الذمة التي ترغب فيها المؤسسة المالية الإسلامية في شراء حقوق برامج الكترونية فترة معينة، وتنشئها أو تملكها شركات أجنبية، أو كانت ترغب في إبرام عقد استشارة مالي أو قانوني مع جهات استشارية عالمية، وكل هذه العقود غالباً ما تتضمن (فوائد تأخيرية) ولا تقبل فيها مثل تلك الجهات إلغائها، والسؤال في هذه الحالة: هل يمكن البحث عن مخرج شرعي يتم العمل به في مثل هذه العقود إذا غلب على الظن أن مشقة ستقع على المؤسسة المالية الإسلامية بسبب عدم إبرامها لهذه العقود؟

المتأمل في الفقه الإسلامي يمكن أن يقف على أربعة مخارج فقهية يمكن الاستفادة منها في المسألة محل البحث، وهي:

المخرج الأول: أن يحكم بصحة العمل بهذه العقود، بناءً على أن (الفوائد التأخيرية) من باب التعزير بالمال:

من المخارج الشرعية التي يمكن النظر فيها للمسألة محل البحث: أن يقال إن الدائن إذا كان في العقد جهة حكومية؛ فيمكن أن يحكم بصحة العقد لأن (الفوائد التأخيرية) تدخل في التعزير بالمال، والتعزير من صلاحيات الحاكم.

وقد ذهب بعض المالكية إلى جواز التعزير بالمال، ويكون بأخذ ولي الأمر المال ممن استحق التعزير، قال العدوي: «ويكون التعزير بالنفي فيمن يزور الوثائق، وبالمال كأخذ أجره العون من المطلوب الظالم، وبالإخراج عن الملك، كتعزير الفاسق ببيع داره»^(٣١)، ويقول ابن فرحون: «والتعزير بالمال: قال به المالكية فيه، ولهم تفصيل ذكرت منه في كتاب الحسبة طرفاً، فمن ذلك سئل مالك عن اللبن المغشوش أيراق؟ قال: لا، ولكن أرى أن يتصدق به إذا كان هو الذي غشه، وقال في الزعفران والمسك المغشوش مثل ذلك، قليلاً أو كثيراً، وخالفه ابن القاسم في الكثير، وقال: يباع المسك والزعفران على من لا يغش به، ويتصدق بالثمن أدبا للغاش»^(٣٢).

كما نص علي جواز التعزير بالمال ابن تيمية وابن القيم، يقول ابن تيمية: «والتعزير بالمال سائغ إتلافاً وأخذاً، وهو جار على أصل أحمد، لأنه لم يختلف أصحابه أن العقوبات في الأموال غير

٣١- العدوي: حاشية العدوي على شرح الخرشي على خليل، دار الفكر للطباعة، بيروت (١١٠/٨).

٣٢- ابن فرحون: تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، مكتبة الكليات الأزهرية، الطبعة الأولى، ١٩٨٦م (٢٩٢/٢).



منسوخة كلها»^(٣٣)، ويقول عن العقوبات المالية: «منها ما هو من باب إزالة المنكر؛ وهي تنقسم كالبدنية إلى إتلاف؛ وإلى تغيير؛ وإلى تملك الغير، فالأول المنكرات من الأعيان والصفات يجوز إتلاف محلها تبعاً لها؛ مثل الأصنام المعبودة من دون الله؛ لما كانت صورها منكراً جاز إتلاف مادتها؛ فإذا كانت حجراً أو خشباً ونحو ذلك جاز تكسيها وتحريقها. وكذلك آلات الملاهي مثل الطنبور يجوز إتلافها عند أكثر الفقهاء وهو مذهب مالك؛ وأشهر الروايتين عن أحمد... وبذلك كله قال طائفة من العلماء؛ مثل أحمد وغيره وأضعف عمر وغيره الغرم في ناقة أعرابي أخذها مماليك جبايع فأضعف الغرم على سيدهم ودرأ عنهم القطع. وأضعف عثمان بن عفان في المسلم إذا قتل الذمي عمداً أنه يضعف عليه الدية؛ لأن دية الذمي نصف دية المسلم وأخذ بذلك أحمد بن حنبل»^(٣٤).

وقال ابن القيم: «وهذا الجنس من العقوبات نوعان: نوع مضبوط - أي مقدر من قبل الشارع، ونوع غير مضبوط؛ فالمضبوط ما قابل المتلف، إما لحق الله سبحانه كإتلاف الصيد في الإحرام، أو لحق الأدمي كإتلاف ماله... وأما النوع الثاني غير المقدر فهذا الذي يدخله اجتهاد الأئمة بحسب المصالح، ولذلك لم تأت فيه الشريعة بأمر عام، وقدر لا يزداد فيه ولا ينقص كالحدود، ولهذا اختلف الفقهاء فيه: هل حكمه منسوخ أو ثابت؟ والصواب أنه يختلف باختلاف المصالح، ويرجع فيه إلى اجتهاد الأئمة في كل زمان ومكان بحسب المصلحة؛ إذ لا دليل على النسخ، وقد فعله الخلفاء الراشدون ومن بعدهم من الأئمة»^(٣٥).

ويقول الونشريسي: «قال القرآني في التعزير يختلف باختلاف الأعصار والأمصار، فرب تعزير في بلد يكون إكراماً في بلد آخر... والتعزير لا يكون بفعل معين، ولا بقول معين»^(٣٦).

كما ينقل القول بالجواز عن أبي يوسف، إلا أن طريقته عند أبي يوسف أن يمسك الحاكم شيئاً من ماله عنه مدة لينزجر، ثم يعيده الحاكم إليه، لا أن يأخذه الحاكم لنفسه أو لبيت المال، إلا أن ابن عابدين ضعف نقل هذا القول عن أبي يوسف، والمذهب عند الحنفية مع الجمهور في عدم الجواز.^(٣٧)

أدلة القائلين بمشروعية التعزير بالمال:

١- ما روى أبو داود والنسائي عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، عبد الله بن عمرو، عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم، أنه سئل عن الثمر المعلق، فقال: «ما أصاب من ذي حاجة، غير متخذ خبنة»^(٣٨)، فلا شيء عليه، ومن خرج بشيء منه، فعليه غرامة

٢٣- ابن تيمية: الاختيارات الفقهية، ص ٦٠١.

٢٤- ابن تيمية: مجموع الفتاوى، مرجع سابق (١١٣/٢٨).

٢٥- ابن القيم: إعلام الموقعين، مرجع سابق (٧٥/٢).

٢٦- الونشريسي: المعيار المغرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل أفريقية والأندلس والمغرب، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المملكة المغربية (٤١٦/٢).

٢٧- ابن نجيم: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي (٤٤/٥). ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية، ١٩٩٢م (٦١/٤).

٢٨- قال ابن الأثير: «الخبنة: مطلف الإزار وطرف الثوب؛ أي لا يأخذ منه في ثوبه. يقال أخبن الرجل إذا خبا شيئاً في خبنة ثوبه أو سراويله، ومنه حديث عمر: (فليأكل منه ولا يتخذ خبنة)». ابن الأثير: النهاية في غريب الحديث والأثر، المكتبة العلمية، بيروت، ١٩٧٩م، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي، محمود محمد الطناحي (٩/٢).



مثليه، والعقوبة، ومن سرق شيئاً منه، بعد أن يؤويه الجرين^(٣٩)، فبلغ ثمن المجن، فعليه القطع، ومن سرق دون ذلك، فعليه غرامة مثليه، والعقوبة^(٤٠).

٢. ما روى أبو داود عن عن أبي هريرة - رضی اللہ عنہ، أن النبي - صلى اللہ عليه وسلم قال: «ضالة الإبل الكتومة^(٤١)، غرامتها ومثلها معها»^(٤٢).

٣. ما روى أبو داود عن بهز بن حكيم، عن أبيه، عن جده، أن رسول اللہ - صلى اللہ عليه وسلم قال: « في كل سائمة إبل في أربعين بنت لبون، ولا يفرق إبل عن حسابها من أعطها مؤتجراً فله أجرها، ومن منعها، فإنها آخذوها وشطر ماله، عزمة من عزمات ربنا عز وجل، ليس لأل محمد منها شيء»^(٤٣) وهذا الحديث يدل على التعزير بالمال كما قال ابن حجر^(٤٤).

وبناءً على القول بجواز التعزير بالمال، أجازت بعض الهيئات الشرعية للدائن إذا كان جهة حكومية أن يلزم المدين بعقوبة مالية، ومنها هيئة الفتوى بوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بدولة الكويت، إذ ورد في فتوى لها بشأن مقترح تعديل قانون المدانين ليجوز عقوبة المماطل بأخذ زيادة منه ما نصه: «للتعزير في الشريعة الإسلامية طرق متعددة مردها إلى القاضي في الكيف والكم، منها السجن، ومنها الجلد، ومنها التشهير به، ومنها أخذ المال منه على سبيل العقوبة (غرامة) وهذا النوع من التعزير اختلف الفقهاء فيه، والجمهور على عدم جوازه لتلا يؤدي إلى تسلط القضاة والحكام على أموال الناس، والذين أجازوه من الفقهاء؛ قال بعضهم: للقاضي أن يحتجز بعض مال المدين الممتنع عن وفاء دينه لغير عذر مدة من الزمن، ثم يرده إليه بعد ذلك، وقال البعض بجواز التعزير بأخذ المال دون رده بعد ذلك إلى أصحابه، إلا أنه في هذه الحال تؤخذ إلى بيت المال (الخزينة العامة) ولا يجوز إعطاؤه لأحد من الدائنين لأنه غرامة وعقوبة وليس تعويضاً وبدلاً مالياً عن الأجل»^(٤٥). كما في جاء في فتوى لها بشأن فرض غرامة على المتأخر عن دفع التأمينات مانصه: « قانون التأمينات الاجتماعية قانون واجب التطبيق، وقد وضع عقوبة تغريمية عن الحالات المعروضة والواردة بالسؤال، ولا مانع شرعاً من أن تضع الدولة عقوبة تقريرية حالية على من يخالف قوانينها، تحددها وفقاً لما يحقق المصلحة العامة، ويحقق أغراضها»^(٤٦)، كما أخذت بهذه الطريقة في إلزام المدين بعقوبة إذا كان الدائن جهة حكومية: اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالمملكة العربية السعودية، إذ جاء في فتوى لها؛ بشأن إلزام بعض الجهات الحكومية للمدين لها مقابل الخدمات الحكومية المقدمة له مانصه: «لا مانع من أخذ المصلحة للغرامة المذكورة من باب التعزير

٣٩- الجرين: هو موضع تجفيف التمر، وهو له كالبيدر للحنطة، ويجمع على جرن بضمين. ابن الأثير: المرجع السابق (٢٦٣/١).

٤٠- أبو داود: السنن، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت (١٣٦/٢). النسائي: السنن الصغرى، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، الطبعة الثانية، ١٩٨٦ (٨٥/٨).

٤١- الإبل المكتومة: التي يكتنمها أخذها ويغفيها عن صاحبها وينكرها. ابن رسلان: شرح سنن أبي داود، دار الفلاح للبحث العلمي وتحقيق التراث، الفيوم، جمهورية مصر العربية، الطبعة الأولى، ٢٠١٦ م (١٧٩/٨).

٤٢- أبو داود: المرجع السابق (١٣٩/٢).

٤٣- أبو داود: المرجع السابق (١٠١/٢).

٤٤- ابن حجر: فتح الباري شرح صحيح البخاري، دار المعرفة، بيروت، ١٣٧٩ (٣٥٥/١٣).

٤٥- وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية: المرجع السابق (٢٧٩/١٢).

٤٦- وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية: المرجع السابق (١٧١/١٩).



بالمال؛ لتحقيق المصلحة العامة، وذلك لا بأس به شرعاً في أصح قولي العلماء، سدا لذريعة التلاعب بالحقوق العامة»^(٤٧).

المخرج الثاني: أن يحكم بصحة هذه العقود، وتعتبر (فوائد التأخير) لغواً غير مؤثر في صحة العقد:

من المخارج الشرعية التي يمكن النظر فيها للمسألة محل البحث: أن يقال إن المدين إذا عزم على أنه سيجتهد في أداء الدين في الوقت المحدد في العقد، وقام بالإجراءات التي تكفل له عدم الإلزام بآثار هذا الشرط، فيمكن أن يعتبر الشرط الذي يلزم المدين بـ (الفوائد التأخيرية) لغواً في العقد، ولا يؤثر في صحة العقد، وهذه الطريقة في التعامل مع هذا الشرط لها أصل في السنة النبوية، إذ روى البخاري ومسلم عن عائشة- رضي الله عنها، قالت: جاءتني بريرة فقالت: كاتبت أهلي على تسع أواق، في كل عام وقية، فأعينيني، فقلت: إن أحب أهلك أن أعدما لهم، ويكون ولاؤك لي فعلت، فذهبت بريرة إلى أهلها، فقالت لهم، فأبوا ذلك عليها، فجاءت من عندهم ورسول الله- صلى الله عليه وسلم- جالس، فقالت: إني قد عرضت ذلك عليهم فأبوا، إلا أن يكون الولاء لهم، فسمع النبي- صلى الله عليه وسلم، فأخبرت عائشة النبي- صلى الله عليه وسلم، فقال: «خذيها واشترطي لهم الولاء، فإنما الولاء لمن أعتق»، ففعلت عائشة، ثم قام رسول الله- صلى الله عليه وسلم في الناس، فحمد الله وأثنى عليه، ثم قال: «أما بعد، ما بال رجال يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله، ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط، قضاء الله أحق، وشرط الله أوثق، وإنما الولاء لمن أعتق»^(٤٨). وجه الدلالة: أن عقد البيع إذا اشتمل على شرط فاسد فإنه لا يفسد وإنما يبطل الشرط دون العقد، قال ابن حجر: «واستشكل صدور الإذن منه- صلى الله عليه وسلم- في البيع على شرط فاسد»^(٤٩).

ولتحرير القول في إمكانية العمل بهذه العقود محل البحث مع اشتغالها على فوائد تأخير يلزمنا تحرير مسألتين، هما:

«المسألة الأولى: معنى قوله- صلى الله عليه وسلم: «واشترطي لهم الولاء»:

لتحرير القول في المسألة محل البحث يلزم النظر في قوله- صلى الله عليه وسلم: «واشترطي لهم الولاء»، إذ اختلف شرح الحديث في معنى هذه العبارة على أقوال، منها:

١. أن المراد بها: أظهري لهم حكم الولاء، فإنما الولاء لمن أعتق، أي عرفيهم بحكم الولاء، لأن الاشتراط يراد به الإظهار، ومال إلى هذا ابن عبد البر وذكر الطحاوي بأن الشافعي أخذ به.

٤٧- اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء: فتاوى اللجنة الدائمة، المجموعة الأولى، جمع وترتيب: أحمد بن عبد الرزاق الدويش، رئاسة إدارة البحوث العلمية والإفتاء، الرياض (٢٢/٢١٦).

٤٨- البخاري: المرجع السابق (٣/٧٢). مسلم: المرجع السابق (٢/١١٤٢).

٤٩- ابن حجر: المرجع السابق (٥/١٩٠).



٢. أن اللام في قوله: (لهم) بمعنى (على) كقوله تعالى: « وَإِنْ أَسَأْتُمْ فَلَهَا »^(٥١) وأخذ به الشافعي، والمزني، والطحاوي وغيرهم، وضعفه ابن خزيمة والنووي وابن دقيق العيد، لأنه عليه الصلاة والسلام أنكر الاشتراط، ولو كانت بمعنى (على) لم ينكره، لأن اللام لا تدل بوضعها على الاختصاص النافع، بل على مطلق الاختصاص، فلا بد في حملها على ذلك من قرينة.
٣. أن الأمر في (اشترطي) للإباحة على جهة التنبيه على أنه لا ينفعهم، فوجوده وعدمه سواء، كأنه قال: اشترطي أو لا تشترطي، وقواه ابن تيمية بقوله: « بين لعائشة أن اشترطك لهم الولاء لا يضررك، فليس هو أمرا بالشرط؛ لكن إذنا للمشتري في اشتراطه إذا أبى البائع أن يبيع إلا به وإخبارا للمشتري أن هذا لا يضره، ويجوز للإنسان أن يدخل في مثل ذلك »^(٥٢) كما مال إليه ابن حجر مستندا على رواية عند البخاري جاء فيها: « اشتريها وأعتقها، ودعيهم يشترطون ما شأؤوا »^(٥٣).
٤. أن هذا الحكم خاص بعائشة في هذه القضية، ومال إليه النووي، وناقشه ابن دقيق العيد بأن التخصيص لا يثبت إلا بدليل.
٥. أنه ليس في الحديث أن اشتراط الولاء والعتق كان مقارنا للعقد، فيحمل على أنه كان سابقا عليه، فالأمر بقوله (اشترطي) مجرد وعد لا يجب الوفاء به، وتعقب باستبعاد أنه- صلى الله عليه وسلم- يأمر شخصا أن يعد مع علمه بأنه لا يفي بذلك الوعد، وهذا ذكره ابن الجوزي احتمالا.
٦. أنه من المحتمل أن يكون هذا اللفظ من رواية بعض الرواة بالمعنى: لأنها قالت: إنهم يشترطون الولاء فقال: خذها، ظن الراوي أن المعنى: (خذها واشترطي لهم الولاء)، فذكره بالمعنى، فغلط، وهذا ذكره ابن الجوزي احتمالا.
٧. أنه من المحتمل أنهم لما كانوا جاهلين بالشرع لم يعبأ باشتراطهم، فتركهم يشترطون ليكون نهيهِ على المنبر عن أمر قد جرى فيكون أبلغ، من جنس قوله تعالى: « قَالَ لَهُمُ مُوسَى اقْبُوا مَا أَنْتُمْ مَلْفُونٌ »^(٥٤)، وهذا ذكره ابن الجوزي احتمالا.^(٥٥)

٥٠- سورة الإسراء، آية ٧.

٥١- ابن تيمية: مجموع الفتاوى، مرجع سابق (٢٩/٣٢٩).

٥٢- البخاري: المرجع السابق (١٥٣/٢).

٥٣- سورة يونس، آية ٨٠.

٥٤- الزرقاني: شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢م (١٥٦/٤). ابن الجوزي: كشف المشكل من حديث الصحيحين، تحقيق: علي حسين البواب، دار الوطن، الرياض (٢٥٢/٤). ابن حجر: المرجع السابق (١٩٠/٥). القاضي عياض: إكمال المعلم بفوائد مسلم، تحقيق: د. يحيى إسماعيل، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، الطبعة الأولى، ١٩٩٨م (١٠٦/٥). النووي: المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الثانية، ١٣٩٢ (١٢٩/١٠). ابن بطال: شرح صحيح البخاري، تحقيق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، مكتبة الرشد، الرياض، الطبعة الثانية، ٢٠٠٢م (٢٩٢/٦). ابن عبد البر: الاستدكار، تحقيق: سالم محمد عطا، محمد علي معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠ (٣٥٤/٧).



المسألة الثانية: رأي الفقهاء في حكم العمل بالعقد الذي تضمن شرطاً فاسداً:

إذا تضمن العقد المشروع شرطاً فاسداً، فإن من الفقهاء من أبطل العقد، وهذا ما عليه المالكية والشافعية، قال ميارة: « وإن كان الشرط حراماً بطل به البيع مطلقاً »^(٥٥). قال العدوي تعليقاً على قول الماتن: (وكل بيع فاسد) قال: « أي لعقده أو ثمنه أو مثمنه أو أجله أو غير ذلك بما يفسد به البيع من فقد ركن أو شرط أو وجود مانع كالنساء، والنفاضل في الروايات متفقاً على فساده أو مختلفاً في فساده »^(٥٦) وقال النووي في معرض كلامه عن الشروط في البيع: « وإن تعلق به غرض - أي الشرط، فسد البيع بفساده، للنهي عن بيع وشرط. هذا هو المشهور. ولنا قول رواه أبو ثور: أن البيع لا يفسد بفساد الشرط بحال؛ لقصة بريرة - رضي الله عنها »^(٥٧).

ومن الفقهاء من أبطل الشرط وصحح العقد، وقال ابن الهمام: « ولو قال قائل: إن الشرط إذا كان أمراً لا يحل شرعاً؛ مثل أن يشترط أن لا يقع عتقك إذا أعتقتك يبطل هو دون البيع، فإنه لغو، لا يمكن المشروط عليه أن يفعله، فيتم البيع كأنه لم يذكر؛ إذا كان خارجاً عن طائفة من شرط عليه »^(٥٨)، وقال الشاطبي: « إذا أسقط مشترط السلف شرطه؛ جاز ما عقده، ومضى على بعض الأقوال، وقد يتلافى بإسقاط الشرط شرعاً، كما في حديث بريرة... فمعنى هذا الوجه أن نهي الشارع كان لأمر، فلما زال ذلك الأمر ارتفع النهي؛ فصار العقد موافقاً لقصد الشارع »^(٥٩)، وقال ابن تيمية: الحديث صريح في أن مثل هذا الشرط الفاسد لا يفسد العقد، وهذا هو الصواب، وهو قول ابن أبي ليلى وغيره وهو مذهب أحمد في أظهر الروايتين عنه^(٦٠).

وبناءً على هذا، فإذا عزم المشروط عليه على أنه سيجتهد في عدم تحقق هذا الشرط غير المقبول شرعاً في حقه، وقام بالإجراءات التي تكفل له عدم الإلزام بآثار هذا الشرط، فقد يقال إن هذا الشرط لغو في العقد، وهذه الطريقة لها أكثر من تطبيق في الفقه المعاصر، منها: القول بجواز العمل بعقود المدائيات التي تتضمن فوائد تأخيرية إذا غلب على المدين فيها عدم تأخره في السداد إذا كان أصل التعاقد صحيحاً، إذ أجاز جمع من المعاصرين للمدين العمل بعقود المدائيات التي تتضمن فوائد تأخيرية، إذا غلب على المدين فيها عدم تأخره في السداد، يقول محمد الأشقر: - القبول بالشرط الفاسد ليس محرماً، بمعنى أن عقداً صحيحاً يدخل فيه شرط فاسد لا يكون محرماً لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - أمر بدخوله إذ قال: (اشتره وخذيه واشترطي لهم الولاء)، فلا نستطيع القبول بهذا القول على إطلاقه وخاصة إذا لاحظنا دلالة الحديث: (خذيه واشترطي لهم الولاء) إذا كان أصل العقد صحيحاً، فلو اشترى سيارة بالأقساط على أنه إن آخر تضاف عليه فوائد، لا شيء في ذلك في نظري من ناحية قبول الطرف المشتري والعقد صحيح والشرط باطل^(٦١).

٥٥- ميارة: الإلتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام، دار المعرفة (٢٨٠/١).

٥٦- العدوي: المرجع السابق (١٦١/٢).

٥٧- النووي: روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٩٩١م (٤١٠/٣).

٥٨- ابن الهمام: فتح القدير، دار الفكر (٤٤٢/٦).

٥٩- الشاطبي: الموافقات، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، الطبعة الأولى، ١٩٩٧م (٤٥٥/١).

٦٠- ابن تيمية: المرجع السابق (٢٢٩/٢٩).

٦١- مجمع الفقه الإسلامي: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، منظمة المؤتمر الإسلامي، جدة (١٠/١٢٢٩).



ويقول عبد الستار أبو غدة في حكم طلب عميل البنك غير الإسلامي إصدار بطاقة ائتمان تتضمن إلزام العميل بـ (فوائد تأخير) : «إذا اتخذ من الاحتياطات ما يكفل عدم تطبيق هذا الشرط المحرم عليه، فلا بأس من الاستفادة من البطاقة وتوقيعه على اتفاقيتها، بالرغم من هذا الشرط، لأنه في معرض الإلغاء شرعاً، وهو مستنكر ومعمول على استبعاد مفعوله»^(٦٢).

ويقول تقي الدين العثماني في حكم العمل ببطاقات الائتمان التي تتضمن (فوائد تأخير) لحاملها إذا تأخر في السداد: «من الواضح جداً أن الشركة المصدرة لا تحمل صاحب البطاقة هذه الغرامات إلا في حالة التأخير، وقد تعطي الشركة المصدرة مدة مثل شهر أو شهرين؛ فإن سدد صاحب البطاقة ما يجب عليه في خلال هذه المدة فلا مطالبة عليه إطلاقاً ولا يزداد عليه أي مبلغ، وإنما تحمل هذه الغرامة في حالة تأخره عن الأداء في تلك المدة المحدودة. ولا شك أن هذه الغرامة إذا حصلت فعلاً ينطبق عليها تعريف الربا، ولكن الرجل المسلم إذا دخل في مثل هذه المعاملة وحصل على هذه البطاقة، ومن نيته وعزمه أنه لا يؤخر في التسديد، وإنما يؤدي في خلال هذه المدة المحددة فلا أرى أن هناك مانعاً شرعياً من الدخول في هذه المعاملة»^(٦٣).

كما أجاز ابن عثيمين للمسلمين المقيمين في الغرب طلب إصدار بطاقة ائتمان ولو اشتملت على (فوائد تأخير) إذا كان عدم إبرام عقد المداينة يوقع المسلم في حرج، إذ جاء في سؤال عرض عليه: «بطاقة الفيزا تشتمل على شرط ربوي إذا تأخرت عن التسديد جعلوا عليّ غرامة، لكن المكان الذي أقيم فيه في أمريكا، لا يمكن لي أن أستأجر سيارة ولا محلاً، وكثير من الخدمات العامة لا تمكن إلا ببطاقة الفيزا، وإذا لم أتعامل بها أقع في حرج كبير لا أطيقه، فهل التزامي بالتسديد في وقت معين حتى لا يصبح عليّ ربا يبيح لي التعامل بهذه البطاقة في وضع الحرج الذي أعيش فيه؟ فكان جوابه: «إذا كان الحرج منيقنا، واحتمال التأخير عن التسديد ضعيف، فأرجو أن لا يكون فيها بأس».

المخرج الثالث: أن يحكم بصحة هذه العقود، بناءً على أنها من عقود الإذعان:

من المخارج الشرعية التي يمكن النظر فيها للمسألة محل البحث: أن يقال إن المؤسسة المالية الإسلامية إذا لم تمكن من حذف (فوائد تأخير) من هذه العقود فيجوز لها العمل بهذه العقود، لأنها من عقود الإذعان.

ويعرف أهل القانون مصطلح (عقود الإذعان) بأنه عقد يقوم أحد طرفيه -وهو الأقوى- بفرض شروطه على الطرف المقابل، ويسمى (الطرف المذعن) وهو لا يملك إلا أن يذعن لهذه الشروط، دون مناقشتها أو المساومة فيها، أو تعديلها، وقد يتعلق بسلعة أو خدمة ضرورية تقع تحت احتكار قانوني أو فعلي^(٦٤)، وتدخل فيها عندهم: عقود الخدمات العامة، وعقود فتح حسابات البنوك، وعقود إصدار بطاقات الائتمان، وعقود العمل^(٦٥).

٦٢- د. عبد الستار أبو غدة: بطاقة الائتمان تكييفها الشرعي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٧/ ٢٩١) بتصرف يسير.

٦٣- مجمع الفقه الإسلامي: المرجع السابق (٥٤٣/٧).

٦٤- عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق (٧٨/١).

٦٥- عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق (٢٣٠/١).



وقد سنت القوانين المدنية في الدول العربية الإذعان في العقود، بشروط، منها تحقق (القبول) الصادر عن الطرف المدعن، كركن من أركان التعاقد، جاء في المادة رقم ٨٠ من القانون المدني الكويتي: «لا يمنع من قيام العقد أن يجئ القبول من أحد طرفيه إذعاناً لإرادة الطرف الآخر، بأن يرتضي التسليم بمشروع عقد وضعه الطرف الآخر مسبقاً، ولا يقبل مناقشة في شروطه» ومنها عدم تعسف الطرف الأقوى في حق الطرف المدعن، جاء في المادة رقم ٨١ من القانون المدني الكويتي: «إذا تم العقد بطريق الإذعان، وتضمن شروطاً تعسفية، جاز للقاضي، بناء على طلب الطرف المدعن، أن يعدل من هذه الشروط بما يرفع عنه إجحافها، أو يعفيه كلية منها، ولو ثبت علمه بها، وذلك كله وفقاً لما تقتضيه العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك»، ويبدو أن أكثر القوانين المدنية في الدول العربية أخذت بهذا المنحى، مثل القانون المدني العراقي والأردني والمصري^(٦٦).

وقد ذكر السنهوري أن: «القبول مجرد إذعان لما يمليه الموجب، فالقابل للعقد لم يصدر قبله بعد مناقشة ومفاوضة، بل هو في موقفه من الموجب لا يملك إلا أن يأخذ أو يدع، ولما كان في حاجة إلى التعاقد على شيء لا غناء عنه، فهو مضطر إلى القبول، فرضاً موجود، وكأنه مفروض عليه»^(٦٧).

ولا يشترط في العقود التي تتضمن الإذعان أن تكون صادرة عن الجهات الحكومية، بل قد تكون صادرة عن بعض الجهات المحتكرة من الناحية القانونية أو الفعلية، أو الجهات المحتكرة من الناحية الفعلية كونه لا يقدم خدمات معينة إلا هو، أو عن بعض الجهات التي تصعب منافستها، فيكون التفوق الاقتصادي في حق الطرف الأقوى واضحاً^(٦٨).

أما بشأن تكييف هذه العقود من الناحية القانونية، فيرى بعض القانونيين أن الإذعان في التعاقد يؤدي إلى أن يكون التعاقد بين الطرفين ليس تعاقدًا حقيقياً، لأن التعاقد يقضي توافق إرادتين عن حرية واختيار، أما في هذه العقود فإن فيها (القبول) مجرد إذعان ورضوخ. ويرى جمهور القانونيين أن الإذعان لا يخرج العقد عن حقيقته، فعقد البيع إذا كان فيه إذعان، فإنه يبقى عقد بيع بشروطه وأثاره، وكذلك الحال في عقد الإجارة أو عقود المزاولة أو عقود النقل، وذلك لأن العقد إذا تم بتوافق الطرفين ورضاهما فإنه تعاقد حقيقي يتم برضا الطرفين، وكون أحدهما ضعيفاً، فإن الضعف هنا ضعف اقتصادي وليس قانونياً^(٦٩).

وإذا اخذنا برأي جمهور القانونيين الذي يرى أن الإذعان لا يخرج العقد عن حقيقته، كونه تم بإرادة الطرفين، فإن الإذعان لا يعد إكراها بالمعنى الاصطلاحي، وإنما هو إكراه متصل بعوامل اقتصادية^(٧٠)، كما أن القبول في هذا العقد يتم برضا الطرف المدعن، وليس قبولاً بالإكراه، وذلك لأن الإكراه يخلو من الرضا لأن القبول في هذه الحالة سيكون خالياً من الإرادة، أما عقود الإذعان فإن الإرادة فيها غير معدومة ولكنها منقوصة، إذ إن سلطانها ناقص فيما يتعلق بتحديد شروط التعاقد.

٦٦- محمد فواز صباح الألويسي: التعسف في عقود الإذعان، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثالث عشر، ٢٠١٧ (٢/١٩٦).

٦٧- عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق (١/٢٢٩).

٦٨- علي مصبح صالح الحبيصة: سلطة القاضي في تعديل مضمون عقد الإذعان، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، ٢٠١١، ص ٢٦.

٦٩- عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق (١/٢٢١). محمد فواز صباح الألويسي: المرجع السابق (٢/١٩٨).

٧٠- عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق (١/٢٢٩).



موقف الفقه الإسلامي من عقد الإذعان:

لم يعرف الفقهاء المتقدمون مصطلح (الإذعان) إذ إنها عقود مستحدثة في القانون، أما المتأخرون فقد ناقش بعضهم الإذعان في العقود، ثم اختلفوا في صور عقود الإذعان ما بين موسع ومضيق، فمن الموسعين: وهبه الزحيلي وعلي الندوي ومحمد القري، إذ إنهم يرون أن عقود الخدمات العامة التي تقدمها جهة واحدة حكومية أو وكالة عنها أو جهة خاصة^(٧١)، وعقود فتح حسابات البنوك، وإصدار بطاقات الائتمان، وعقود العمل، وعقود شراء البرامج الالكترونية، كما يلحق بها عقود شركات الطيران، كما ألحق بعض المعاصرين عقود التأمين بعقود الإذعان^(٧٢)، كما نص محمد علي القري على أن بعض الشروط التي تتضمنها العقود التجارية تجعلها مظنة للإذعان، ومن ذلك: (إذا ألزم الطرف الأقوى الطرف المقابل في حال الخلاف بأن تكون دفاتر البنك هي الصحيحة دون غيرها، وإذا ألزم الطرف الأقوى الطرف المقابل بسقوط مطالبته بعد مدة معينة، وإذا نص الطرف الأقوى أن مجرد إرسال الإشعارات للطرف المقابل يعد تسلماً منه لها، وإذا نص العقد على أن التعاقد في حق الطرف الأقوى جائز، لازم في حق الطرف المقابل) ولذا فإنه يجوز للطرف الأقوى في أي وقت فسخ التعاقد بإرادة منفردة، كما يجوز له تغيير شروط التعاقد دون موافقة الطرف الآخر^(٧٣).

كما أشار علي الندوي إلى أن «أي أسلوب يؤدي إلى تقليص حرية أحد العاقدين بحيث لا تسنح له فرصة المماكسة أو التعديل في الشروط المقررة من البائع الموجب، وقد يشوبها شيء من الجور والحيث، فهو يشبه عقد الإذعان في حالة غلاء الأسعار وفقدان المنافسة المعقولة من السوق، ومن هذا القبيل أن يهيمن التعسف في الأسعار على الوسط التجاري بسبب تواطؤ بعض الطبقات من أهل صناعة أو حرفة»^(٧٤).

ومن المعاصرين- مثل نزيه حماد- من ضيق مفهوم عقود الإذعان فقيده الإذعان في العقود التي يكون فيها الطرف الأقوى محتكراً، أما إذا كان غير محتكر فلا يعد التعاقد معه من عقود الإذعان^(٧٥).

وإزاء هذا التباين في ضبط (عقود الإذعان) من الناحية الفقهية، فقد درس مجمع الفقه الإسلامية في دورته الرابعة عشر (عقود الإذعان) ووضع لها تعريفاً: إذ جاء في قراره ما نصه: «عقد الإذعان مصطلح قانوني غربي حديث لاتفاقيات تحكمها الخصائص والشروط الآتية:

أ - تعلق العقد بسلع أو منافع يحتاج إليها الناس كافة، ولا غنى لهم عنها كالماء والكهرباء والغاز والهاتف والبريد والنقل العام... إلخ.

ب - احتكار- أي سيطرة- الموجب لتلك السلع أو المنافع أو المرافق احتكاراً قانونياً أو فعلياً، أو على الأقل سيطرته عليها بشكل يجعل المنافسة فيها محدودة النطاق.

٧١- د. محمد علي القري بن عيد: عقود الإذعان، بحث قدم لمجمع الفقه الإسلامي، الدورة الرابعة عشر (٣١٢/٣).

د. نزيه حماد: عقود الإذعان في الفقه الإسلامي، بحث قدم لمجمع الفقه الإسلامي، الدورة الرابعة عشر (٣١٢/٣).

٧٢- د. وهبه الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، سوريا (٣٤٢٠/٥). د. محمد علي القري بن عيد: المرجع السابق (٣١٢/٣).

٧٣- د. محمد علي القري بن عيد: المرجع السابق (٣١٥/٣).

٧٤- د. علي الندوي: عقود الإذعان، بحث قدم لمجمع الفقه الإسلامي، الدورة الرابعة عشر (٤١٠/٣).

٧٥- د. نزيه حماد: المرجع السابق (٣٦٣/٣).



ج - انفراد الطرف الموجب بوضع تفاصيل العقد وشروطه دون أن يكون للطرف الآخر حق في مناقشتها أو إلغاء شيء منها أو تعديله.

د - صدور الإيجاب (العرض) موجهاً إلى الجمهور، موحداً في تفاصيله وشروطه وعلى نحو مستمر.

أما بشأن حكم العمل بهذه العقود، فقد نص مجمع الفقه الإسلامي على أن عقود الإذعان إذا خضعت لرقابة الدولة ابتداءً (أي قبل طرحها للتعامل بها مع الناس) من أجل إقرار ما هو عادل منها، وتعديل أو إلغاء ما فيه ظلم بالطرف المذعن وفقاً لما تقتضي به العدالة شريعاً، فإن كان العقد تحت رقابة الدولة، وكان الثمن فيها عادلاً، ولم يتضمن العقد شروطاً فيها ظلم للمذعن فهو صحيح شرعاً.

أما إن كان في العقد ظلم بالطرف المذعن، أو تضمن شروطاً تعسفية ضارةً به ففي هذه الحالة يجب تدخل الدولة في شأنه ابتداءً (قبل طرحه للتعامل به) وذلك بالتسعير الجبري العادل، الذي يدفع الظلم والضرر عن الناس المضطرين إلى تلك السلعة أو المنفعة، بتخفيض السعر المتغالى فيه إلى ثمن المثل، أو بإلغاء أو تعديل الشروط الجائرة بما يحقق العدل بين طرفيه.

ولم يناقش مجمع الفقه الإسلامي الإذعان إذا وقع من الدولة نفسها، إلا أن مفهوم المخالفة من قرار المجمع يدل على أن عقود الإذعان إذا لم تتحقق فيها الشروط الواردة في القرار؛ فلا يعتبر عقد الإذعان صحيحاً من الناحية الشرعية.

ويدل للقرار الصادر عن مجمع الفقه الإسلامي على أن الإذعان إذا وقع من طرف لطرف ولم يتضمن ظلماً، وتحققت فيه الشروط الواردة في القرار فإنه لا يعد إكراهاً ما نص عليه بعض فقهاء الحنفية بأن إذعان طرف لطرف في عقد البيع لا يلزم منه الإكراه، قال السرخسي: «ولو أكرههما على البيع، والشراء، ولم يذكر لهما قبضاً، فلما تابعا لم يتقابضا حتى فارقا الذي أكرههما، ثم تقابضا على ذلك البيع، فهذا رضا منهما بالبيع، وإجازة له؛ لأن البيع مع الإكراه كان منعقداً، ولم يكن نافذاً جائزاً لانعدام الرضا منهما، فإذا وجد دليل الرضا نزل ذلك منزلة التصريح بالرضا بالإجازة طوعاً»^(٧٦)، وقال الكاساني: «لا يصح بيع المكره إذا باع مكرها وسلم مكرها؛ لعدم الرضا، فأما إذا باع مكرها وسلم طائعاً فالبيع صحيح»^(٧٧).

وإزاء رأي مجمع الفقه الإسلامي الذي أجاز عقود الإذعان بشروط؛ ذهب بعض المعاصرين إلى صحة عقود الإذعان، فمصطفى الزرقا صحح (عقود الإذعان) قياساً على مشروعية بيع المعاطاة، إذ يقول: «ويمكن أن تعتبر نوعاً من التعاطي الطريقة المعتادة التي تسمى بلغة الحقوق الحديثة (عقود الإذعان) كالاشتراك في النور الكهربائي والمياه والغاز والهاتف ونحوها، فإنها تتم بتقديم طلب مكتوب، وقيام المؤسسة المختصة من شركة أو بلدية أو دائرة حكومية بالتمديدات اللازمة وإيصال المنافع المطلوبة. ومثله اليوم ركوب الإنسان في الحافلات... وقطع البطاقات للركوب في القطار... وكذا إرسال مجلة أو جريدة إلى طالبها»^(٧٨). ويناقش هذا الرأي بأن عقد الإذعان يختلف عن عقد المعاطاة من وجوه:

٧٦- السرخسي: المبسوط، دار المعرفة، بيروت، ١٩٩٣م (٢٤/٨١).

٧٧- الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، ١٩٨٦م (٥/١٧٦).

٧٨- مصطفى الزرقا: المرجع السابق (١/٤١٥).



١. أن عقد المعاطة لا توجد فيه صيغة تدل على الرضا إلا صيغة واحدة، وهي التعاطي، أما عقود الإذعان فإنها قد تتم بالتعاطي، وقد تتم بصيغة معينة - وهذا الأغلب، كما أن الطرف الأقوى قد يختار طريقة صيغة العقد، ولا حاجة للتعاطي فيها، ولذا فإن كلام الفقهاء في التعاطي منصب على كيفية التعبير عن صيغة التعاقد، أما عقود الإذعان؛ فإن كلام الفقهاء فيها منصب على الشروط التي يفرضها طرف على آخر.

٢. أن الإشكالية الأبرز في عقود الإذعان تتمثل في إنفراد الطرف الأقوى في صياغة الشروط والأحكام دون مناقشة مع الطرف المقابل، وهذه الإشكالية غير موجودة في عقد المعاطة.

٣. أن المثلث في عقود المعاطة قد يكون من الضروريات كما أنه قد يكون من الحاجيات أو الكماليات، أما المثلث في عقود الإذعان فإنه لا يكون إلا في الخدمات الضرورية أو الحاجة^(٧٩).

كما ذهب الشيخ علي الندوي إلى أن عقود الإذعان صحيحة مطلقاً، إذ يقول: عقد الإذعان، عقد صحيح، حتى ولو لم تتوافر الحماية الكافية من الدولة، وأطلق عنان الحرية المطلقة للمحتكرين من الجهات التي بيدها زمام الأمور في إنشاء هذا النوع من العقود، وعلى الرغم من احتمال وقوع الظلم بسبب ارتفاع الأسعار والتكاليف لجماهير الناس، وذلك لأن التراضي على أصل المعاوضة متحقق وقائم في عقود الإذعان، وغاية ما في الأمر أنه تتلاشى صفة المرونة فيها، إذ لا تتاح للمشتري فرصة المساومة في الأسعار، ولا كراهة في هذا العقد مطلقاً بالنسبة للمدعن، فيما لو حصل إجحاف بغلاء السعر في هذا النمط من العقود^(٨٠) ثم نقل كلاماً لابن تيمية جاء فيه: «الظلم إنما يوجب التحريم على الظالم لا على المظلوم، ألا ترى أن المدلس والغاش ونحوهما إذا باعوا غيرهم شيئاً مدلساً لم يكن ما يشتريه المشتري حراماً عليه؛ لأنه أخذ منه أكثر مما يجب عليه، وإن كانت الزيادة التي أخذها الغاش حراماً عليه، وأمثال هذا كثير في الشريعة؛ فإن التحريم في حق الأدميين إذا كان من أحد الجانبين لم يثبت في الجانب الآخر، كما لو اشترى الرجل ملكه المغصوب من الفاصب، فإن البائع يحرم عليه أخذ الثمن، والمشتري لا يحرم عليه أخذ ملكه ولا بذل ما بذله من الثمن»^(٨١).

كما يبدو من كلام محمد القري أنه يرى صحة (عقود الإذعان) إذا لم تخالف أحكام الشريعة إذ يقول: «إذا وجد من المتعاملين في الأسواق من يبيع سلعا أو خدمات مباحة، إلا أنه يعتمد في بيعه على صيغ عقود نمطية لا يسمح للطرف الآخر بمناقشة ما فيها، وإنما له أن يقبلها كما هي أو يرفضها كما هي، وقد ضمنها شروطاً مخالفة لأحكام الشريعة، تؤدي إلى فساد العقد، فلا يجوز للمسلم الدخول فيها، فإن قيل: لعله يكون مضطراً لكونه عقد من عقود الإذعان، فالجواب عن ذلك: أن الاضطرار الذي يبيح المحظور هو ما فصل الفقهاء في وصفه، ولا يقع مثل ذلك في معاملات الناس المعتادة»^(٨٢).

٧٩- د. قطب مصطفى سانو: عقود الإذعان، بحث قدم لمجمع الفقه الإسلامي، الدورة الرابعة عشر (٣/٢٤١). د. علي

الندوي: عقود الإذعان، بحث قدم لمجمع الفقه الإسلامي، الدورة الرابعة عشر (٣/٢٩٤).

٨٠- د. علي الندوي: المرجع السابق (٢/٤١٧) بتصرف يسير.

٨١- ابن تيمية: المرجع السابق (٢٩٩/٢٥٨).

٨٢- د. محمد علي القري بن عيد: المرجع السابق (٣/٢٢٦).



المخرج الرابع: أن تعامل هذه العقود معاملة العقود الفاسدة باصطلاح الحنفية:

من المخرج الشرعية التي يمكن النظر فيها للمسألة محل البحث: أن يقال إن عقد البيع الآجل أو الإجارة الذي تضمن (فوائد تأخير) يأخذ أحكام العقد الفاسد باصطلاح الحنفية.

عرف الحنفية الشرط الفاسد بأنه كل شرط تضمن زيادة ما لا يقتضيه العقد ولا يلائمه، وإذا تضمن العقد شرطاً فاسداً صار العقد فاسداً لا باطلاً، فعقد البيع إذا تضمن شرطاً فاسداً صار بيعاً فاسداً، وكذا الأمر في عقد الإجارة^(٨٧)، وعليه فإن البيع الفاسد عند الحنفية: كل عقد بيع مشروع بأصله دون وصفه، قال ابن نجيم: «وأما في البيع، فمتباينان، فباطله: ما لا يكون مشروعاً بأصله ووصفه، وفاسده: ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه»^(٨٤) وقد نص الحنفية على أن ما كان مبادلة مال بمال؛ فإنه يفسد بالشروط الفاسدة لعموم حديث: «نهى عن بيع وشرط»^(٨٥) ولا يبطل، وهذا خاص بالمعاوضات المالية دون غيرها من العقود^(٨٦)، وبناءً على هذه الطريقة، فهل يمكن القول بجواز العمل بهذه العقود بناءً على أنها عقود فاسدة؟

الجواب: أنه لا يمكن إطلاق القول بإباحة إبرام عقد البيع الآجل أو الإجارة إذا تضمننا (فوائد تأخير) لأن هذه العقود- حتى لو كانت فاسدة باصطلاح الحنفية- فإنه لا يجوز الدخول فيها ابتداءً عند الحنفية، فضلاً عن بقية المذاهب الفقهية الثلاثة، قال الكاساني عن العقد الفاسد: «الإسلام حرم ابتداء العقد»^(٨٧) وقال ابن الهمام: «الفاسد عقد مخالف للدين»^(٨٨)، وإذا وقع العقد بين الطرفين فإنه يبقى فاسداً، ولا يحكم بصحته، ولو أجازه الطرفان.^(٨٩)

وقد ذكر الحنفية أن البيع الفاسد يتميز عن البيع الصحيح من وجوه، فالبيع الفاسد عند الحنفية: لا يأخذ حكم عقد البيع إلا بالقبض، كما أنه يجوز لكل من المتعاقدين في العقد الفاسد فسخه ولو بعد تحقق القبض، وفي حال فسخ البائع؛ يجوز للمشتري أن يحبس المبيع إلى أن يأخذ الثمن ويسترده من البائع، كما أن الثمن في البيع الفاسد لا يجب إلا إذا وقع القبض، بشرط أن يكون القبض بإذن البائع، وثبت ملك المشتري للمثمن.

أما الإجارة الفاسدة عند الحنفية، فقد ذكروا أن الإجارة الفاسدة تختلف عن الإجارة الصحيحة من وجوه: منها جواز فسخها، كما هو الحال في البيع الفاسد، علماً بأن الإجارة الصحيحة لا تفسخ عند الحنفية إلا بالعدر، كإفلاس مستأجر دكان أو سرقة ماله وغصبه، ومنها وجوب أجرة المثل في الإجارة الفاسدة بما لا يتجاوز الأجرة المسماة، بمعنى أن المؤجر

٨٣- العيني: البناية شرح الهداية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠م (٢٦٠/٨). ابن نجيم: المرجع السابق (١٣٦/٦). ابن عابدين: المرجع السابق (١٦٩/٥).

٨٤- ابن نجيم: الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٩٩٩ م، ص ٢٩١.

٨٥- الطبراني: المعجم الأوسط، تحقيق: طارق بن عوض الله بن محمد، عبد المحسن بن إبراهيم الحسيني، دار الحرمين، القاهرة (٣٣٥/٤).

٨٦- الزيلعي: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٣١٣ هـ (١٣١/٤). ملا خسرو: درر الحكام شرح غرر الأحكام، دار إحياء الكتب العربية (١٩٩/٢). ابن عابدين: المرجع السابق (١٦٩/٥).

٨٧- الكاساني: المرجع السابق (١٩٣/٥).

٨٨- ابن الهمام: المرجع السابق (٤٠١/٦) يتصرف. وانظر/ الزيلعي: المرجع السابق (٤٤/٤).

٨٩- علي حيدر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، تعريب: فهمي الحسيني، دار الجيل، الطبعة الأولى، ١٩٩١م (٧٣٥/٢).



يملك فيها أجرة المثل ولا يملك الأجرة المسماة، وعدم ملكية المستأجر للمنفعة، فلا يجوز له أن يؤجرها. (٩٠)

المبحث الثاني

في رأي الباحث في حكم العمل بعقود البيع الآجل أو الإجارة التي تتضمن (فوائد تأخير) ولا يمكن حذفها من التعاقد

المسألة محل البحث حكم العمل بعقود البيع الآجل أو الإجارة التي تبرمها المؤسسات المالية الإسلامية، وتكون فيها هي الطرف المدين، ويلزمها الدائن بـ (فوائد تأخيرية) عند تأخره في سداد الثمن أو الأجرة، ولا تسمح تلك الجهات عادة بإجراء أي تعديلات على عقودها، وحكم العمل بعقود البيع الآجل أو الإجارة التي تبرمها المؤسسات المالية الإسلامية، وتكون فيها هي الطرف الدائن وتكون عقود البيع أو الإجارة نموذجاً موحداً من الجهات الرقابية التي لا تسمح لطرفي العقد بالتعديل على شروط العقد الموحد، كما لا تسمح لها بحذف البند الذي يلزم المدين بغرامة التأخير، كما ولا يسمح للطرفين بالعمل بنموذج عقد آخر، وفي هذه الحالة فإن المؤسسة المالية الإسلامية ملزمة بالعمل بنموذج العقد المقر من الجهات الرقابية أو التشريعية ولا يمكن عدم تطبيقها.

وفي هاتين الحالتين؛ فإن الأصل في هيئة الرقابة الشرعية في المؤسسة المالية الإسلامية أن تقرر تحريم العمل بهذه العقود نظراً لأن (الفوائد التأخيرية) من ربا الجاهلية كما مر بنا في المبحث التمهيدي، وفي حال إذا كان يغلب على الظن لحوق المؤسسة المالية الإسلامية مشقة في عدم إبرامها أو التزامها بهذه العقود، أو إذا غلب على ظنها أنها قد تحرم من كثير من الفرص الاستثمارية التي تمكنها من منافسة المؤسسات المالية التقليدية، فقد ذكر الباحث في المبحث الأول أربعة مخارج شرعية يمكن النظر فيها لإمكان تطبيقها في مثل هذه الحالات، إلا أن الباحث يرى أن جميع المخارج التي تم استعراضها في المبحث الأول لا تؤدي إلى القول بجواز العمل بهذه العقود محل الإشكال، وذلك لما يلي:

أولاً: القول بصحة هذه العقود بناءً على أن (الفوائد التأخيرية) من باب التعزير بالمال:

يرى الباحث أنه لا يمكن الحكم بصحة هذه العقود بناءً على أن (الفوائد التأخيرية) من باب التعزير بالمال، وذلك لأمرين:

١. لا ينطبق القول بمشروعية التعزير بالمال على (الفوائد التأخيرية) إذا كانت لمصلحة جهة حكومية، لأن التعزير بالمال لا ينص عليه في التعاقد، ولا يتم تحديده في التعاقد، على خلاف (الفوائد الربوية) التي ينص عليها عقد البيع الآجل أو الإجارة المبرم بين الطرفين. (٩١)

٩٠- السمرقندي: تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، ١٩٩٤م (٥٩/٢). الحصفكي: الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، تحقيق: عبد المنعم خليل إبراهيم، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢م، ص ٥٧٩. الغنيمي: اللباب في شرح الكتاب، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان (١٠٣/٢). ابن عابدين: المرجع السابق (٤٦/٦). مجموعة من الفقهاء: مجلة الأحكام العدلية، تحقيق: نجيب هوايني، نور محمد، كارخانه تجارت كتب، آرام باغ، كراتشي، ص ٧٣. علي حيدر: المرجع السابق (٤٤٣، ٥١١/١) (٧٣٨/٢).
٩١- ينظر/ مجمع الفقه الإسلامي: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، مرجع سابق (١١٨٢/١٠).



٢. أن (فوائد التأخير) تتم بالاتفاق بين الطرفين في العقد على سبيل التراضي، ويلتزم بها المدين حتى لو تأخر يوماً واحداً، بغض النظر عن سبب التأخر في السداد، أما التعزير بالمال - عند القائلين به- فإن من يقع عليه التعزير لا يقع عليه إلا إذا ثبت عليه التقصير المتحقق، وقد يرفع عنه الحاكم التعزير إذا كان معذوراً في التقصير الذي وقع منه. ^(٩٢)
٣. أن المدين إذا كان معسراً؛ فإنه يجب إنظاره لقوله تعالى: « وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ » ^(٩٣) و (فوائد التأخير) محل البحث لا تفرق فيها القوانين والتشريعات بين الموسر والمعسر، والقائلون بمشروعية التعزير في المال لا يخالفون إجماع الفقهاء بوجوب إنظار المدين المعسر.
٤. أن القول بمشروعية التعزير بالمال تعارضه نصوص لبعض الفقهاء نقلوا فيها أن القول بمنع التعزير بالمال محل إجماع بين الفقهاء، قال ابن رشد: «العقوبات في الأموال، أمر كان في أول الإسلام... ثم نسخ ذلك كله بالإجماع على أن ذلك لا يجب» ^(٩٤) وقال الصاوي: «التعزير بأخذ المال فلا يجوز إجماعاً، وما روي عن الإمام أبي يوسف صاحب أبي حنيفة من جواز التعزير للسلطان بأخذ المال، فمعناه كما قال البرادعي من أئمة الحنفية: أن يمسك المال عنده مدة لينزجر ثم يعيده إليه، لا أنه يأخذ لنفسه، أو لبيت المال كما يتوهمه الظلمة، إذ لا يجوز أخذ مال مسلم بغير سبب شرعي» ^(٩٥) ولو تمت المقارنة بين هذه النصوص، ورأي من يجيز التعزير بالمال يجد اضطراباً عند المتقدمين في هذه المسألة، فمنهم من ينقل الإجماع على منعها، ومنهم من يجيزها، وبسبب هذا الاضطراب - مع إمكانية معالجته من الناحية الفقهية - إلا أنه لا يمكن مخالفة أصل شرعي مستقر يتمثل في تحريم (الفوائد التأخيرية).
٥. أن (الفوائد التأخيرية) محل الإشكال تعتبر من باب الجوابر، وأما التعزير بالمال فهو من باب الزواجر، وقد فرق القرائي بين الزواجر والجوابر من أوجه:
- أن الزواجر مشروعة لدرء المفسد المتوقعة، أما الجوابر فإنها شرعت لاستدراك المصالح الفائتة.
 - أن معظم الزواجر على العصاة زجراً لهم عن المعصية، أما الجوابر فإن معظمها يقع على من لا يكون آثماً، فقد شرع الجابر مع العمد والجهل والعلم والنسيان والذكر وعلى المجانين والصبيان.
 - أن معظم الزواجر إما حدود مقدرة، وإما تعزيرات غير مقدرة، فهي ليست فعلاً للمزجورين، بل يفعلها الأئمة بهم، وأما الجوابر فهي فعل لمن خوطب بها.
 - أن الجوابر تقع في النفوس والأعضاء ومنافع الأعضاء والجراح والعبادات والأموال والمنافع، أما الزواجر فإنها تقع في الجنایات والمخالفات. ^(٩٦)

٩٢- ينظر/ ديبان الديبان: المرجع السابق (٥٣٠/٥).

٩٣- سورة البقرة، آية ٢٨٠.

٩٤- ابن رشد: المرجع السابق (٣٢٠/٩).

٩٥- الصاوي: بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، ١٩٥٢ (٤٤٠/٢).

٩٦- القرائي: الفروق، عالم الكتب (٢١١/١).



ثانياً: القول بصحة هذه العقود، بناءً على أن (فوائد التأخير) في العقد لغو غير مؤثر في صحة العقد:

يرى الباحث أنه لا يمكن الحكم بأن الشرط الذي يتضمن (الفوائد التأخيرية) لغو غير مؤثر في صحة العقد، وذلك لأمرين:

١. لا يصح قياس العقود محل البحث على عقد شراء بريرة، وذلك لأن الشرط الذي شرطه البائع في حديث بريرة شرط باطل، تبطله الشريعة، لأن التحاكم بين البائع والمشتري إذا وقع سيكون للشريعة، أما البائع أو المؤجر الذي يشترط (الفوائد الربوية) فإنه سيطالب من خلال القوانين الوضعية^(٩٧).

٢. أن اعتبار الشرط لغو يجب أن يكون برضا المشروط له، وهو الطرف الأقوى في هذه العقود، والمسألة محل الإشكال غالباً ما تكون المؤسسات المالية الإسلامية هي المدينة لا الدائنة، ولن يقبل الدائن بفسخ الشرط، وإذا لم يقبل المشروط له فسخ الشرط الممنوع، دار العقد بين البطلان أو الفساد بإجماع.

ثالثاً: القول بصحة هذه العقود، بناءً على أنها من عقود الإذعان:

يرى الباحث أنه لا يمكن الحكم بصحة هذه العقود، بناءً على أنها من عقود الإذعان، وذلك لأن شرط الرضا متحقق في عقود الإذعان، والطرف الأقوى يفرض على الطرف المقابل شروطاً، إما أن يقبل بها أو لا يدخل في التعاقد أصلاً، كما هو الحال في (بيع وشرط) وإذا شرط الطرف الأقوى على الطرف المقابل (فوائد تأخير) فإن الطرف المقابل يمكنه عدم إبرام العقد، وعليه فإن الباحث يرى أن المؤسسات المالية الإسلامية؛ لا يمكنها القول بجواز العمل بعقود البيع الأجل أو الإجارة التي تتضمن إلزام المدين بـ (فوائد تأخير) بناءً على أن هذه العقود من عقود الإذعان.

رابعاً: القول بأن تعامل هذه العقود معاملة العقود الفاسدة باصطلاح الحنفية:

يرى الباحث أنه لا يمكن الحكم بصحة هذه العقود؛ بناءً على أنها من العقود الفاسدة باصطلاح الحنفية، وذلك لأمرين، منها:

١. أن الحنفية لا يجيزون الدخول في العقد الفاسد أصلاً، وإثباتهم بعض آثار عقد البيع الصحيح في الفاسد لا يلزم منه جواز الدخول فيه ابتداءً، وهذا ما نص عليه الحنفية، ومحل البحث في هذه العقود التي تضمنت هذه الشروط الممنوعة شرعاً يدور حكم الدخول فيها ابتداءً لا البحث في آثارها، وفرق بين الأمرين.

٢. أن من أحكام البيع الفاسد عند الحنفية: أنه لا يثبت حكم عقد البيع إلا بالقبض، ويجوز لكل من المتعاقدين فسخ البيع الفاسد ولو بعد تحقق القبض، وفي حال فسخ البائع يجوز للمشتري أن يحبس المبيع إلى أن يأخذ الثمن ويسترده من البائع، كما أن الثمن في البيع الفاسد لا يجب إلا إذا وقع القبض بشرط أن يكون القبض بإذن البائع، وثبت ملك

٩٧- ديبان الديبان: المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة الثانية، ١٤٣٢ هـ (١٢/٢٠٢٢).



المشتري للمثمن، ولا يتصور قبول الطرف الذي يشترط (الفوائد التأخيرية) أن تعالج هيكله عقد البيع وفق ما ذكره الحنفية في شأن عقد البيع الفاسد.

٣. أن من أحكام الإجارة الفاسدة عند الحنفية: جواز فسخها، ووجوب أجره المثل في الإجارة الفاسدة بما لا يتجاوز الأجرة المسماة، بمعنى أن المؤجر يملك فيها أجره المثل ولا يملك الأجرة المسماة، وعدم ملكية المستأجر للمنفعة، فلا يجوز له أن يؤجرها، ولا يتصور قبول الطرف الذي يشترط (الفوائد التأخيرية) أن تعالج هيكله عقد الإجارة وفق ما ذكره الحنفية في شأن عقد الإجارة الفاسد.



النتيجة:

بناءً على ما تقدم، فإن الباحث يرى ما يلي:

١. يؤكد الباحث على أن (الفوائد التأخيرية) محل البحث من ربا الجاهلية، الذي حرمه القرآن الكريم، كما حرّمته السنة النبوية المطهرة، وانعقد الإجماع على تحريمه.
٢. في حال ألزمت الجهات الرقابية المؤسسات المالية الإسلامية بنماذج عقود بيع بالأجل أو إجارة، تكون المؤسسة المالية الإسلامية فيها هي الدائن، ويتضمن العقد (فوائد تأخير) ولا يسمح لطرفي العقد بالتعديل على شروط العقد الموحد أو حذف البند الذي يلزم المدين بغرامة التأخير، كما لا يسمح للطرفين بالعمل بنموذج عقد آخر، فيجوز للمؤسسات المالية الإسلامية العمل بهذا العقد، بشرط أن يتفق الطرفان الدائن والمدين على حذف الشرط في مستند مستقل خاص بهما، موقع عليه من كلا الطرفين، فيصير البند الخاص بـ (الفوائد التأخيرية) لغواً.
٣. إذا كانت المؤسسات المالية الإسلامية هي المدين في مثل هذه العقود، فالأصل عدم الدخول فيها ابتداءً، سواءً أكان الدائن في العقد جهة حكومية، أم جهة خاصة تقوم بإدارة نشاط حكومي، أم كان جهة خاصة محتكرة وإذا غلب على ظن المؤسسة وقوعها في مشقة ظاهرة، فيمكن لهيئة الرقابة الشرعية أن تنظر في هذه العقود وفق القاعدة الأصولية: (الحاجات تنزل منزلة الضرورات خاصة كانت أو عامة) على أن تلتزم هيئة الرقابة الشرعية بالضوابط العامة للعمل بالحاجات التي تنزل منزلة الضرورة، مثل: (ألا يعود اعتبار الحاجة على الأصل بالإبطال، وأن تكون الحاجة قائمة لا منتظرة، وألا يكون الأخذ بمقتضى الحاجة مخالفاً لمقصد الشارع، وأن تكون الشدة الباعثة على مخالفة الحكم الشرعي الأصلي العام بالغة درجة الحرج والمشقة غير المعتادة، وأن تكون الحاجة متعينة)^(٩٨) كما تلتزم بوضع ضوابط خاصة لهذه العقود لجواز الدخول فيها، وهي:

 - أ. أن تبذل المؤسسة المالية الإسلامية جهدها وتبذل وسعها مع الطرف الأقوى في العمل على إلغاء هذه الفوائد الربوية.
 - ب. ألا تجد المؤسسة المالية الإسلامية جهة أخرى تقدم لها هذه الخدمة غير هذا الطرف الذي يشترط هذه الفوائد.
 - ج. أن يكون لدى المؤسسة المالية الإسلامية التي ترغب بإبرام هذا العقد، حاجة للغرض الذي يحققه هذا العقد، وفي حال عدم إبرامها العقد فيغلب على ظنها وقوع مشقة عليها لا يمكن رفعها إلا بهذا العقد.
 - د. أن تكون الحاجة التي يحققها هذا العقد مباحة شرعاً.
 - هـ. أن يعمل الطرف المدين على أداء الثمن أو الأجرة في وقتها المحدد في العقد.

٩٨- د. عجيل النشمي: إنزال الحاجة العامة منزلة الضرورة وضوابطها بين الفرد والدولة، بحث قدم لندوة تمويل مشروعات الدولة بالقروض، الخرطوم، ٢٥-٢٦/١/٢٠١٢، ص ٩.



و. إذا كان العقد عقد بيع؛ فيحاول المشتري أداء كامل الثمن للبائع كي لا يتم إلزامه بـ (الفوائد التأخيرية) في حال تأخره في السداد، وإذا كان العقد عقد إجارة فيحاول المستأجر إيداع مبلغ في حساب المؤجر أمانة لديه، كي يأخذ منه الأجرة لو تأخر المستأجر في أداء الأجرة له، كما يمكن للمشتري المدين كتابة شيكات مؤجلة الدفع باسم البائع الدائن كي يتم تحصيلها في حال تأخر المشتري في السداد، وكذلك الأمر في عقد الإجارة.

ز. أن تدرس كل حالة بمفردها من هيئة الرقابة الشرعية.

وعليه، فإن المسألة محل البحث لا يمكن إصدار حكم عام في جميع تطبيقاتها، وإنما يرجع في تقدير إبرام هذه العقود من عدمه لهيئة الرقابة الشرعية في المؤسسة المالية الإسلامية التي يجب عليها أن تنظر فيها وفق أحكام الحاجات، قال الشاطبي: « وأما الحاجيات، فمعناها أنها مفتقر إليها من حيث التوسعة ورفع الضيق المؤدي في الغالب إلى الحرج والمشقة اللاحقة بفوت المطلوب، فإذا لم تراعى دخل على المكلفين - على الجملة - الحرج والمشقة، ولكنه لا يبلغ مبلغ الفساد العادي المتوقع في المصالح العامة»^(٩٩) وقد عرف الفقه الإسلامي تطبيق هذه القاعدة في كثير من التطبيقات الفقهية التي تخالف الأصول الشرعية المستقرة^(١٠٠)، منها:

المسألة الأولى: الحكم بصحة بيع الوفاء عند بعض الحنفية للحاجة:

ذهب متأخرو الحنفية إلى صحته، لكنه يفيد الانتفاع بالمبيع دون البيع والهبة على ما هو المعتاد بين الناس للحاجة إليه، وهذا رأي مشايخ سمرقند، وهو الذي عليه الفتوى في المذهب؛ كما ذكر ذلك الزيلعي وشيخي زاده، جاء في مجلة الأحكام العدلية: « الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة أو خاصة، ومن هذا القبيل تجويز البيع بالوفاء، حيث إنه لما كثرت الديون على أهل بخارى مست الحاجة إلى ذلك، وصار مرعياً»^(١٠١).

المسألة الثانية: الحكم بصحة بنزع الملكية الخاصة للمصلحة العامة:

قرر مجمع الفقه الإسلامي في قراره رقم (٢٩) بشأن انتزاع الملكية للمصلحة العامة جواز نزع ملكية العقار للمصلحة العامة إذا تمت مراعاة الضوابط والشروط الشرعية التالية:

أ. أن يكون نزع العقار مقابل تعويض فوري عادل يقدره أهل الخبرة بما لا يقل عن ثمن المثل.

ب. أن يكون نازعه ولي الأمر أو نائبه في ذلك المجال.

ج. أن يكون النزع للمصلحة العامة التي تدعو إليها ضرورة عامة أو حاجة عامة تنزل منزلتها كالمساجد والطرق والجسور.

د. أن لا يؤول العقار المنتزع من مالكة إلى توظيفه في الاستثمار العام أو الخاص، وألا يعجل نزع ملكيته قبل الأوان.

٩٩- الشاطبي: المرجع السابق (٢/٢١).

١٠٠- الأمثلة الأربعة التي ذكرها الباحث أتت من باب التمثيل فقط، دون إبداء الباحث رأيه فيها.

١٠١- جماعة من العلماء: مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ص ١٩.



المسألة الثالثة: الحكم بصحة الاقتراض الربوي لشراء سكن للمسلمين المقيمين في دول غربية:

قرر المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث في دورته الرابعة بشأن حكم شراء المنازل بقرض بنكي ربوي للمسلمين في غير بلاد الإسلام- بالأغلبية- على أن المسلم إذا لم يجد من يموله لشراء منزل بطريقة مقبولة شرعاً فإنه يجوز له أن يقترض بالربا لشراء بيت يحتاج إليه المسلم لسكنه هو وأسرته، بشرط ألا يكون لديه بيت آخر يفي به، وأن يكون هو مسكنه الأساسي، وألا يكون عنده من فائض المال ما يمكنه من شرائه بغير هذه الوسيلة، وقد اعتمد المجلس في فتواه على قاعدة (الضرورات تبيح المحظورات) وعلى رأي من أجاز التعامل بالربا - وغيره من العقود الفاسدة - بين المسلمين وغيرهم في دار الحرب.^(١٠٢)

كما جاء في البيان الختامي لمؤتمر رابطة علماء الشريعة الذي عقد بالولايات المتحدة الأمريكية ما يلي: «إذا انعدمت كل هذه البدائل- أي طرق التمويل المقبولة شرعاً، وتعينت القروض الربوية سبيلاً وحيداً لتيسير التعليم الجامعي دوماً أو ابتداءً، أو سبيلاً لتأمين حاجة الجاليات المسلمة مما لا غنى عنه من الحرف والصناعات، عد ذلك ضرورة ترفع إثم الربا، وإن بقي حكم التحريم، شريطة أن يكون المضطر غير باغ ولا عاد، وذلك بأن تقدر الضرورة بقدرها، مع دوام الحرص على التماس البدائل المشروعة، والخروج من هذه القروض الربوية عند أول القدرة على ذلك تخفيفاً للفائدة الربوية ما أمكن، وتؤكد على ضرورة الرجوع إلى أهل الفتوى في تقدير هذه الحاجات والضرورات، وأنه لا ينبغي لأحد أن يعول على نفسه في ذلك، أو أن يقيس حاجاته على حاجات الآخرين».

المسألة الرابعة: الحكم بجواز إعادة التأمين لدى شركات تأمين تقليدية كإجراء مرحلي:

إذ نص معيار إعادة التأمين الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية على أنه: «يحرم قيام شركة التأمين الإسلامية بإعادة التأمين لدى شركات إعادة التأمين التقليدية، إلا كإجراء مرحلي على أساس الحاجة العامة التي تنزل منزلة الضرورة»^(١٠٣).

هذه بعض التطبيقات الفقهية التي نص فيها بعض الفقهاء على تطبيق هذه القاعدة مع مخالفتها للأصول الشرعية المستقرة، وقد أشار ابن القيم إلى أن هذه الطريقة لها أصل في الشريعة الإسلامية في مسألة العرايا، إذ يقول: «قاعدة الشريعة... دفع أعلى الضررين باحتمال أدناهما؛ ولهذا لما نهاهم عن المزابنة لما فيها من ربا أو مخاطرة، أباحها لهم في العرايا للحاجة؛ لأن ضرر المنع من ذلك أشد من ضرر المزابنة... ولما حرم عليهم النظر إلى الأجنبية أباح منه ما تدعو إليه الحاجة للخاطب والمعامل والشاهد والطبيب»^(١٠٤).

والله تعالى أعلى وأعلم، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، والحمد لله رب العالمين.

١٠٢- المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث: القرارات والفتاوى، الطبعة الأولى، ٢٠١٣، ص ٣١

١٠٣- هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية: المرجع السابق، ص ١٠٢٦

١٠٤- ابن القيم: إعلام الموقعين، مرجع سابق (٦/٢)



الخاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، وأصلي وأسلم على عبده النبي الأمي الذي بعثه رحمة للبريات، وبعد:

فهذا بحث في: (موقف المؤسسات المالية الإسلامية من عقود البيع الآجل أو الإجارة التي يشترط فيها فوائد تأخير على المدين) ويطيب لي أن أختمه بخلاصة تبين أهم ما توصلت إليه من نتائج، ومن ذلك ما يلي:

١. معنى (الفوائد التأخيرية) عند أهل القانون: قيمة التعويض النقدي الذي يتحمله المدين لصالح الدائن في عقود المداينات عند تأخر المدين في سداد مستحقاته لصالح الدائن، وهي تختلف من الناحية القانونية عن الشرط الجزائي، وعن غرامة التأخير.
٢. يدور محل البحث في هذه الدراسة حول حكم العمل بعقود البيع الآجلة، وعقود الإجارة التي تكون فيها الأجرة مؤجلة، وقد يفرض البائع في عقد البيع الآجل أو المؤجر في عقد الإجارة على المؤسسة المالية الإسلامية (فوائد تأخيرية)، ويكون البائع أو المؤجر طرفاً أقوى من المشتري أو المستأجر، ولا يقبل بحذف (الفوائد التأخيرية) من عقد البيع الآجل أو الإجارة، أو أن الجهات الرقابية تلزم بنماذج عقود موحدة للبيع المؤجل أو الإجارة، ولا تسمح الجهات الرقابية لطرف في العقد بتعديل شروط العقد الموحد أو حذف البند الذي يلزم المدين بغرامة التأخير، كما لا يسمح للطرفين بالعمل بنموذج عقد آخر.
٣. إلزام الدائن المدين بـ (فوائد التأخير) من ربا الجاهلية الذي حرمه القرآن الكريم، وهي تختلف عن التعويض الذي يدفعه المدين للدائن الذي يمثل تكلفة الأضرار الفعلية للتأخر في السداد الذي قال بمشروعيته كثير من الفقهاء، كما أنها تختلف عن التعويض الذي يلزم به الدائن المدين عند تأخره في السداد ليتم التبرع به لاحقاً الذي أباحه كثير من المعاصرين، كما أنها تختلف عن التعويض الذي يلزم الدائن المدين الذي يمثل تكلفة الفرصة الضائعة التي وقعت على الطرف الدائن الذي قال به بعض المعاصرين.
٤. لا يجوز للمؤسسة المالية الإسلامية العمل بعقود البيع الآجل أو عقود الإجارة إذا تضمنت (فوائد تأخير)، وفي حال حاجتها لإبرام هذه العقود، وكان الدائن جهة حكومية فيحتمل أن يحكم بصحة العمل بهذه العقود، بناءً على أن (الفوائد التأخيرية) من باب التعزير بالمال، ويحتمل أن يحكم بصحة هذه العقود، وتعتبر (فوائد التأخير) لغواً غير مؤثر في صحة العقد، ويحتمل أن يحكم بصحة هذه العقود، بناءً على أنها من عقود الإذعان، ويحتمل أن تعامل هذه العقود معاملة العقود الفاسدة باصطلاح الحنفية، وجميع الاحتمالات محل نقاش، ولا تقوى على الحكم بإباحة العمل بعقود البيع أو الإجارة إذا تضمنت (فوائد تأخير).
٥. توصل الباحث إلى أنه في حال ألزمت الجهات الرقابية المؤسسات المالية الإسلامية بنماذج عقود بيع بالأجل أو إجارة، تكون المؤسسة المالية الإسلامية فيها هي الدائن، ويتضمن العقد (فوائد تأخير) ولا يسمح لطرف في العقد بالتعديل على شروط العقد الموحد أو حذف البند الذي يلزم المدين بغرامة التأخير، كما لا يسمح للطرفين بالعمل بنموذج عقد آخر، فيجوز للمؤسسات المالية الإسلامية العمل بهذا العقد، بشرط أن



يتفق الطرفان الدائن والمدين على حذف الشرط في مستند مستقل خاص بهما، موقع عليه من كلا الطرفين، فيكون البند الخاص بـ (الفوائد التأخيرية) لغواً.

6. إذا كانت المؤسسات المالية الإسلامية هي المدين في مثل هذه العقود، فالأصل عدم الدخول فيها ابتداءً، سواءً أكان الدائن في العقد جهة حكومية، أم جهة خاصة تقوم بإدارة نشاط حكومي، أم كان جهة خاصة محكرة، وإذا غلب على ظن المؤسسة وقوعها في مشقة ظاهرة، فيمكن لهيئة الرقابة الشرعية أن تنظر في هذه العقود وفق القاعدة الأصولية: (الحاجات تنزل منزلة الضرورات خاصة كانت أو عامة) على أن تلتزم هيئة الرقابة الشرعية بالضوابط العامة للعمل بالحاجات التي تنزل منزلة الضرورة، كما تلتزم بوضع ضوابط خاصة لهذه العقود لجواز الدخول فيها، وهي:

أ. أن تبذل المؤسسة المالية الإسلامية جهدها وتبذل وسعها مع الطرف الأقوى في العمل على إلغاء هذه الفوائد الربوية.

ب. ألا تجد المؤسسة المالية الإسلامية جهة أخرى تقدم لها هذه الخدمة غير هذا الطرف الذي يشترط هذه الفوائد.

ت. أن يكون لدى المؤسسة المالية الإسلامية التي ترغب بإبرام هذا العقد، حاجة للغرض الذي يحققه هذا العقد، وفي حال عدم إبرامها العقد فيغلب على ظنها وقوع مشقة عليها لا يمكن رفعها إلا بهذا العقد.

ث. أن تكون الحاجة التي يحققها هذا العقد مباحة شرعاً.

ج. أن يعمل الطرف المدين على أداء الثمن أو الأجرة في وقتها المحدد في العقد.

ح. إذا كان العقد عقد بيع؛ فيحاول المشتري أداء كامل الثمن للبائع كي لا يتم إلزامه بـ (الفوائد التأخيرية) في حال تأخره في السداد، وإذا كان العقد عقد إجارة فيحاول المستأجر إيداع مبلغ في حساب المؤجر أمانة لديه، كي يأخذ منه الأجرة لو تأخر المستأجر في أداء الأجرة له، كما يمكن للمشتري المدين كتابة شيكات مؤجلة الدفع باسم البائع الدائن كي يتم تحصيلها في حال تأخر المشتري في السداد، وكذلك الأمر في عقد الإجارة.

خ. أن تدرس كل حالة بمفردها من هيئة الرقابة الشرعية.

7. لا يمكن إصدار حكم عام في جميع تطبيقات المسألة محل البحث، وإنما يرجع في تقدير إبرام هذه العقود من عدمه لهيئة الرقابة الشرعية في المؤسسة المالية الإسلامية التي يجب عليها أن تنظر فيها وفق أحكام الحاجات.



قائمة المصادر والمراجع

أولاً: الكتب التراثية:

١. ابن أبي حاتم: تفسير القرآن العظيم، تحقيق: أسعد محمد الطيب، مكتبة نزار مصطفى الباز، المملكة العربية السعودية، الطبعة الثالثة، ١٤١٩ هـ.
٢. ابن الأثير: النهاية في غريب الحديث والأثر، المكتبة العلمية، بيروت، ١٩٧٩م، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي، محمود محمد الطناحي.
٣. ابن الجوزي: كشف المشكل من حديث الصحيحين، تحقيق: علي حسين البواب، دار الوطن، الرياض.
٤. ابن القطان: الإقناع في مسائل الإجماع، تحقيق: حسن فوزي الصعيدي، الفاروق الحديثة للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، ٢٠٠٤م.
٥. ابن القيم: إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ١٤٢٣ هـ.
٦. ابن القيم: إغاثة اللهفان من مصائد الشيطان، تحقيق: محمد حامد الفقي، مكتبة المعارف، الرياض.
٧. ابن الهمام: فتح القدير، دار الفكر.
٨. ابن بطلال: شرح صحيح البخاري، تحقيق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، مكتبة الرشد، الرياض، الطبعة الثانية، ٢٠٠٣م.
٩. ابن تيمية: الاختيارات الفقهية.
١٠. ابن تيمية: مجموع الفتاوى، تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية، ١٩٩٥م.
١١. ابن جزي: القوانين الفقهية.
١٢. ابن حجر: فتح الباري شرح صحيح البخاري، دار المعرفة، بيروت، ١٣٧٩.
١٣. ابن رسلان: شرح سنن أبي داود، دار الفلاح للبحث العلمي وتحقيق التراث، الفيوم، جمهورية مصر العربية، الطبعة الأولى، ٢٠١٦م.
١٤. ابن رشد: البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، تحقيق: د محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، ١٩٨٨م.
١٥. ابن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث، القاهرة، ٢٠٠٤م.
١٦. ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية، ١٩٩٢م.



١٧. ابن عبد البر: الاستذكار، تحقيق: سالم محمد عطا، محمد علي معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠.
١٨. ابن عبد البر: التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، تحقيق: مصطفى بن أحمد العلوي، محمد عبد الكبير البكري، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، ١٣٨٧هـ.
١٩. ابن فرحون: تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، مكتبة الكليات الأزهرية، الطبعة الأولى، ١٩٨٦م.
٢٠. ابن نجيم: الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٩٩٩م.
٢١. ابن نجيم: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي.
٢٢. أبو داود: السنن، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت.
٢٣. البخاري: الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ.
٢٤. البغوي: معالم التنزيل في تفسير القرآن، تحقيق: عبد الرزاق المهدي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ.
٢٥. الحصفكي: الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، تحقيق: عبد المنعم خليل إبراهيم، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢م.
٢٦. الحطاب: تحرير الكلام في مسائل الالتزام، تحقيق: عبد السلام محمد الشريف، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، ١٩٨٤.
٢٧. الزرقاني: شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٣م.
٢٨. زروق: شرح زروق على متن الرسالة لابن أبي زيد القيرواني، اعتنى به: أحمد فريد المزيدي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ٢٠٠٦م.
٢٩. الزيلعي: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٣١٣هـ.
٣٠. السرخسي: المبسوط، دار المعرفة، بيروت، ١٩٩٣م.
٣١. السمرقندي: تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، ١٩٩٤م.



٣٢. الشاطبي: الموافقات، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، الطبعة الأولى، ١٩٩٧م.
٣٣. الشربيني: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٩٩٤م.
٣٤. الشنقيطي: أضاء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ١٩٩٥م.
٣٥. الصاوي: بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، ١٩٥٢.
٣٦. الطبراني: المعجم الأوسط، تحقيق: طارق بن عوض الله بن محمد، عبد المحسن بن إبراهيم الحسيني، دار الحرمين، القاهرة.
٣٧. الطبري: جامع البيان في تأويل القرآن، تحقيق: أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠م.
٣٨. العدوي: حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، تحقيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر، بيروت، ١٩٩٤م.
٣٩. علي حيدر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، تعريب: فهمي الحسيني، دار الجيل، الطبعة الأولى، ١٩٩١م.
٤٠. عليش: فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، جمع: علي بن نايف الشحود.
٤١. عياض: إكمال المعلم بفوائد مسلم، تحقيق: د. يحيى إسماعيل، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، الطبعة الأولى، ١٩٩٨م.
٤٢. العيني: البناية شرح الهداية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠م.
٤٣. الغنيمي: اللباب في شرح الكتاب، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان.
٤٤. القرافي: الفروق، عالم الكتب.
٤٥. الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، ١٩٨٦م.
٤٦. الماوردي: الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، تحقيق: علي محمد معوض - عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٩٩٩م.
٤٧. مجموعة من الفقهاء: مجلة الأحكام العدلية، تحقيق: نجيب هواويني، نور محمد، كارخانه تجارت كتب، آرام باغ، كراتشي.



٤٨. مسلم: المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
 ٤٩. مسلم: المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
 ٥٠. ملا خسرو: درر الحكام شرح غرر الأحكام، دار إحياء الكتب العربية.
 ٥١. ميارة: الإلتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام، دار المعرفة.
 ٥٢. النسائي: السنن الصغرى، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، الطبعة الثانية، ١٩٨٦.
 ٥٣. النووي: المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الثانية، ١٣٩٢.
 ٥٤. النووي: روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٩٩١م.
 ٥٥. الونشريسي: المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوي أهل أفريقية والأندلس والمغرب، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المملكة المغربية.
- ثانياً: الكتب والمؤلفات والأبحاث المعاصرة:**
١. بسام سعيد جبر جبر: ضوابط التفرقة بين الشرط الجزائي والغرامة التهديدية ودورهما في منع تراخي تنفيذ العقود، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، ٢٠١١.
 ٢. د. الصديق محمد الأمين الضيرير: الاتفاق على إلزام المدين الموسر بتعويض ضرر المماثلة، مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، المجلد الثالث، العدد الأول، ١٩٨٥.
 ٣. د. رفيق يونس المصري: مناقصات العقود الإدارية، الطبعة الأولى، ١٩٩٩م، دار المكتبي، دمشق.
 ٤. د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
 ٥. د. عبد الستار أبو غدة: بطاقة الائتمان تكييفها الشرعي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي.
 ٦. د. عجيل النشمي: إنزال الحاجة العامة منزلة الضرورة وضوابطها بين الفرد والدولة، بحث قدم لندوة تمويل مشروعات الدولة بالقروض، الخرطوم، ٢٥-٢٦/١/٢٠١٢.
 ٧. د. علي الندوي: عقود الإذعان، بحث قدم لمجمع الفقه الإسلامي، الدورة الرابعة عشر.
 ٨. د. قطب مصطفى سانو: عقود الإذعان، بحث قدم لمجمع الفقه الإسلامي، الدورة الرابعة عشر.



٩. د. محمد الزحيلي: التعويض عن الضرر من المدين المماطل، بحث قدم لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية.
١٠. د. محمد عثمان شبير: الشرط الجزائي ومعالجة المديونيات المتعثرة في الفقه الإسلامي في الفقه الإسلامي، بحث قدم للندوة الفقهية الرابعة، بيت التمويل الكويتي، نوفمبر، ١٩٩٥.
١١. د. محمد علي القرني بن عيد: عقود الإذعان، بحث قدم لمجمع الفقه الإسلامي، الدورة الرابعة عشر.
١٢. د. نزيه حماد: عقود الإذعان في الفقه الإسلامي، بحث قدم لمجمع الفقه الإسلامي، الدورة الرابعة عشر.
١٣. د. وهبه الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، سوريا.
١٤. د. الصديق محمد الأمين الضرير: الشرط الجزائي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي.
١٥. ديبان الديبان: المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة الثانية، ١٤٣٢ هـ.
١٦. عبد الرحمن عباس ادعين: الغرامات التأخيرية في العقود الإدارية، مجلة جامعة بابل، العلوم الإنسانية، المجلد ٢٢، العدد الثالث، ٢٠١٤ م.
١٧. عبد الله بن منيع: مظل الغني ظلم يحل عرضه وعقوبته.
١٨. علي مصبح صالح الحيصية: سلطة القاضي في تعديل مضمون عقد الإذعان، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط.
١٩. اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء: فتاوى اللجنة الدائمة، المجموعة الأولى، جمع وترتيب: أحمد بن عبد الرزاق الدويش، رئاسة إدارة البحوث العلمية والإفتاء، الرياض.
٢٠. المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث: القرارات والفتاوى، الطبعة الأولى، ٢٠١٣.
٢١. مجمع الفقه الإسلامي: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، منظمة المؤتمر الإسلامي، جدة.
٢٢. محمد تقي العثماني: أحكام البيع بالتقسيط وسائله المعاصرة في ضوء الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي.
٢٣. محمد فواز صباح الألوسي: التعسف في عقود الإذعان، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثالث عشر، ٢٠١٧.
٢٤. مصطفى الزرقا: هل يقبل شرعاً الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن؟ مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، المجلد الثاني، العدد الثاني، ١٩٨٥.
٢٥. هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية: المعايير الشرعية، ٢٠١٥.



مؤتمر شورى الفقهي الثامن 8th Shura Fiqh Conference

فندق فور سيزونز - دولة الكويت
12-11 ربيع الآخر 1441 هـ - 9-8 ديسمبر 2019 م

المحور الثالث

التكليف الفقهي لأسهم شركات المساهمة «إعادة الطرح»

الرابع الرئيسي



بيت التمويل الكويتي
Kuwait Finance House



الرابع الفضي

موفتبيك
فندق وريزيدنس برج هاجر مكة



بنك بويان
Boubyan Bank

الرابع الذهبي

الإمتياز
ALIMTIJAZ GROUP

الرابع البلاتيني

البنك الأهلي المتحد
ahli united bank



الأهلي
NCB

النقل المحلي



شركة سماتر لخدمات
تأجير السيارات

الشريك الاستراتيجي



بالتعاون مع



الجمعية الإسلامية للبنوك والتجارة

تنظيم



بيت التمويل الكويتي
Kuwait Finance House



مؤتمر شورى الفقهي الثامن 8th Shura Fiqh Conference

فندق فور سيزونز - دولة الكويت
12-11 ربيع الآخر 1441 هـ - 9-8 ديسمبر 2019 م

مخطط بحث المحور الثالث

التكليف الفقهي لأسهم شركات المساهمة «إعادة الطرح»

الرعاة الرئيسة



بيت التمويل الكويتي
Kuwait Finance House



الرعاة الفضية

موفتبيك
فندق وريزيدنس برج هاجر مكة



بنك بويان
Boubyan Bank

الرعاة الذهبية

الإمتياز
ALIMTAZ
GROUP

الرعاة البلاطينية

البنك الأهلي المتحد
ahli united bank



الأهلي
NCB



الشركاء المحليين



شركة سمكار لخدمات
تأجير السيارات

الشركاء الاستراتيجيين



بالتعاون مع



الجمعية الإسلامية للتمويل والتكنولوجيا

تنظيم



بيت التمويل الكويتي
Kuwait Finance House

«التكليف الفقهي لأسهم شركات المساهمة» «إعادة طرح»

الباعث على طرح الموضوع:

عند عرض مسودة قرار موضوع «التكليف الفقهي لأسهم شركات المساهمة» في الجلسة الختامية لمؤتمر شورى الفقهي السادس عام ٢٠١٥، لم يحظ القرار بأغلبية أصوات كافية لاعتماده، ذلك أن القرار لم يعكس ما ورد في الأبحاث التي عرضت في المؤتمر. وقد دارت في الجلسة الختامية للمؤتمر حينذاك نقاشات واعتراضات عدة على مسودة القرار لعل أبرزها الخلاف فيما ورد في مسودة القرار من تحديد الاتجاه الذي مال إليه جمهور المشاركين في المؤتمر.

الورقة المطلوبة:

حيث إن البواعث على طرح الموضوع في المؤتمر السادس لا تزال قائمة، فإن المطلوب هو اعداد ورقة عمل في موضوع «التكليف الفقهي لأسهم الشركات المساهمة»، تهدف الى التوصل إلى تكليف وتأسيس فقهي سديد للسهم، يعين على صحة تصور ماهيته وإدراك حقيقته، وحل الإشكالات المتعلقة به، وحسم النزاع الفقهي في أحكام مسأله ومتعلقاتها، على أن تتضمن الورقة:

أولاً: التكليف الفقهي للسهم:

- ١- هل هو حصة شائعة في موجودات الشركة يمتلكها حامله؟
- ٢- أم هو ورقة مالية تشبه عروض التجارة تعكس حصة في موجودات الشركة، دون تملك حامله لشيء منها، سواء كانت أعياناً أو منافع أو نقوداً أو حقوقاً مالية، كما تعكس التوقعات المستقبلية لعمل الشركة والظروف الاقتصادية والسياسية المحلية والعالمية؟
- ٣- أم هو مجرد ورقة مالية تثبت لمالك السهم حقاً في الربح (Dividend) التي تعلن عنها الشركة، وتقرر توزيعها على حاملتها، كما يثبت له حصة شائعة في موجوداتها فيما لو تمت تصفية الشركة، وتقسيم موجوداتها على عدد الأسهم، حيث تتمتع الشركة بالشخصية الاعتبارية، والذمة المالية المستقلة عن ذمم الشركاء وحملة الأسهم، وبحق ملكية أصول الشركة وموجوداتها ما دامت قائمة؟

ثانياً: تمحيص لأقوال الفقهاء والباحثين المعاصرين، ومناقشة آرائهم وحججهم، في ضوء القوانين والأنظمة واللوائح والتشريعات الحاكمة لنظام الأسهم، وحقوق حاملتها.

ملاحظات:

يرجى من الباحث عند إعداد الورقة:

- الاطلاع على أبحاث مؤتمر شورى الفقهي السادس في موضوع: «التكييف الفقهي لأسهم شركات المساهمة». (موجودة على موقع الشركة www.shura.com.kw)
- الاطلاع على أبحاث ندوة مستقبل العمل المصرفي الإسلامي العاشرة التي نظمها البنك الأهلي التجاري تحت عنوان «أحكام نوازل المعاملات المعاصرة المتعلقة بالأسهم» بتاريخ ٢٥-٢٦/١٢/٢٠١٧ م.



مؤتمر شورة الفقهي الثامن 8th Shura Fiqh Conference

فندق فور سيزونز - دولة الكويت
12-11 ربيع الآخر 1441 هـ - 9-8 ديسمبر 2019 م

البحث الأول

التكليف الفقهي لأسهم شركات المساهمة

فضيلة الشيخ / أ. د. صالح العلي

الرعاة الرئيسية



بيت التمويل الكويتي
Kuwait Finance House



الرعاة الفضية

موفتبيك
فندق وريزيدنس برج هادر مكة



بنك بويان
Boubyan Bank

الرعاة الذهبية

الإحتياز
ALIMTAZ GROUP

الرعاة البلاطينية

البنك الأهلي المتحد
ahli united bank



الأهلي
NCB

النقل المحلي



شركة سماتر لخدمات
تأجير السيارات

الشريك الاستراتيجي



اتحاد مصارف الكويت
Kuwait Banking Association

بالتعاون مع



الجمعية الإسلامية للتمويل والتجارة

تنظيم



بيت التمويل الكويتي
Kuwait Finance House



بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العلمين والصلاة والسلام على نبينا محمد وعلى آله وأصحابه أجمعين ومن تبعهم إلى يوم الدين، وبعد:

لقد تم طرح موضوع التكييف الفقهي لأسهم شركات المساهمة في مؤتمر شورى الفقهي السادس ١٦-١٧-نوفمبر ٢٠١٥م بدولة الكويت، ولم يحظ القرار حينئذ بأغلبية لاعتماده... ورأى القائمون على المؤتمر إعادة طرح الموضوع بهدف التوصل إلى تكييف فقهي سديد لهذه المسألة، فكلفت بإعداد ورقة عن التكييف الفقهي للسهم الذي يتضمن المسائل الآتية، وهي:

١. هل السهم حصة شائعة في موجودات الشركة يمتلكها حامله؟
٢. هل السهم ورقة مالية تشبه عروض التجارة تعكس حصة في موجودات الشركة دون تملك حامله لشيء منها؟
٣. هل السهم مجرد ورقة مالية تثبت لمالك السهم حقا في الربع (Dividend) التي تعلن عنها الشركة، ... ويكون له أيضا حصة شائعة في موجودات الشركة عند تصفيتها؟
٤. عرض أقوال الفقهاء والباحثين المعاصرين في هذه المسألة، ومناقشة آرائهم.

لذلك حاولت هذه الورقة أن تغطي هذه الجوانب بدراسة منهجية علمية موضوعية، عبر خمسة مطالب:

المطلب الأول: أقوال المعاصرين في تكييف السهم

المطلب الثاني: أدلة القول الأول ومناقشتها

المطلب الثالث: أدلة القول الثاني ومناقشتها

المطلب الرابع: أدلة القول الثالث ومناقشتها

المطلب الخامس: الرأي المختار

والله نسأل أن يلهمنا السداد في الأقوال والأعمال، ويعيننا على تحقيق مقاصد البحث وأهدافه، والله أعلم بالصواب وإليه المآب.



المطلب الأول

أقوال المعاصرين في تكييف السهم

قبل الحديث عن هذه الأقوال ينبغي ذكر تعريف السهم.

هناك تعريفات عدة للسهم، تختلف حسب الاتجاه الفقهي في تكييفه، منها:

عرف مجمع الفقه الإسلامي السهم بأنه: «حصة شائعة في موجودات الشركة، وأن شهادة السهم هي وثيقة لإثبات هذا الاستحقاق في الحصة، فلا مانع شرعاً من إصدار أسهم في الشركة بهذه الطريقة وتداولها»^(١).

بينما عرف القانونيون السهم بأنه: «صك يعطي لحامله الحق في الحصول على جزء من عائد أو الحق في جزء من أصول منشأة ما، أو الحَقَّين معاً»^(٢).

اختلف الفقهاء المعاصرون في تكييف أسهم شركات المساهمة على ثلاثة أقوال، يمكن بيانها بما يأتي:

القول الأول: إن السهم يمثل حصة شائعة يمتلكها حامله في موجودات الشركة. فمالك السهم يملك من موجودات الشركة؛ كالأعيان والمنافع والديون والتقود والحقوق المعنوية والمادية بنسبة ما يملكه من أسهمه، وما السهم إلا وثيقة إثبات ذلك. وهذا قول جمهور الباحثين المعاصرين، منهم؛ د. عبد الله بن سليمان المنيع^(٣)، د. عبد الناصر أبو البصل^(٤)، د. حسين حامد حسان^(٥)، د. صالح بن عبد الله اللحيدان^(٦)، د. سعد بن تركي الخثلان^(٧)، د. زيد بن عبد العزيز الشثري^(٨)، محمد تقي العثماني^(٩)، د. خالد بن مفلح آل حامد^(١٠)، د. الصديق

١- قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم: ٦٣ (٧/١) (١) في دورته السابعة بشأن الأسواق المالية.

٢- الأوراق المالية وأسواق رأس المال، د. منير إبراهيم هندي، (ص/٥).

٣- بحوث في الاقتصاد الإسلامي، عبد الله بن سليمان المنيع، (ص/٢٢١).

٤- التكييف الفقهي لأسهم شركات المساهمة ضمن مؤتمر شورى الفقهي السادس، د. عبد الناصر أبو البصل، (ص/٢٦٩).

٥- التكييف الفقهي لأسهم شركات المساهمة ضمن مؤتمر شورى الفقهي السادس، د. حسين حامد حسان، (ص/١٨٠).

٦- التطبيقات المعاصرة للتعاملات الواردة على الأسهم، أبحاث الندوة العاشرة المتعلقة بأحكام نوازل المعاملات المعاصرة المتعلقة بالأسهم، د. صالح بن عبد الله اللحيدان، (ص/٢١٣).

٧- الأسهم الجائزة والمحظورة، بحث مقدم إلى مؤتمر أسواق الأوراق المالية والبورصات بكلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات، د. سعد بن تركي الخثلان، (ص/٨).

٨- المظلي والقيمي في الشريعة وعلاقتها بالتعويض عن السهم، أبحاث الندوة العاشرة المتعلقة بأحكام نوازل المعاملات المعاصرة المتعلقة بالأسهم، د. زيد بن عبد العزيز الشثري، (ص/٩٧).

٩- فقه البيوع على المذاهب الأربعة، محمد تقي العثماني، (١/٣٦٧).

١٠- تحقيق الخلاف في تكييف سهم الشركة المساهمة وأثره، د. خالد بن مفلح آل حامد، (ص/٥٠).



محمد الأمين الضرير^(١١)، د. علي محيي الدين القره داغي^(١٢)، د. خالد بن مفلح آل حامد^(١٣) وغيرهم... وأخذ بهذا القول أيضا مجمع الفقه الإسلامي الدولي بجدة^(١٤)، وهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية^(١٥).

القول الثاني: أن السهم هو عرض تجاري يعكس حصة شائعة في موجودات الشركة، دون تملك حامله لشيء منها. وهذا القول يفيد أن السهم يمثل مالا بذاته، فهو عرض كباقي العروض والسلع؛ كالثياب وغيرها.

وهذا قول بعض العلماء والباحثين المعاصرين، الشيخ محمد أبو زهرة، د. يوسف القرضاوي^(١٦)، حسان بن إبراهيم السيف^(١٧).

القول الثالث: أن السهم هو مجرد حق مجمل في الشركة، لا في شيء من موجوداتها، يثبت لمالك السهم حقا في الأرباح التي تعلن الشركة عن توزيعها، كما يثبت له حصة شائعة في موجوداتها فيما لو تمت تصفية الشركة، حيث تتمتع الشركة بالشخصية الاعتبارية، والذمة المالية المستقلة عن ذمم الشركاء وحملة الأسهم، وحق ملكية أصول الشركة وموجوداتها ما دامت قائمة. ويكون السهم ثمنا للشركة، وليس ثمنا للموجودات.

وممن أخذ بهذا القول د. محمد القري^(١٨)، د. نزيه حماد^(١٩)، د. خالد السيارى^(٢٠)، د. حسن عون العرياني^(٢١) وغيرهم.

كما أضاف الدكتور يوسف الشبيلي، والدكتور خالد السيارى على هذا القول أن مالك السهم بامتلاكه حصة في شائعة في الشخصية الاعتبارية للشركة فإنه يملك موجوداتها على سبيل التبعية، لكنها ملكية ناقصة أو مقيدة أو تابعة، فلا يملك المساهم التصرف بشيء منها، ولا يملك هذه الموجودات ملكا مباشرا، وليست يد الشركة عليها بالوكالة عنه فلها كيانها الخاص^(٢٢).

١١- زكاة الأسهم في الشركات، مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة، د. الصديق محمد الأمين الضرير، (٥٣٦/٤).

١٢- الاستثمار في الأسهم، مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة، د. علي محيي الدين القره داغي، (٧٤٢/٩).

١٣- تحقيق الخلاف في تكييف سهم الشركة المساهمة وأثره، د. خالد بن مفلح آل حامد، (ص/٥٠).

١٤- قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم: ٦٣ (٧/١) (١) في دورته السابعة بشأن الأسواق المالية.

١٥- المعيار الشرعي للأوراق المالية (الأسهم والسندات) رقم: (٢١)، (ص/٣٥٥).

١٦- تحقيق الخلاف في تكييف سهم الشركة المساهمة وأثره، د. خالد بن مفلح آل حامد، (ص/٤١).

١٧- أحكام الاكتتاب في الشركات المساهمة، حسان بن إبراهيم السيف، (ص/١٢٥-١٢٦).

١٨- التكييف الفقهي لأسهم شركات المساهمة ضمن مؤتمر شورى الفقهى السادس، د. محمد علي القري، (ص/٢٢٧).

١٩- التكييف الفقهي لأسهم شركات المساهمة ضمن مؤتمر شورى الفقهى السادس، أ. د. نزيه كمال حماد، (ص/٢١٣).

أحكام المثلي والقيمي وعلاقتها بالأسهم، بحث مقدم للندوة العاشرة بجدة المتعلقة بأحكام نوازل المعاملات المعاصرة المتعلقة بالأسهم، د. نزيه كمال حماد، (ص/٢٤).

٢٠- أحكام المثلي والقيمي وعلاقتها بالأسهم، أبحاث الندوة العاشرة المتعلقة بأحكام نوازل المعاملات المعاصرة المتعلقة بالأسهم، د. خالد محمد السيارى، (ص/٦٧).

٢١- الأسهم والسندات وأحكامها في الفقه الإسلامي، د. حسن عون العرياني، (ص/١٧).

٢٢- زكاة الأسهم، يوسف بن عبد الله الشبيلي، (ص/٤). أحكام المثلي والقيمي وعلاقتها بالأسهم، أبحاث الندوة العاشرة المتعلقة بأحكام نوازل المعاملات المعاصرة المتعلقة بالأسهم، د. خالد محمد السيارى، (ص/٦٧-٦٨).



المطلب الثاني

أدلة القول الأول ومناقشتها

استدل القائلون بأن السهم يمثل حصة شائعة في موجودات الشركة بما يأتي:

أولاً- السهم يمثل وثيقة لإثبات حق المساهم في موجودات الشركة، فلا قيمة له من غير تلك الموجودات، لذلك يجب أن يأخذ حكمها، كما أن الموجودات هي التي تمثل مالا حقيقيا في عرف الشرع، وتتوافر فيها شروط محل التملك، والشركة تشمل جميع الموجودات التي يمثلها مجموع الأسهم، ومالكو الأسهم جميعا هم ملاك الشركة^(٣٢).

نوقش هذا الدليل من وجوه عدة:

الأول: أن السهم لو كان يمثل حصة شائعة من موجودات الشركة لجاز لحامله المطالبة بقيمة السهم من الموجودات، أو التصرف في شيء من تلك الموجودات^(٣٤).

ويمكن الجواب عن هذا بما يأتي:

أ- أن التقييد بعدم التصرف في موجودات الشركة من قبيل الشروط حتى تستمر الشركة، وهذا لا يؤثر على التكييف الفقهي للسهم.

ب- أن تقييد المساهم بعدم التصرف في موجودات الشركة لا يمنع من ملكه لحصة شائعة في موجودات الشركة، فربما كانت الموجودات مستحقة لأداء التزامات لغير المساهمين؛ كحال الورثة قبل تصفية التركة، كما أن الراهن مالك للرهن وليس له مطلق التصرف فيه حماية لحق المرتهن، ويحق للمالك جعل التصرف في المال لغيره كالمضارب، وكما أن المالك للمال على الشيوع يتقيد بتصرفه بما لا يضر غيره من الشركاء ونحو ذلك^(٣٥).

ج- أن قانون الشركات نصّ على حق المساهم بالتصرف في حصته بما لا يضر باقي المساهمين؛ كحقه في بيع السهم بالأسواق المالية، والتصويت في الجمعية العامة للشركة ونحو ذلك. كما أن المساهمين ينتخبون مجلس إدارة يساعدهم على اتخاذ القرارات حول التصرف بموجودات الشركة. فحق المساهم بالتصرف قائم ومتحقق، وإنما يتقيد بشروط اقتضاها قانون الشركات وطبيعة الملك المشاع بما لا يضر بباقي المساهمين، وقد وافق المساهم عليها^(٣٦).

الثاني: أن السهم لو كان يمثل حصة شائعة من موجودات الشركة لما تغيرت قيمته إلا بتغير تلك الموجودات، بينما في الواقع ثبت انفكاك القيمة السوقية للأسهم عن قيمة موجودات

٢٢- حكم تداول أسهم الشركات التي في مرحلة التأسيس (شركة الصحراء للبتروكيماويات أنموذجا)، د. يوسف بن عبد الله الشيبلي، (٩/ص). التكييف الفقهي لأسهم شركات المساهمة ضمن مؤتمر شوري الفقهي السادس، د. حسين حامد حسان، (ص/١٦٩). التكييف الفقهي لأسهم شركات المساهمة ضمن مؤتمر شوري الفقهي السادس، د. عبد الناصر أبو البصل، (ص/٢٦١).

٢٤- الأسهم والسندات وأحكامها في الفقه الإسلامي، د. حسن عون الغرياني، (ص/١٢).

٢٥- التكييف الفقهي لأسهم شركات المساهمة ضمن مؤتمر شوري الفقهي السادس، د. حسين حامد حسان، (ص/١٦٩).

التكييف الفقهي لأسهم شركات المساهمة ضمن مؤتمر شوري الفقهي السادس، د. عبد الناصر أبو البصل، (ص/٢٦٩).

٢٦- التكييف الفقهي لأسهم شركات المساهمة ضمن مؤتمر شوري الفقهي السادس، د. حسين حامد حسان، (ص/١٧٠).



الشركة، ولذلك نجد أن أسهم بعض الشركات التي حققت خسائر متتالية لسنوات عدة وفق البيانات المالية المعلنة عنها أعلى من أسهم الشركات الربحية، وقد يحصل العكس، فترى أسهم الشركات التي تحقق أرباحاً عالية في الواقع العملي منخفضة لتراجع ثقة الناس أو نحو ذلك، ويدل هذا الانفكاك على أن السهم لا يمثل قيمة موجودات الشركة فقط، إنما قيمة الموجودات عامل مساعد على تغير القيمة السوقية للسهم^(٢٧).

ويمكن الجواب عن ذلك: أن تسمية الشركة خاسرة أو رابحة أمر نسبي؛ لأن الشركة قد تخسر هذا العام ولكن مركزها المالي قوي جداً، ولديها أرباح عن السنوات السابقة فتبقى أسهم الشركة مرتفعة وقد يحصل العكس فلا حجة بذلك^(٢٨).

بالإضافة إلى أن تغير قيمة الأسهم سببه اعتبارات خارجية^(٢٩)؛ كسمعة الشركة ونحو ذلك، وهو أمر طبيعي؛ لأن رأس مال الشركة قد استخدمته في شراء موجودات، وهذه الموجودات تستخدم في الأنشطة التجارية، وقد تنجح بذلك، فتقوي من مركز الشركة المالي، وقد تفشل في ذلك، وتبعاً لذلك تتغير القيمة السوقية للسهم، فالقيمة الحقيقية للسهم تعد مؤشراً موضوعياً للقيمة السوقية^(٣٠).

فالارتباط بين القيمة السوقية للسهم وقيمة موجودات الشركة واقع عملي، وعلى فرض التسليم بوجود الاختلاف بين القيمتين، فهذا خاضع لآليات السوق والعرض والطلب، وليس لعدم الارتباط الحقيقي بينهما^(٣١).

ثانياً- أن هذا القول يمثل حقيقة السهم؛ لأن المساهم يأخذ وثيقة السهم لتكون دليلاً له على ملكه مقداراً محدداً من موجودات الشركة والمشاركة فيها^(٣٢).

ثالثاً- تخريج شركة المساهمة على شركة العنان، فالمساهم في الشركة المساهمة كالشريك في شركة العنان التي تقتضي اشتراك أطراف الشركة في المال والعمل بأنفسهم أو باختيار واحد منهم أو من غيرهم، وكذلك يشتركون بتحمل الربح والخسارة، فإذا كان الشريك يملك حصته من موجودات شركة العنان فكذلك المساهم، وتسميته سهماً لا يغير من حقيقته شيئاً؛ لأن العبرة بالحقائق لا بالأسماء، وكون شركة المساهمة لها شخصية اعتبارية لا يبطل حق المساهم في تملك جزء من موجودات الشركة بحسب قيمة أسهمه^(٣٣).

٢٧- أحكام الاكتتاب في الشركات المساهمة، حسان بن إبراهيم السيف، (ص/١٢٤). التكييف الفقهي لأسهم شركات المساهمة ضمن مؤتمر شورى الفقهي السادس، أ. د. عبد الناصر أبو البصل، (ص/٢٦١). التكييف الفقهي لأسهم شركات المساهمة ضمن مؤتمر شورى الفقهي السادس، أ. د. نزيه كمال حماد، (ص/٢٠٤).

٢٨- تحقيق الخلاف في تكييف سهم الشركات المساهمة وأثره، د. خالد بن مفلح آل حامد، (ص/٤٢).

٢٩- من المعطيات التي تحدد القيمة السوقية للسهم: ظروف العرض والطلب وتوجهات المضاربة في سوق المال، توزيعات الأرباح في نهاية العام فكلما ازداد ربح السهم كلما ازداد الطلب عليه وارتفع سعره، خطة الشركة وتوجهاتها المستقبلية، توقعات المضاربين، ظروف الاقتصاد الوطني من تضخم وكساد ونحو ذلك. ينظر: الأسواق المالية، د. علي كنعان، (ص/٤٧).

٣٠- حكم تداول أسهم الشركات التي في مرحلة التأسيس، د. يوسف بن عبد الله الشيبلي، (ص/١٠).

٣١- التكييف الفقهي لأسهم شركات المساهمة ضمن مؤتمر شورى الفقهي السادس، د. حسين حامد حسان، (ص/١٧٥).

٣٢- الأسهم والسندات وأحكامها في الفقه الإسلامي، د. أحمد بن محمد الخليل، (ص/١٨٩). فقه البيوع على المذاهب الأربعة، محمد تقي العثماني، (١/٣٦٧).

٣٣- التكييف الفقهي لأسهم شركات المساهمة، المقدم لمؤتمر شورى الفقهي السادس، د. حسين حامد حسان، (ص/١٦٨).



ويمكن الجواب عن ذلك: أن شركة المساهمة تختلف عن شركة العنان من وجوه عدة كما يأتي^(٢٤):

الأول: أن شركة المساهمة شركة أموال، بخلاف شركة العنان والمضاربة فإنهما من شركات الأشخاص. والشركة المساهمة تتمتع بالشخصية الاعتبارية المستقلة عن المساهمين والتي تتصرف في موجودات الشركة، بخلاف العنان والمضاربة حيث يكون الاعتماد على الاعتبار الشخصي والثقة المتبادلة والائتمان بين الشركاء، فالشركاء في العنان والمضاربة يسألون عن الخسارة وديون والتزامات الشركة في كامل ذمهم المالية ومالهم الخاص، كل بحسب نسبة حصته بالشركة، أما المساهمون فلا يسألون إلا بمقدار ما يملكون من أسهم.

الثاني: يجوز تداول السهم في الشركة المساهمة دون النظر إلى موجوداتها بناء على مركزها المالي، ولذلك لا يشترط العلم بالموجودات، والقدرة على التسليم؛ لأن المساهم يقصد بشراء السهم الحصول على الأرباح، وليس موجودات الشركة فهي تأتي تبعاً. وذلك بخلاف العنان والمضاربة يجب العلم بالموجودات؛ لأن الغرر واقع في أمر مقصود بالبعد وهو موجودات الشركة.

الثالث: اختلاف القيمة السوقية للسهم عن القيمة الحقيقية، بخلاف حصة الشريك في شركة العنان والمضاربة فإن قيمتها عند التصفية بقيمة ما تمثله من موجودات.

الرابع: ثبوت حق الشفعة في شركة العنان والمضاربة، بخلاف شركة المساهمة التي يملك فيها المساهم الخروج من الشركة دون إذن أحد ببيع أسهمه من غير ثبوت حق الشفعة لأحد.

الخامس: إن شركة المساهمة ذات مسؤولية محدودة، بخلاف العنان والمضاربة. فاشتراك المساهمين في الشركة ليس شرطاً فيها ولا ركناً، بل هو أمر عرضي لا تأثير له في الحكم، إنما الشخصية الاعتبارية ذات المسؤولية المحدودة التي يخلقها القانون هي المؤثرة في حكم الشركة، بينما العنان والمضاربة فاشتراك الشركاء في رأس مال الشركة هو العنصر الأساس للشركة ويسألون عن الالتزامات في كامل ذمهم^(٢٥).

السادس: قابلية السهم للتداول والتسييل، بخلاف حصة الشريك في العنان والمضاربة.

السابع: أن الشركة المساهمة لا تسمى شركة باللغة الانجليزية بل تسمى (corporation) وهي كلمة ترجمت خطأ في اللغة العربية إلى شركة، أما العنان فتعد شركة وعنصر الاشتراك بها مؤثر عليها، بخلاف شركة المساهمة فليست كذلك؛ لأن عنصر الاشتراك بها ليس مؤثر عليها، وأما اطلاق لفظ (شركة) عليهما فهو من قبيل المشكلة اللفظية. فالقانون قد يطلق لفظ الشركة على شركة الشخص الواحد التي يعدم بها الاشتراك، ولا يقال إن لغة القانون

= زكاة الأسهم، يوسف بن عبد الله الشيبلي، (٤/ص). التطبيقات المعاصرة للتعاملات الواردة على الأسهم، أبحاث الندوة العاشرة المتعلقة بأحكام نوازل المعاملات المعاصرة المتعلقة بالأسهم، د. صالح بن عبد الله اللحيان، (ص/٢٠٩).
 ٢٤- حكم تداول أسهم الشركات التي في مرحلة التأسيس (شركة الصحراء للبتروكيماويات أنموذجاً)، د. يوسف بن عبد الله الشيبلي، (١٠/ص). الأسهم والسندات وأحكامها في الفقه الإسلامي، د. حسن عون العرياني، (ص/٩). تحقيق الخلاف في تكييف سهم الشركات المساهمة وأثره، د. خالد بن مفلح آل حامد، (ص/٤٤). التكييف الفقهي لأسهم شركات المساهمة، المقدم لمؤتمر شوري الفقهي السادس، د. حسين حامد حسان، (ص/١٧٨). التكييف الفقهي لأسهم شركات المساهمة ضمن مؤتمر شوري الفقهي السادس، د. نزيه كمال حماد، (ص/٢٠٤، ٢١١).
 ٢٥- التكييف الفقهي لأسهم شركات المساهمة ضمن مؤتمر شوري الفقهي السادس، د. محمد علي القري، (ص/٢١٩-٢٢٠).



ليست حجة علينا؛ لأننا في مرحلة التصور نحتاج لمعرفة المعنى الذي يقصده المتعاملون إذا قالوا شركة^(٣٦). وهذا يشبه بعض المصطلحات التي تضمنت أكثر من معنى، فالمضاربة يقصد بها شركة المضاربة، وقد يقصد بها مجرد المجازفة والمخاطرة. كما أن هذا الفرق يمكن أن يكون رداً على من يقول إن فصل الشركة عن مساهميتها يناقض تعريف الشركة ويعارضه لفظاً ومعنى.

الثامن: أن الفقه الفرنسي وصف مصطلح الشريك بالقصور؛ لأنه لا يمكن استعماله لوصف المساهم، إذ إن ما يربط هذا الأخير بالشركة هو امتلاكه لسند قابل للتداول وليس عقد شركة، فهناك اختلاف جوهري بين المساهم في الشركة المساهمة وبين الشريك في شركة التضامن أو غيرها من الشركات^(٣٧).

فهذه الاعتبارات تمنع من تطبيق أحكام شركة العنان والمضاربة في الجملة على شركة المساهمة. فشركة المساهمة من الشركات الحديثة التي تستمد نظامها من القانون الغربي، فلها خصائص مختلفة عن الشركات المعروفة في الفقه الإسلامي.

ويمكن الجواب عما سبق من اعتراضات في ما يأتي:

١. أن بعض هذا الفروق ليست مؤثرة؛ كتسمية شركة المساهمة بشركة الأموال، وشركة العنان بشركة الأشخاص، إذ إن الأخيرة شركة أموال أيضاً. وأما نظر الشريك إلى موجودات شركة العنان والعلم بها عند الشراء بخلاف شركة المساهمة، فالمدعون مع البنك في المضاربة لا يعلمون موجودات الشركة بل يكفي العلم الإجمالي بذلك. واختلاف القيمة السوقية للسهم عن قيمة الموجودات فقد تم الرد عليه، وأما إثبات حق الشفعة لشريك العنان بخلاف المساهم فهذا بنص القانون وليس من طبيعة الشركة^(٣٨).

٢. الشركة المساهمة تعدّ من أنواع الشركات الحديثة، وقياسها على شركة العنان ليس مع نفي الفارق بينهما، بل يكفي فيه اجتماعهما في معنى الاشتراك، فلا يقتضي ذلك الشبه من كل الوجوه. وعلى فرض التسليم بعدم صحة هذا القياس فإن ذلك لا يعني فصل الأسهم عن موجودات الشركة؛ لأنه شركة المساهمة إن لم تكن من قبيل شركات العنان فهي نوع من الشركات الحديثة، والأصل في الشركات من يمتلك جزءاً منها يعدّ شريكاً^(٣٩).

٣٦- التكليف الفقهي لأسهم شركات المساهمة ضمن مؤتمر شورى الفقهي السادس، د. محمد علي القري، (ص/٢١٩).
التكليف الفقهي لأسهم شركات المساهمة ضمن مؤتمر شورى الفقهي السادس، أ. د. نزيه كمال حماد، (ص/٢١٢).
أحكام المثلث والقيمي وعلاقتهما بالأسهم، أبحاث الندوة العاشرة المتعلقة بأحكام نوازل المعاملات المعاصرة المتعلقة بالأسهم، أ. د. نزيه كمال حماد، (ص/٢٦-٢٧).

٣٧- مفهوم المساهمة في شركات المساهمة، ميمون خراط، (ص/٣٩).

٣٨- التكليف الفقهي لأسهم شركات المساهمة ضمن مؤتمر شورى الفقهي السادس، د. حسين حامد حسان، (ص/١٨٠-١٨١).

٣٩- التكليف الفقهي للسهم في الشركات المساهمة وأثره، د. فهد اليحيى، (ص/٢٢)، نقلاً عن: الأسهم والسندات وأحكامها في الفقه الإسلامي، د. حسن عون المريني، (ص/١٤).



رابعاً- أن الشركة في الفقه الإسلامي مبناها على الوكالة^(٤٠)، والشريك وكيل عن الشركاء في التصرف، فكذاك المساهم يعدّ شريكاً في الشركة التي تعدّ وكالة عن حملة الأسهم، والسهم يمثل حصة مشاعة في موجودات الشركة^(٤١).

نوقش هذا الدليل: أن اعتبار الشركة وكالة عن المساهمين، وبدها على الموجودات كيدهم عليها، فيه تكلف ظاهر؛ لأن الواقع يثبت غير ذلك، وأحكام الوكالة لا تنطبق على العلاقة بينهما، فالالتزامات والحقوق الواجبة على الشركة لا تنتقل إلى المساهمين، وكذلك الأضرار التي تقع عليها بسبب الموجودات تتحملها ولا يتحملها المساهمون في أموالهم الخاصة^(٤٢).

المطلب الثالث

أدلة القول الثاني ومناقشتها

استدل القائلون بأن السهم هو عرض تجاري يعكس حصة شائعة في موجودات الشركة، دون تملك حامله لشيء منها بما يأتي:

أولاً- عن سالم بن عبد الله، عن أبيه رضي الله عنه، قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من ابتاع نخلاً بعد أن تؤبر، فتمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع، ومن ابتاع عبداً وله مال، فماله للذي باعه، إلا أن يشترط المبتاع»^(٤٣).

وجه الدلالة: أنه يجوز بيع المال تبعاً للعد إن قصد المبتاع العبد، وإن اشترط فيه مال العبد، وقصد فيه بقاء المال للعبد -وهو عرض-، وإقراره في يده، فبذلك يكون المبيع عبارة عن عرض -وهو العبد- ومال، فأعطي الجميع حكم العرض ودخل في البيع، سواء كان المال معلوماً أم مجهولاً، من جنس الثمن أم من غيره، عينا أم ديناً، وسواء كان مثل الثمن أم أقل أم أكثر^(٤٤). وقياساً على ذلك يجوز بيع الورقة المالية بغض النظر عن محتوى موجودات الشركة من عروض؛ كالمباني والآلات وغير ذلك، أو نقود وديون، فتأخذ حكم العروض بدلالة الحديث؛ لأن المساهم حين يشتري السهم يقصد القيمة السوقية للسهم للحصول على الأرباح، وليس ما يمثله السهم من موجودات الشركة^(٤٥).

٤٠- فتح القدير، محمد بن عبد الواحد السيواسي ابن الهمام، (١٥٥/٦). الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، علي بن محمد الماوردي، (٤٨٤/٦).

٤١- الأسهم الجائزة والمحظورة، بحث مقدم إلى مؤتمر أسواق الأوراق المالية والبورصات بكلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات، د. سعد بن تركي الختلان، (ص/٦-٧).

٤٢- زكاة الأسهم، د. يوسف بن عبد الله الشبيلي، (ص/٥). التكييف الفقهي لأسهم شركات المساهمة ضمن مؤتمر شوري الفقهي السادس، أ. د. نزيه كمال حماد، (ص/٢١٢). التكييف الفقهي لأسهم شركات المساهمة ضمن مؤتمر شوري الفقهي السادس، د. محمد علي القرني، (ص/٢٢١).

٤٣- أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب المساقاة، باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو في نخل، (١١٥/٣)، رقم الحديث (٢٢٧٩). وأخرجه مسلم في صحيحه، كتاب البيوع، باب من باع نخلاً عليها ثمر، (١١٧٣/٣)، رقم الحديث (١٥٤٣).

٤٤- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، محمد بن أحمد بن رشد، (٢٠٦/٣). المغني، عبد الله بن أحمد بن قدامة، (٢٥٧/٦-٢٥٨).

٤٥- حكم تداول أسهم الشركات التي في مرحلة التأسيس (شركة الصحراء للبتروكيماويات أنموذجاً)، د. يوسف بن عبد الله الشبيلي، (ص/٨). تحقيق الخلاف في تكييف سهم الشركات المساهمة وأثره، د. خالد بن مفلح آل حامد، (ص/٤٥). أحكام الاكتتاب في الشركات المساهمة، حسان بن إبراهيم السيف، (ص/١٢٥).



نوقش هذا الدليل من وجوه عدة^(٤٦):

١. الحديث لا يدل صراحة على أن حكم مال العبد كحكم العرض، إنما أخذ ذلك من دلالة المفهوم وهي ضعيفة، وعلى فرض التسليم بذلك، فهو لا ينفي أن السهم يمثل حصة شائعة من موجودات الشركة من أعيان وعروض ونحو ذلك.

٢. قياس مع الفارق؛ لأن العبد عين مستقلة، وهو مال قائم بذاته، والمال الذي مع العبد جاء تبعاً، وليس مقصوداً لذاته، ومن القواعد الفقهية أنه يجوز تبعاً مالا يجوز استقلالاً. بخلاف السهم فلا قيمة له من دون موجودات الشركة فلا يستقل بنفسه.

ثانياً- أن غالباً يكون قصد المشتري للسهم الحصول على الربح دون النظر إلى موجودات الشركة سواء أكانت أعياناً أم نقوداً. كما لا يعلمون نشاط الشركة؛ لأن قصدهم الربح من تداول الأسهم، ومن المعلوم أنه يشترط لصحة البيع العلم بالمبيع^(٤٧).

نوقش هذا من وجوه عدة^(٤٨):

١. أن قصد المشتري للربح وما يؤدي ذلك إلى اختلال في اقتصاد الأسواق المالية لا يؤثر ولا يغير من حقيقة أن السهم يمثل حصة شائعة من موجودات الشركة، فتعامل الناس ليس دليلاً على التكييف الفقهي لأسهم شركات المساهمة، كما أن هذا ليس فيه دليل على كون السهم يمثل عرضاً من العروض، أو يمثل حصة شائعة في الشخصية الاعتبارية للشركة، بل هذا مرتبط بمآلات الأفعال والسياسة الشرعية التي يستطيع ولي الأمر أن يضع التدابير الشرعية التي تضبط هذه العملية وتقلل الاختلال بالأسواق المالية.

كما أن تداول الأسهم بالبيع والشراء يدل على قوة موجودات الشركة، ولولا ذلك ستراجع الشركة وتتهار لو قيل إن الاعتماد في بيع السهم وشرائه على الأسهم ذاتها دون موجوداتها. فالأوراق النقدية إذا لم يكن لها ما يسندها من معادن وقوة دولة فستتهار، فكيف بأسهم شركات لا تكون موجوداتها مرتبطة بأسهمها.

٢. أن حامل السهم حين لا يعلم بالمحتوى الإجمالي لموجودات الشركة، ولا نشاطها؛ فليس ذلك بحجة في اعتبار السهم منفصلاً عن موجودات الشركة.

٣. أن الجهل بذلك تقريظ من حملة الأسهم، مخالف لما يجب عليه، فلا عبرة بذلك.

ثالثاً- أن الأسهم اتخذت للتجارة وأصبحت تباع وتشتري، وتخضع للعرض والطلب؛ كسائر السلع والعروض^(٤٩).

٤٦- تحقيق الخلاف في تكييف سهم الشركات المساهمة وأثره، د. خالد بن مفلح آل حامد، (ص/٤٦)، التكييف الفقهي لأسهم شركات المساهمة ضمن مؤتمر شوري الفقهي السادس، د. عبد الناصر أبو البصل، (ص/٢٦٥).

٤٧- تحقيق الخلاف في تكييف سهم الشركات المساهمة وأثره «دراسة تأصيلية فقهية تطبيقية»، د. خالد بن مفلح آل حامد، (ص/٤٧)، الأسهم والسندات وأحكامها في الفقه الإسلامي، د. حسن عون العرياني، (ص/١٢).

٤٨- تحقيق الخلاف في تكييف سهم الشركات المساهمة وأثره «دراسة تأصيلية فقهية تطبيقية»، د. خالد بن مفلح آل حامد، (ص/٤٧)، التكييف الفقهي لأسهم شركات المساهمة ضمن مؤتمر شوري الفقهي السادس، د. عبد الناصر أبو البصل، (ص/٢٦٥، ٢٦٣).

٤٩- الأسهم والسندات وأحكامها في الفقه الإسلامي، د. أحمد بن محمد الخليل، (ص/١٨٩)، تحقيق الخلاف في تكييف سهم الشركات المساهمة وأثره «دراسة تأصيلية فقهية تطبيقية»، د. خالد بن مفلح آل حامد، (ص/٤٧).



ونوقش هذا: أن كون السهم وهو ورقة مالية قابلة للتداول لا يخرجها عن حقيقتها الشرعية، فالنقود الورقية أيضا تعدّ سلعا تباع وتشتري، ومع ذلك فهي ليست عروضاً^(٥٠).

كما أن هذا القول لا يسنده دليل^(٥١)، وهو يخالف الواقع؛ لأن مدلول عروض التجارة أو السلع في العرف التجاري المعاصر تعبر عن أعيان منقولة محسوسة، لها منافع وقيمة مالية مقصودة لذاتها؛ كالآلات والمعادن والملابس ونحو ذلك، ويكون قبضها بالوحدات القياسية العرفية؛ كالوزن، والحجم وغير ذلك. بخلاف الأسهم فإنها تعدّ أوراقا مالية عرفية على شكل صكوك ورقية أو الكترونية، ويجري تداولها بالقيود الالكترونية المتعارف عليها في السجلات الرسمية القانونية المعدة لذلك. والقوانين المنظمة للأسواق المالية لا تدرج أحكام الأوراق المالية ضمن الأحكام الخاصة بالسلع التجارية، بل لها أحكام مختلفة؛ لأن السلع والأوراق المالية مختلفان في الماهية^(٥٢).

رابعاً- أن السهم إذا اشترى بقصد التجارة فيه فإنه يزكى بقيمته السوقية زكاة عروض التجارة عند بعض الفقهاء، دون النظر إلى موجودات الشركة، ويدفع حامل السهم ربع العشر من هذه القيمة السوقية التي تمثل وعاء زكاة الأسهم، ولو كانت قيمة الموجودات أقل من ذلك. ويدل ذلك على أن الورقة المالية لها قيمة مالية مستقلة عن موجودات الشركة، كما أن هذه القيمة قد تزيد أو تنقص عن قيمة موجودات الشركة لأسباب أخرى غير مجرد العرض والطلب^(٥٣).

نوقش هذا من وجوه عدة^(٥٤):

الأول: القول بأن السهم يزكى بقيمته السوقية هو مجرد اجتهاد فقهي، لا يستدل به على حكم فقهي، ولا يكون حجة أو دليلاً في حق مجتهد آخر. كما أن هنا فتوى لبعض الفقهاء بأن وعاء زكاة الأسهم هو الموجودات الزكوية.

الثاني: أن زكاة الأسهم تجب في موجودات الشركة؛ لأنها تجب في المال وليس في السهم ذاته، فهو ليس مالا متقوماً في ذاته، بل هو وثيقة تثبت مقدار ما يملك حامل السهم من موجودات الشركة. ومما يدل على أن السهم ليس مالا متقوماً في ذاته أنه إذا ضاع أو هلك فإن المساهم تبقى له حقوق المساهم في موجودات الشركة، وله أن يطلب وثيقة بدل عن الوثيقة الضائعة الهالكة؛ كباقي الوثائق.

٥٠- تحقيق الخلاف في تكليف سهم الشركات المساهمة وأثره «دراسة تأصيلية فقهية تطبيقية»، د. خالد بن مفلح آل حامد، (ص/٤٧).

٥١- التكليف الفقهي لأسهم شركات المساهمة ضمن مؤتمر شوري الفقهي السادس، د. حسين حامد حسان، (ص/١٨٠).

٥٢- أحكام المثلي والقيمي وعلاقتها بالأسهم، بحث مقدم للندوة العاشرة بجدة المتعلقة بأحكام نوازل المعاملات المعاصرة المتعلقة بالأسهم، د. نزيه كمال حماد، (ص/٢٤).

٥٣- التكليف الفقهي لأسهم شركات المساهمة ضمن أبحاث مؤتمر شوري الفقهي السادس، د. حسين حامد حسان، (ص/١٧١).

٥٤- التكليف الفقهي لأسهم شركات المساهمة ضمن أبحاث مؤتمر شوري الفقهي السادس، د. حسين حامد حسان، (ص/١٧١-١٧٢).



يجاب على ذلك: أن أغلب موجودات الشركة ديون ونقود، أما الأعيان والمنافع والحقوق المالية قليلة نسبياً، فلو كانت زكاة عروض التجارة واجبة على الأعيان وحدها لكانت أقل من الزكاة على القيمة السوقية، ومع ذلك فإن فتوى الفقهاء للأسهم التي يراد بها التجارة، أنها تزكى بقيمتها السوقية لا بموجوداتها، وجريان الحكم في باب الزكاة والربا واحد.

ويمكن الرد على هذا: أن القيمة السوقية تتحدد بما لدى الشركة من موجودات مختلطة، في حال كانت الديون والنقود تابعة للأعيان ولم تقل الأعيان عن نسبة معينة. كما أن القيمة السوقية للسهم قد تقل عن قيمة موجودات الشركة فتكون الزكاة على الموجودات أفضل لمستحقي الزكاة. كما أنه لا علاقة بين التكليف الفقهي للأسهم وبين الزكاة.

الثالث: إذا قيل إن الشركة تملك الموجودات، وحق المساهم إنما هو في السهم، يقال حينئذ إن الشركة نفسها مملوكة للمساهمين فتعددت الملكية للمحل الواحد.



المطلب الرابع

أدلة القول الثالث ومناقشتها

استدل القائلون بأن السهم هو مجرد حق مجمل في الشركة، لا في شيء من موجوداتها، بأدلة عدة، يمكن إجمالها بما يأتي:

١. اعتبار النظرة القانونية التي تعطي شركة المساهمة شخصية اعتبارية مستقلة عن حملة الأسهم^(٥٥)، وذمة مالية منفصلة عن ذمهم، وأهلية اكتساب الحقوق والالتزام بالواجبات، ويميز القانون بين ملكية الأسهم وملكية موجودات الشركة. وليست القوانين بحجة علينا، ولكن الشركة المساهمة نازلة حادثة، و من المخل اعتبارها كشركة العنان بعد إضافة بعض الشروط التي لا تؤثر على أحكامها، فعنصر الاشتراك ليس هو الأهم في صيغتها ولذلك يمكن أن تكون مملوكة لشخص واحد؛ لأن العبرة بالمسؤولية المحدودة^(٥٦).

كما أن القانون عدّ السهم من الحقوق الشخصية، والحق الشخصي له طبيعة منقولة دائماً، والسهم يحتفظ بهذه الطبيعة المنقولة لحين انقضاءه^(٥٧).

نوقش هذا الدليل من وجوه عدة:

الأول: أن إثبات القانون الشخصية الاعتبارية للشركة، لا يخرجها عن حقيقة شركة العنان؛ لأن المال لحملة الأسهم جميعاً، والعمل يقوم به الموظفون مقابل الأجر، ومجلس الإدارة يأخذ مكافأته من أصحاب المال، والضمان على أصحاب المال^(٥٨). فيستطيع حامل السهم أن يملك نصيبه من موجودات الشركة والشخصية الاعتبارية كما يملك الشخص الاسم التجاري والموجودات.

الثاني: أنه يلزم من هذا القول أن لا يكون هناك فرق بين الشركات المساهمة التي أصل نشاطها حلال وبين الشركات التي أصل نشاطها حرام؛ لأن الشخصية الاعتبارية موجودة بالشركتين، وهذا اللازم لم يقل به أحد من العلماء^(٥٩). وكذلك بناء على هذا القول يجوز بيع السهم بعد تخصيصه للمساهم وقبل أن يدفع قيمته، ويجوز بيع السهم وهو حصة في نقود بأكثر من قيمته وبتمن مؤجل^(٦٠). فهذا القول يؤدي إلى عدم ضبط التعامل مع النقود والديون، ويفتح باب التعامل بالمحرمات بحجة عدم امتلاك أصول الشركة فينبغي سده.

٥٥- من أمثلة القوانين التي تنصّ على الشخصية الاعتبارية للشركة قانون الشركات الكويتي فقد جاء في مادة (١٢٦) الآتي: «تكتسب الشركة الشخصية الاعتبارية من تاريخ صدور قرار بتأسيسها». ينظر: قانون الشركات رقم ١ لسنة ٢٠١٦م، التشريعات الكويتية، (٩٨/١٠).

٥٦- زكاة الأسهم، يوسف بن عبد الله الشبيلي، (ص/٤). الشخصية الاعتبارية ذات المسؤولية المحدودة، د. محمد علي الفري، (ص/١٤-١٥)، نقلاً عن: التكييف الفقهي لأسهم شركات المساهمة ضمن مؤتمر شوري الفقهي السادس، د. نزيه كمال حماد، (ص/٢٠٩).

٥٧- محل عقد تداول الأسهم، رياض منصور الخليلي، (ص/٦٦).

٥٨- الأسهم الجائزة والمحظورة، د. سعد بن تركي الخثلان، بحث مقدم إلى مؤتمر أسواق الأوراق المالية والبورصات بكلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات، (ص/٦-٧).

٥٩- الأسهم الجائزة والمحظورة، د. سعد بن تركي الخثلان، (ص/٦-٧).

٦٠- التكييف الفقهي لأسهم شركات المساهمة ضمن مؤتمر شوري الفقهي السادس، د. حسين حامد حسان، (ص/١٨٠).



الثالث: لم يتفق القانونيون على أن الشركة المساهمة لها شخصية اعتبارية مستقلة، بل اختلفوا في ذلك، فمنهم من ينفيها، ومنهم من يعتبرها مجازاً قانونياً، ومنهم من لا يعتبر الشركة إلا بأشخاص مساهميها^(٦١).

الرابع: أنه على فرض التسليم بالشخصية الاعتبارية للشركة لجريان العرف بها، فإن ذلك للضرورة وشدة الحاجة لها ولا يقتضي فصل السهم عن موجودات الشركة، فيكون المساهم مالكا لجزء مشاع من الشركة بما فيها شخصيتها الاعتبارية^(٦٢). كما أن هذا يعدّ فصلاً تعسفياً لا يسندُه المنطق؛ حيث يتفق الفقه والقانون على أن حملة الأسهم هم ملاك الشركة، ولهم نصيبهم من الموجودات عند التصفية^(٦٣)، وتزيد ملكيتهم بتوسع موجودات الشركة، وكونهم لا يقررون رأيهم في كل موضوعات الشركة واستثماراتها، فهو لما تمثله الشركة من عدد كبير من المساهمين، يصعب الرجوع إليهم في جميع ذلك، فكان من المصلحة قيام مجلس الإدارة^(٦٤).

الخامس: من المعلوم أن المساهمين يملكون موجودات الشركة في عرف الفقه والقانون والتعامل التجاري، فلماذا انتقلت ملكية الموجودات إلى الشخصية الاعتبارية للشركة، ثم ترجع الملكية إلى مساهمين عند تصفية الشركة؟

٢. القياس على الشخصية الاعتبارية للموقوف على معين، فإن الوقف له شخصية وذمة مالية مستقلة عن الواقف والموقوف عليه، والموقوف على معينين ينتقل إلى ملكهم^(٦٥)، فالموقوف عليهم يملكون موجودات الموقوف بشخصيته الاعتبارية، لكنه ملك غير مباشر، فلا يحق لهم التصرف فيه، وكذلك الحال بالنسبة لحملة الأسهم فهم يملكون حصة شائعة في الشخصية الاعتبارية للشركة، وملكهم لموجودات الشركة غير مباشر، وعدم قدرة الموقوف عليهم من بيع حصتهم وتداولها لا يؤثر في التكليف الفقهي للسهم^(٦٦).

٣. أن الذمة المالية للشركة منفصلة عن المساهمين، لذلك تفرض القوانين على الشركة ضريبة الدخل بشكل منفصل عن ضريبة الدخل الخاصة بالأفراد، دون أن يعدّ ذلك ازدواجا ضريبيا^(٦٧).

٦١- التكليف الفقهي للسهم، فهد الجبيني، (ص/٢٢)، نقلاً عن: تحقيق الخلاف في تكليف سهم الشركة المساهمة وأثره، د. خالد بن مفلح آل حامد، (ص/٤٩).

٦٢- تحقيق الخلاف في تكليف سهم الشركة المساهمة وأثره، د. خالد بن مفلح آل حامد، (ص/٤٩). الأسهم والسندات وأحكامها في الفقه الإسلامي، د. حسن عون العرياني، (ص/١٢). التكليف الفقهي لأسهم شركات المساهمة ضمن مؤتمر شوري الفقهي السادس، د. حسين حامد حسان، (ص/١٧٧).

٦٣- التكليف الفقهي لأسهم شركات المساهمة ضمن مؤتمر شوري الفقهي السادس، د. عبد الناصر أبو البصل، (ص/٢٦٤).
٦٤- المثلي والقيمي في الشريعة وعلاقتها بالتعويض عن الأسهم، د. زيد بن عبد العزيز الشثري، أبحاث الندوة العاشرة المتعلقة بأحكام نوازل المعاملات المعاصرة المتعلقة بالأسهم، (ص/٩٧).

٦٥- هذا مذهب الحنابلة على الصحيح، والشافعية في أحد القولين. ينظر: البيان في مذهب الإمام الشافعي، يحيى بن أبي الخير العمراني، (٦٩/٨). المجموع شرح المذهب، يحيى بن شرف النووي، (٣٤٤/١٥). المغني، عبد الله بن أحمد بن قدامة، (٦/٦).

٦٦- زكاة الأسهم، يوسف بن عبد الله الشيبلي، (ص/٥). التكليف الفقهي لأسهم شركات المساهمة ضمن مؤتمر شوري الفقهي السادس، د. يوسف بن عبد الله الشيبلي، (ص/٢٣٥).

٦٧- أحكام المثلي والقيمي وعلاقتها بالأسهم، د. خالد محمد السيار، أبحاث الندوة العاشرة (٢٥-٢٦/١٢-٢٠١٧ بجدة) المتعلقة بأحكام نوازل المعاملات المعاصرة المتعلقة بالأسهم، (ص/٦٦).



يستدل لهذا القول بما استدل به القول الثاني، من أن القيمة السوقية للسهم تختلف عن القيمة الاسمية له، مما يدل على عدم ارتباط السهم بقيمة موجودات الشركة^(٦٨). ونوقش هذا الدليل بما نوقش به دليل القول الثاني.

٤. إن حملة الأسهم لا يحق لهم التصرف في موجودات الشركة بيعاً أو رهناً أو استردادها أو نحو ذلك، فهذا يدل على أن المساهم لا يملك بسهمه حصة شائعة من موجودات الشركة^(٦٩).

نوقش هذا الدليل من وجهين^(٧٠)

الأول: أننا لا نسلم بذلك؛ لأن المساهم يأخذ نصيبه من موجودات الشركة إذا تم تصفيته، وهذا يدل على ملكه لها.

الثاني: أن منع المساهم من التصرف في موجودات الشركة لا يخرج من كونه يمثل حصة شائعة في موجودات الشركة، وهذا المنع حتى تستمر الشركة في عملها ولا تتوقف ببيع المساهم حصته من الموجودات أو رهنها أو نحو ذلك، وهذا من قبيل الشروط التي وافق عليها المساهم ولا مانع منه شرعاً.

٥. القول بأن السهم يمثل حصة شائعة من موجودات الشركة يترتب عليه لوازم لا يقول بها أصحابها؛ كالمنع من تداول الأسهم التي يغلب عليها النقود والديون؛ كأسهم البنوك الإسلامية، وتعليقهم بأن النقود والديون تابعة لنشاط الشركة أو لحقوقها المعنوية غير مسلم به؛ لأن النشاط والحقوق المعنوية ليست مقصودة بالشراء. أما بناء على القول بأن السهم يمثل حصة شائعة في الشخصية الاعتبارية للشركة غير وارد عليه هذا الإلزام؛ لأن النقود والديون تابعة لتلك الشخصية، فلا تمنع البيع أياً كانت نسبته فيها، عملاً بقاعدة التبعية في الفقه الإسلامي^(٧١).

٦. القول بأن السهم يمثل حصة شائعة في موجودات الشركة يخالف حكم الشرع في العلم بمحل عقد البيع، والقدرة على التسليم، وعند تعذر ذلك يدل أن السهم لا يمثل حصة شائعة في موجودات الشركة^(٧٢).

نوقش هذا الدليل من وجوه عدة^(٧٣):

أولاً: العلم بموجودات الشركة يتم من خلال الاطلاع على المركز المالي للشركة، وذلك كالمضاربة الجماعية فالودع عند المؤسسة المالية يدخل في شركة عنان ضمنية مع المضاربة وهو العلم على وجه التعيين بمضدرات الشركة ومع ذلك صحت المشاركة.

٦٨- زكاة الأسهم، د. يوسف بن عبد الله الشيبلي، (ص/٦).

٦٩- زكاة الأسهم، د. يوسف بن عبد الله الشيبلي، (ص/٥).

٧٠- تحقيق الخلاف في تكييف سهم الشركة المساهمة وأثره، د. خالد بن مفلح آل حامد، (ص/٤٩-٥٠).

٧١- زكاة الأسهم، د. يوسف بن عبد الله الشيبلي، (ص/٦).

٧٢- التكييف الفقهي لأسهم شركات المساهمة ضمن مؤتمر شوري الفقهي السادس، د. حسين حامد حسان، (ص/١٧٣-١٧٤).

٧٣- التكييف الفقهي لأسهم شركات المساهمة ضمن مؤتمر شوري الفقهي السادس، د. حسين حامد حسان، (ص/١٧٣-١٧٤).



ثانياً: أن العلم بالمبيع يكون بحسب طبيعة محل التصرف. فإذا تعذر العلم بالمبيع يكفي العلم بقيمته، وهذه الجهالة اليسيرة مغتفرة بالمعاوضات للضرورة أو الحاجة الماسة؛ كالعلم بجدار الدار المباعة.

ثالثاً: أن الاعتراض بجهالة موجودات الشركة وعدم القدرة على التسليم يقال مثله أو أشد منه في الشخصية المعنوية؛ لأنها شيء حكمي لا تعرف قيمته، ولا يعلم بها إلا من خلال الاطلاع على مركزها المالي وموجوداتها.

٧. أن حامل السهم يمثل الصفة الدائنية، أي أن الشركة تنشأ على ذمتها التزامات حقوقية بمجرد إصدارها للأسهم، بحيث تكون الشركة المصدرة للأسهم مدينة بمجموعة التزامات دائنية نحو المساهمين^(٧٤).

نوقش هذا الدليل: بعدم التسليم؛ لأن رأس مال الشركة يمثل مجموع الأسهم، ومن ثم يكون ملاك الأسهم هم ملاك الشركة، وإذا كان ملاك الأسهم يحملون الصفة الدائنية فتكون الشركة مدينة لهم وهم يملكونها، فيكونون مدينين لأنفسهم، وهذا غير سليم من الناحية العملية والقانونية؛ لافتراق صفة الدائن عن المالك^(٧٥).

كما أن هذه الالتزامات الدائنية إذا خضعت للمتاجرة والتداول الربحي فإنما ذلك هو عين الربا المحرم في الفقه الإسلامي^(٧٦)، وهذه الصفة الدائنية تؤدي إلى إبطال التعامل مع الشركات المساهمة.

٨. شركة المساهمة تمثل شركة ملك وليس شركة عقد.

نوقش هذا الدليل: أن الصفة التعاقدية موجودة في الشركة منذ فكرة تأسيسها؛ كوجود عقد التأسيس^(٧٧) الذي يوقع عليه الشركاء المؤسسون، وعقد الاكتتاب وشراء الأسهم الذي يدخل به المساهمون في الشركة، وهذه الصفة التعاقدية تبين أن المساهمين شركاء في تملك الشركة بجميع موجوداتها. كما أن اعتبار شركة المساهمة شركة ملك لا شركة عقد تجعل تصرفات حملة الأسهم وإدارتهم العقدية التي بموجبها تم انتخاب مجلس الإدارة للقيام بأعمالهم إدارة مفرغة من مضمونها ولا تعكس الحقيقة على الإطلاق، والتنظيم الفقهي والقانوني يأبى ذلك^(٧٨).

٩. القياس على معاملات العبيد؛ فإنه يصح للعبد أن يملك شقصاً مع كونه ملكاً لسيد، وما يملكه العبد من مال يكون له وليس لسيد، وكذلك الشركة المساهمة بشخصيتها الاعتبارية تملك موجوداتها دون المساهمين الذين يملكون حصة شائعة في الشخصية

٧٤- فتوى شرعية بشأن حظر نظام (تداول الأسهم) في سوق الأوراق المالية، د. رياض منصور الخليلي، (ص/١٦). وذكر أن هذا مذهب المحققين من فقهاء القانون.

٧٥- التكليف الفقهي لأسهم شركات المساهمة ضمن مؤتمر شورى الفقهي السادس، د. عبد الناصر أبو البصل، (ص/٢٦٢).

٧٦- فتوى شرعية بشأن حظر نظام (تداول الأسهم) في سوق الأوراق المالية، د. رياض منصور الخليلي، (ص/١٦).

٧٧- فقد عرف عقد الشركة في قانون الشركات الكويتي أنه: «عقد تأسيس الشركة أو عقد التأسيس والنظام الأساسي إن وجد». ينظر: قانون الشركات رقم ١ لسنة ٢٠١٦م، التشريعات الكويتية، (ص/٢٥).

٧٨- التكليف الفقهي لأسهم شركات المساهمة ضمن مؤتمر شورى الفقهي السادس، د. عبد الناصر أبو البصل، (ص/٢٦٧، ٢٦٤).



الاعتبارية للشركة ولا يحق لهم التصرف في الموجودات. كما أن مال العبد يصير لسيده عند موته؛ كحال الشركة عند التصفية تنتقل موجوداتها إلى المساهمين^(٧٩).

نوقش هذا الدليل من وجوه عدة^(٨٠)

الأول: أن ملكية العبد للمال مسألة فقهية خلافية لا يصح القياس عليها.

الثاني: أنه قياس مع الفارق؛ لأن الفقهاء الذين قالوا بصحة تملك العبد للمال أناطوا الحكم بتمتع العبد بالصفة الإنسانية على الخصوص؛ خلافاً للشخصية الاعتبارية للشركة. كما أن العبد مملوك الرقبة لسيده، بينما الشركة المساهمة ليست مملوكة لأحد.

الثالث: أنه علي فرض التسليم بصحة القياس، فإنه يلزم منه أن يكون ملك الشركة للموجودات ملكاً ناقصاً، غير تام؛ لأن ملك المقيس عليه وهو العبد ناقص وغير تام، وهذا مخالف لما عليه واقع الشركات.

١٠. أن السهم يمثل حق المساهم في حصة من ريع الشركة، وفي نصيبه من أصول الشركة عند تصفيتها، وهذا الحق يعدّ مالاً^(٨١)؛ لأن له قيمة، وفيه منفعة مباحة، وقد تعارف الناس على التعامل به، فلذلك يعدّ السهم حقاً مالياً؛ كأخذ الزوجة العوض عن سائر حقوقها من القسم والوطء، وجواز تنازل الرجل عن حقه في المزايدة بعوض مالي ونحو ذلك من الحقوق التي يقابلها التزام بفعل شيء أو الامتناع عنه مقابل عوض مالي^(٨٢).

نوقش هذا الدليل: أن أخذ الزوجة للعوض مقابل حقه وكذلك أخذ الرجل للعوض مقابل التنازل عن حقه في المزايدة، هذه الحقوق تصح أن تكون مبيعاً، بينما حق المساهم في حصة من ريع الشركة لا يصح أن يكون مبيعاً؛ لأنه أمر قد يتحقق وقد لا يتحقق، بخلاف الحقوق المذكورة فهي محققة.

١١. أحياناً يرفع بعض المساهمين قضايا في المحكمة ضد الشركة، ويكون المدعى عليه هو الشخصية الاعتبارية للشركة، وليس مجلس الإدارة أو العاملين فيها، وهذا يدل على استقلال الشركة عن حملة أسهمها، وهذا بخلاف شركة العنان، كما لا يمكن أن يقال إنها عبارة عن مجموعة من الشركاء؛ لأنهم حينئذ سيرفعون القضايا ضد أنفسهم^(٨٣).

١٢. إن الشركة المساهمة إذا أسست شركة تابعة لها وكانت تملكها مالاً تاماً، لا يعد ذلك اندماجاً بين الشركتين، ولا يؤثر في ذلك اتحاد الملاك أو أعضاء مجلس الإدارة، وذمة كل

٧٩- الشخصية الاعتبارية ذات المسؤولية المحدودة، د. محمد علي القرني، (ص/٤٨-٥٠)، نقلاً عن: التكييف الفقهي لأسهم شركات المساهمة ضمن مؤتمر شوري الفقهي السادس، د. نزيه كمال حماد، (ص/١٩٧).

٨٠- التكييف الفقهي لأسهم شركات المساهمة ضمن مؤتمر شوري الفقهي السادس، د. نزيه كمال حماد، (ص/١٩٩-٢٠٠).

٨١- المال: «كل ما تمتد إليه الأطماع، ويصلح عادة وشرعاً للانتفاع به». ينظر: رد المختار على الدر المختار، محمد أمين ابن عابدين، (٥١/٥).

٨٢- البيان والتحصيل، محمد بن أحمد بن رشد الجد، (٢٩٣/٨). حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن أحمد الدسوقي، (٣٤١/٢). التكييف الفقهي لأسهم شركات المساهمة ضمن مؤتمر شوري الفقهي السادس، د. محمد علي القرني، (ص/٢٢٣).

٨٣- التكييف الفقهي لأسهم شركات المساهمة ضمن مؤتمر شوري الفقهي السادس، د. محمد علي القرني، (ص/٢٢٦).



واحدة مستقلة عن الأخرى، فلا تسأل الشركة الأم عن ديون الشركة التابعة أو العكس، بل يكون الوضع المادي منفصلاً بينهما، فهذا يدل على استقلال الشركة المساهمة بنفسها، وانفصالها عن المساهمين^(٨٤).

١٣. إن الشركة المساهمة لم تعد تصدر الأسهم بقيم اسمية، بل تصدرها على صفة سهم يباع بالمزاد، ثم يتحدد قيمته الحقيقية في المزاد السوقي عند التداول، أو في مرحلة الاكتتاب التي تكون محل مزايدة، وإذا كان السهم يصدر بقيمة اسمية في بداياته حتى يشبه سندات الدين التي سبقتها بالظهور، إلا أن هذه القيم تكون نظرية ولا تمثل أي التزام مع الشركة بدفع ذلك المبلغ، وهذا يدل على أن السهم لا يمثل رأس مال الشركة بل يمثل ثمن الشركة التي تحدد في المزاد العلني^(٨٥).

١٤. تنصّ القوانين على إمكانية تأسيس شركة مساهمة يملكها شخص واحد سواء كان طبيعياً أم اعتبارياً، وهذا لا يغير من أحكامها القانونية، فملكية الفرد الواحد للشركة ينفي عنها وصف الشركة وتظهر أنها شخصية اعتبارية مستقلة، والاشتراك بها أمر عرضي قد يحدث وقد لا يحدث^(٨٦).

نوقش هذا الدليل: أن هناك قوانين تشترط اشتراك عدد معين من الأفراد عند تأسيس شركة مساهمة، فقد جاء في المادة (١٢١) من قانون الشركات الكويتي التي نصّت على ما يأتي: «يجب أن يشمل عقد شركة المساهمة العامة على البيانات التالية: ١- اسم الشركة. ٢- مركزها الرئيسي. ٣- مدة الشركة إن وجدت. ٤- الأغراض التي أسست الشركة من أجلها. ٥- أسماء الشركاء المؤسسين، ولا يجوز أن يقل هؤلاء عن خمسة أشخاص...»^(٨٧).

١٥. الشركات المعروفة في الفقه الإسلامي تنشأ عن عقد يتحقق فيه الإيجاب والقبول بين أطرافها، فهي عقد بين اثنين أو أكثر، ولا تصح فيها الموافقة من جانب واحد. والعقد يجب أن يكون منصبا على القيام بعمل مالي بقصد الربح، ولا يصح أن يكون منصبا على دفع المال فقط أو مجرد الاشتراك، فالقيام بالعمل المالي محصور بين العاقدين، إما منهما، أو من أحدهما ومال الآخر. وأما شركة المساهمة فلا تعدّ عقد شركة؛ لأنها لم يتوافر فيها طرفان أو أكثر يتولى أحدهما الإيجاب والآخر القبول، بل يتمق المساهمون على شروط الاشتراك، ثم يضعون صكاً يحتوي على نظام الشركة يوقع عليه كل من يريد الاشتراك. فالشركة المساهمة ليست اتفاقاً بين اثنين، بل لها طبيعة مختلفة يمنحها القانون الوجود ولا عبء بوجود الشركاء أو رأس المال^(٨٨).

٨٤- التكليف الفقهي لأسهم شركات المساهمة ضمن مؤتمر شوري الفقهي السادس، د. محمد علي القري، (ص/٢٢٦-٢٢٧).

٨٥- التكليف الفقهي لأسهم شركات المساهمة ضمن مؤتمر شوري الفقهي السادس، د. محمد علي القري، (ص/٢٢٤).

٨٦- التكليف الفقهي لأسهم شركات المساهمة ضمن مؤتمر شوري الفقهي السادس، د. محمد علي القري، (ص/٢٢٥).

٨٧- قانون الشركات رقم ١ لسنة ٢٠١٦م، التشريعات الكويتية، (١٠/٩٤-٩٥).

٨٨- النظام الاقتصادي في الإسلام، تقي الدين النبهاني، (ص/١٦٦-١٦٧). التكليف الفقهي لأسهم شركات المساهمة ضمن

مؤتمر شوري الفقهي السادس، د. محمد علي القري، (ص/٢٢٤-٢٢٥).



المطلب الخامس

الرأي المختار

بعد عرض الأقوال الثلاثة، وبيان حقيقتها، وأدلتها، ومناقشتها، بطريقة منهجية علمية موضوعية، ولكل قول منها ما يسوغ اجتهاده في هذه المسألة، وفي الأقوال جميعها نظر في التكييف الفقهي الذي ارتضاه صاحبه، وقد بيّنت ذلك عند عرض هذه الأقوال ومناقشتها .

لذلك نرى أن القول الثالث الذي نادى به بعض الفقهاء المعاصرين؛ أ. د. نزيه حماد، أ. د. محمد القري، د. خالد السيارى... وغيرهم، والذي اتجه لاعتبار السهم حقاً للمساهم في الشركة، حيث يحصل على الأرباح عند توزيعها، بالإضافة إلى حصوله على نسبة من أموال الشركة عند تصفيتها، وحينئذ يستمد السهم قيمته من قوة الشركة ومركزها المالي. «والمساهم يملك السهم لكنه لا يملك حصة في موجودات الشركة؛ لأن هذه الموجودات ملك للشركة نفسها باعتبارها شخصاً قانونياً معنوياً قائماً بذاته، ولذلك صرحوا أن السهم من الأموال المنقولة، ولو كانت موجودات الشركة كلها من العقارات؛ لأن السهم ليس حصة في تلك العقارات، وإنما هو شيء قائم بذاته، يخوّل حامله حقوقاً على الشركة»^(٨٩) هو رأي أكثر واقعية من حيث النظر القانوني والاقتصادي ولا يخفى ما لهذا النظر من تأثير في التكييف الفقهي. وإن كنا نختلف معه في بعض أوجه قياس بعض مسائل الشركة المساهمة على مسألة ملكية العبد التي فيها خلاف للفقهاء، وقد أحسن بيانها بوضوح أ. د. نزيه حماد^(٩٠) وسبق مناقشة الاعتراضات عليها.

وتتجلى واقعية هذا الرأي عبر مظاهر عدة منها:

١. ما عليه العمل في الشركات المساهمة التي نظمتها القوانين والتشريعات في الدول الغربية بداية ثم تقبلتها القوانين في الدول العربية والإسلامية.. فهذه القوانين هي أنتجت هذا المنتج، وجعلت للشركة المساهمة كياناً قانونياً معنوياً، يفصل بين الشخصية الاعتبارية للشركة وحملة الأسهم، ويمنحها ذمة مالية مستقلة عن ذمم حملة الأسهم، وعلى هذه الأسهم تجري عمليات الاستثمار والتداول، ومحل العقد في بيعها هو ذلك الحق... فملكية المساهم للسهم هي باعتباره ورقة مالية تخوله حقوقاً على الشركة، وليس باعتباره حصة شائعة في موجوداتها^(٩١). ولذلك ينبغي الرجوع إلى تلك القوانين وتشريعاتها ولوائحها المنظمة لعمل هذه الشركات والإفادة منها في التكييف الفقهي، وليس الاقتصار على شركة العنان وتأسيس شركات المساهمة عليها؛ لأن هناك فروقاً جوهرية بينهما، لاعتبارات متعددة؛ كالخصائص والمقاصد والشروط، وماهية السهم والمسؤولية، فالسهم في شركة العنان يمثل حصة في موجودات الشركة، وأما السهم في الشركة المساهمة فيمثل حقاً مالياً، يعطي حامله الحق في الحصول على عوائد عند التوزيع من جهة، وحصة في الموجودات عند تصفية الشركة. ومن حيث المسؤولية في شركة العنان يكون الشركاء

٨٩- أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة د. مبارك آل سليمان (١٠٩/١٠٨). نقلا عن «التكييف الفقهي لأسهم شركات المساهمة ضمن مؤتمر شوري الفقهي السادس، د. نزيه كمال حماد، (ص/٢١٠).

٩٠- التكييف الفقهي لأسهم شركات المساهمة ضمن مؤتمر شوري الفقهي السادس، د. نزيه كمال حماد، (ص/١٩٩-٢٠٢).

٩١- التكييف الفقهي لأسهم شركات المساهمة ضمن مؤتمر شوري الفقهي السادس، د. نزيه كمال حماد، (ص/٢١١).



مسؤولين تجاه الدائنين في أموالهم مسؤولية غير محدودة؛ لأنهم يملكون موجوداتها ملكاً تاماً، أما شركة المساهمة فمسؤولية الشركاء فيها محدودة بما يملكون من الأسهم^(٩٢).

٢. اضطراب القيمة السوقية للأسهم، ارتفاعاً وانخفاضاً، وهذا لا يعود إلى حقيقة موجودات الشركة فحسب، فنجد بعض الشركات موجوداتها كبيرة، بينما أسهمها منخفضة، وأسهم بعض الشركات الخاسرة أعلى سعراً من أسهم الشركات الرابحة... إلخ... فهذا الاضطراب يعود لعوامل خارجية عدة لا سيما «قوى العرض والطلب وتوجهات المضاربة في سوق المال، وتوزيع الأرباح، وخطة الشركة وتوجهاتها المستقبلية، وتوقعات المضاربين... إلخ»^(٩٣)... لذلك القول الأول الذي جعل السهم يمثل حصة شائعة في موجودات الشركة بعيد عن الواقع الاقتصادي؛ إذ لو كان الأمر كذلك لكانت القيمة السوقية للسهم في هذه الشركات غير مضطربة، بل متوازنة بسبب ارتباطها بموجودات الشركة، ومن هنا ندرك واقعية القول الثالث اقتصادياً بسبب فصله بين السهم وموجودات الشركة، وتأثير قوة الشركة ومركزها المالي في قيمة السهم.

٣. بالإضافة إلى أن هناك علاقة عضوية بين الشركة المساهمة والبورصة؛ إذ تتحدد في البورصة جميع القيم التجارية والصناعية وأسعار الأسهم... إلخ، ومن ثم تتضح الشركات الناجحة عبر البورصة، ومستوى نجاح هذه الشركات يدفع الأفراد إلى شراء أسهمها... ولذلك ينظر مالك السهم إلى ما يمنحه هذا السهم له من حقوق ولا سيما تحقيق الربح بصرف النظر عن موجودات الشركة. وواقع التعامل في الأسواق المالية أن هناك علاقة طردية بين ربح السهم والطلب عليه، فكلما ازداد ربح السهم ارتفع الطلب عليه ومن ثم ارتفع سعره^(٩٤).

آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

٩٢- الشخصية الاعتبارية ذات المسؤولية المحدودة دراسة فقهية اقتصادية، د. محمد القري (ص/١٩-٢٠)، نقلًا عن التكليف الفقهي لأسهم شركات المساهمة ضمن مؤتمر شورى الفقهي السادس، د. نزيه كمال حماد، (ص/٢١١).

٩٣- الأسواق المالية، د. علي كنعان، (ص/٤٧).

٩٤- الأسواق المالية، د. علي كنعان، (ص/٤٧، ٩٦، ٩٧) بتصرف.



فهرس المصادر والمراجع

١. أحكام الاكتتاب في الشركات المساهمة، حسان بن إبراهيم السيف، بحث تكميلي مقدم لنيل درجة الماجستير في الفقه المقارن، دار ابن الجوزي-الكتيبات الإسلامية.
٢. أحكام المثلي والقيمي وعلاقتها بالأسهم، د. خالد محمد السياري، أبحاث الندوة العاشرة المتعلقة بأحكام نوازل المعاملات المعاصرة المتعلقة بالأسهم، نظمها البنك الأهلي التجاري المجموعة الشرعية، بجدة، ٢٥-٢٦/١٢/٢٠١٧م.
٣. أحكام المثلي والقيمي وعلاقتها بالأسهم، أ. د. نزيه كمال حماد، بحث مقدم للندوة العاشرة بجدة المتعلقة بأحكام نوازل المعاملات المعاصرة المتعلقة بالأسهم، البنك الأهلي التجاري المجموعة الشرعية، ٢٥-٢٦/١٢/٢٠١٧م.
٤. الاستثمار في الأسهم، د. علي محيي الدين القره داغي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة، العدد التاسع، ١٤١٥هـ-١٩٩٥م.
٥. الأسهم الجائزة والمحظورة، د. سعد بن تركي الخثلان، بحث مقدم إلى مؤتمر أسواق الأوراق المالية والبورصات بكلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات، ٦-٨ مارس ٢٠٠٧م.
٦. الأسهم والسندات وأحكامها في الفقه الإسلامي، د. أحمد بن محمد الخليل، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، الطبعة الثانية، صفر ١٤٢٦هـ.
٧. الأسهم والسندات وأحكامها في الفقه الإسلامي، د. حسن عون العرياني، المؤسسة العربية للبحث العلمي والتنمية البشرية.
٨. الأسواق المالية، د. علي كنعان، منشورات جامعة دمشق، كلية الاقتصاد، ١٤٢٩-١٤٣٠هـ، ٢٠٠٨-٢٠٠٩م.
٩. الأوراق المالية وأسواق رأس المال، د. منير إبراهيم هندي، توزيع منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٣م.
١٠. بحوث في الاقتصاد الإسلامي، عبد الله بن سليمان المنيع، المكتب الإسلامي، بيروت-دمشق-عمان، الطبعة الأولى، ١٤١٦هـ-١٩٩٦م.
١١. بداية المجتهد ونهاية المقتصد، محمد بن أحمد بن رشد الحفيد القرطبي، دار الحديث القاهرة، تاريخ النشر: ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.
١٢. البيان في مذهب الإمام الشافعي، يحيى بن أبي الخير العمراني، المحقق: قاسم محمد النوري، دار المنهاج - جدة، الطبعة: الأولى، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م.
١٣. البيان والتحصيل، محمد بن أحمد بن رشد الجد القرطبي، حققه: د محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت-لبنان، الطبعة الثانية، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.



١٤. تحقيق الخلاف في تكييف سهم الشركات المساهمة وأثره «دراسة تأصيلية فقهية تطبيقية»، د. خالد بن مفلح آل حامد، بحث محكم في مجلة العدل، العدد ٥٩، رجب ١٤٣٤هـ-السنة الخامسة عشرة.
١٥. التطبيقات المعاصرة للتعاملات الواردة على الأسهم، أبحاث الندوة العاشرة المتعلقة بأحكام نوازل المعاملات المتعلقة بالأسهم، د. صالح بن عبد الله اللحيدان، نظمها البنك الأهلي التجاري- المجموعة الشرعية، بجدة، ٢٥-٢٦/١٢/٢٠١٧م.
١٦. التكييف الفقهي لأسهم شركات المساهمة، د. حسين حامد حسان ضمن أبحاث مؤتمر شورى الفقهي السادس، المنعقدة في الكويت، ١٦-١٧ نوفمبر ٢٠١٥م.
١٧. التكييف الفقهي لأسهم شركات المساهمة، أ. د. عبد الناصر أبو البصل، ضمن مؤتمر شورى الفقهي السادس، المنعقدة في الكويت، ١٦-١٧ نوفمبر ٢٠١٥م.
١٨. التكييف الفقهي لأسهم شركات المساهمة، د. محمد علي القرني، ضمن مؤتمر شورى الفقهي السادس، المنعقدة في الكويت، ١٦-١٧ نوفمبر ٢٠١٥م.
١٩. التكييف الفقهي لأسهم شركات المساهمة، أ. د. نزيه كمال حماد، ضمن مؤتمر شورى الفقهي السادس، المنعقدة في الكويت، ١٦-١٧ نوفمبر ٢٠١٥م.
٢٠. التكييف الفقهي لأسهم شركات المساهمة، أ. د. يوسف عبد الله الشبيلي، ضمن مؤتمر شورى الفقهي السادس، المنعقدة في الكويت، ١٦-١٧ نوفمبر ٢٠١٥م.
٢١. التكييف الفقهي للسهم في الشركات المساهمة وأثره، د. فهد اليحيى.
٢٢. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، دار الفكر.
٢٣. الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، علي بن محمد الماوردي البصري البغدادي، المحقق: الشيخ علي محمد معوض -الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ-١٩٩٩م.
٢٤. حكم تداول أسهم الشركات التي في مرحلة التأسيس (شركة الصحراء للبتروكيماويات أنموذجاً)، د. يوسف بن عبد الله الشبيلي.
٢٥. رد المحتار على الدر المختار، محمد أمين عابدين الدمشقي الحنفي ابن عابدين، دار الفكر-بيروت، الطبعة الثانية، ١٤١٢هـ-١٩٩٢م.



مؤتمر شورة الفقهي الثامن 8th Shura Fiqh Conference

فندق فور سيزونز - دولة الكويت
12-11 ربيع الآخر 1441 هـ - 9-8 ديسمبر 2019 م

البحث الثاني

فضيلة الشيخ / د. العياشي فداد

(سيتم توزيعه في المؤتمر)

الرعاة الرئيسة



بيت التمويل الكويتي
Kuwait Finance House



الرعاة الفضية

موفتبيك
فندق وريزيدنس برج هاجر مكة



بنك بويان
Boubyan Bank

الرعاة الذهبية

الإمتياز
ALIMTAZ GROUP

الرعاة البلاطينية

البنك الأهلي المتحد
ahli united bank



الأهلي
NCB



الشركاء المحليين



شركة سمكار لخدمات
تأجير السيارات

الشركاء الاستراتيجيين



اتحاد مصارف الكويت
Kuwait Banking Association

بالتعاون مع



الجمعية الإسلامية للتمويل والتجارة

تنظيم



بيت التمويل الكويتي
Kuwait Finance House



مؤتمر شورى الفقهي الثامن 8th Shura Fiqh Conference

فندق فور سيزونز - دولة الكويت
12-11 ربيع الآخر 1441 هـ - 9-8 ديسمبر 2019 م

البحث الثالث

التكليف الفقهي لشركة المساهمة وأسهمها

فضيلة الشيخ / د. علي محمد نور

الرعاة الرئيسة



بيت التمويل الكويتي
Kuwait Finance House



الرعاة الفضية

موفتبيك
فندق وريزيدنس برج هاجر مكة



بنك بويان
Boubyan Bank

الرعاة الذهبية

الإمتياز
ALIMTIJAZ GROUP

الرعاة البلاطينية

البنك الأهلي المتحد
ahli united bank



الأهلي
NCB

النقل المحل



شركة سمكار لخدمات
تأجير السيارات

الشريك الاستراتيجي



بالتعاون مع



الجمعية الإسلامية للتمويل والتجارة

تنظيم



بيت التمويل الكويتي
Kuwait Finance House



مقدمة:

أُحْمَدُكَ رَبِّي عَلَى عَظِيمِ آلَائِكَ، وَأَشْكُرُكَ عَلَى تَوَالِي إِعْطَائِكَ، لَكَ الْحَمْدُ كُلُّهُ، وَلَكَ الشُّكْرُ كُلُّهُ، وَإِلَيْكَ يَرْجِعُ الْأَمْرُ كُلُّهُ، أَبْرَأُ إِلَيْكَ اللَّهُمَّ مِنْ حَوْلِي وَقَوْلِي إِلَى حَوْلِكَ وَقَوْلِكَ، وَحَدِّكَ لَا شَرِيكَ لَكَ، اللَّهُمَّ صَلِّ عَلَى مُحَمَّدٍ وَعَلَى آلِ مُحَمَّدٍ، كَمَا صَلَّيْتَ عَلَى إِبْرَاهِيمَ وَعَلَى آلِ إِبْرَاهِيمَ؛ إِنَّكَ حَمِيدٌ مُجِيدٌ.

وبعد :

فإنه من المعلوم ما تحتله شركات المساهمة من أهمية بالغة في الواقع المعاصر؛ فهي تُعد إحدى أدوات النظام الاقتصادي المعاصر، ولها دورٌ كبيرٌ في القيام بالمشروعات الكبرى التي وَاكَبَتْ عصر الصناعة والاكتشافات الحديثة في كونها أداة (mechanism) لتوفير رأس المال الضروري للقيام بالمشروعات الكبرى.

وقد استقرَّ الاجتهادُ الفقهي المعاصر على القبول بشركة المساهمة من حيث الأصل، وبذلك صدرت قراراتُ المَجامعِ الفقهية ومُؤسَّسات الاجتهاد الجماعي، غير أن المستجدات المتعلقة بهذه الشركات أوجبت إعادة النظر في حقيقة شركة المساهمة وعلاقتها بالمساهمين والأطراف الأخرى (stakeholder)، والتكييف للأوراق المالية التي تُصدرها هذه الشركات، وقد ترتب على ذلك ظهور نظريات متعددة حول طبيعة هذه الشركة في القانون والاقتصاد والمحاسبة والفقهِ الإسلامي، والذي يقصد منه بيان واقعها، وما ينبغي أن يُصدر بشأن هذه الشركات من تنظيمات وقوانين، كما يترتب عليه تنزيل الأحكام الشرعية على شركة المساهمة والأوراق المالية التي تُصدرها؛ إذ الحكم على الشيء فرعٌ عن تصوُّره.

وقد رَغِبَتِ اللجنة العلمية لمؤتمر شورى الفقهي في إعادة موضوع (التكييف الفقهي لأسهم شركات المساهمة)، الذي عرض في المؤتمر السادس؛ لاستكمال ما طرح في المؤتمر من بحوث محررة ومناقشات متينة؛ بهدف التوصل إلى تكييف وتأسيس فقهي سديد، يُعين على صحة تصوُّر ماهيته، وإدراك حقيقته، وحل الإشكالات المتعلقة به، وحسم النزاع في أحكام مسائله ومتعلقاتها.

وقد رأيتُ أن تحرير القول في تكييف الأسهم في شركة المساهمة يتوقَّف على التصور الدقيق لشركة المساهمة، وتحرير التكييف الفقهي لهذه الشركة. وما لم يتحرر القول في هذه المسألة فليس من اليسير الوصول إلى تحرير واضح لها، ولهذا رأيتُ أن يكون عنوان البحث:

(التَّكْيِيفُ الفِقهِيُّ لِشَرِكَةِ المِساهَمَةِ وَأَسْهُمِها).



وقد انتظم الكلام على هذا الموضوع فيما يلي:

المبحث الأول: حقيقة شركة المساهمة في الفقه والقانون.

أولاً: تعريف شركة المساهمة، وخصائصها.

ثانياً: حقيقة شركة المساهمة في القانون.

ثالثاً: التكييف الفقهي لشركة المساهمة.

المبحث الثاني: التكييف الفقهي للسهم.

أولاً: تعريف السهم، وخصائصه.

ثانياً: التكييف الفقهي للسهم.

والله أسأل أن ينفع بهذا البحث كاتبه وقارئه، وأن يجعله خالصاً لوجهه الكريم، وهو حسبي ونعم الوكيل، وصلى الله وسلم على نبينا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين.



المبحث الأول: حقيقة شركة المساهمة في الفقه والقانون

أولاً- تعريف شركة المساهمة:

يُعرَّف نظامُ الشركات السعودي في المادة الثانية والخمسين شركة المساهمة بأنها: «شركة رأس مالها مقسَّمٌ إلى أسهمٍ متساوية القيمة وقابلة للتداول، وتكون الشركة وحدها مسؤولة عن الديون والالتزامات المترتبة على ممارسة نشاطها».

وتتمتاز شركة المساهمة بعدد من الخصائص^(١):

١. أن شركة المساهمة شركة أموال، ولا أساس فيها للاعتبار الشخصي، فالغرض الرئيس من تكوين شركة المساهمة هو جمع المال اللازم للقيام بمشروع معين، بصرف النظر عن شخصية المساهمين فيها، وبمجرد طرح أسهم هذه الشركة للاكتتاب يستطيع كل شخص أن يكون مساهماً في هذه الشركة، بالمشاركة في رأس مالها، ولا أثر لإفلاس المساهم أو تنازله عن أسهمه أو وفاته - على حياة الشركة واستمرارها.
٢. المسؤولية المحدودة للمساهم، فمسؤولية المساهم تكون بقدر نصيبه من الأسهم، فلا تتعدى مسؤوليته هذا القدر من المال.
٣. اسم شركة المساهمة مستند من غرضها، ولا يُعنون لها باسم أحد الشركاء، إلا في حدود استثنائية جداً، وذلك إذا ألت مؤسسة تجارية أو شركة أشخاص إلى شركة مساهمة، وقررت الاحتفاظ بالاسم الفردي لهذه المنشأة.
٤. عدم اكتساب المساهم صفة التاجر، ويترتب على ذلك أنه لا يشترط في المساهم توافر أهلية احتراف التجارة، كما لا يلزم المساهم بالتزامات التجار؛ وهذا عائد إلى مسؤوليته المحدودة، رغم أن الدخول في شركة المساهمة يعد عملاً تجارياً كما هو الشأن بالنسبة للاشتراك في أي شركة تجارية.

ثانياً- حقيقة شركة المساهمة في القانون:

بالرغم من أن بدايات شركات المساهمة تعود إلى بدايات القرن الثامن عشر الميلادي فإنها ظلت في تطور مستمر من حيث قوانينها المنظمة لها، تبعاً لحاجات العصر ومتطلباته، فظهرت الشركات القابضة، وشركة الشخص الواحد، وتتجدد النظريات حول حقيقة شركات المساهمة تبعاً لهذا التطور في طبيعة هذه الشركة والقوانين المنظمة لها.

وتهدف هذه النظريات إلى تحديد الإطار الذي يُنظر به لهذه الشركات، والموقف الذي ينبغي أن يتخذه القانون من هذه الشركات؛ لضبط الحقوق والالتزامات مع الأطراف ذات الصلة.

وفيما يلي أهم هذه النظريات حول الشخصية الاعتبارية للشركات، وهي كالاتي:

١- ينظر: الشركات التجارية، سميحة القليوبي: ٥٩٧، الشركات التجارية، خالد الرويس: ٢٧٢.



النظرية الأولى: نظرية التخيل (Fiction Theory)^(٣):

وتُعدُّ هذه النظرية من أقدم النظريات في بيان الشخصية الاعتبارية لشركة المساهمة أو (corporation company)، وترجع أصولها إلى العصور الوسطى، التي كانت تعتمد فكرة القانون (الطبيعي - الإلهي)، وتبناها عددٌ من فقهاء القانون في بداية القرن التاسع عشر، من أبرزهم الفقيه الألماني سافيني (Savigny).

والمطلقُ الأساسي لهذه النظرية أن مفهوم الشخص القانوني لا يُتصوَّر إلا للشخص الطبيعي الذي له جسدٌ وله إرادة، وهو الذي تُتَبَّت له الحقوق والالتزامات.

وبناءً عليه، فإن شركة المساهمة من حيث هي، لا يمكن أن تكتسب الشخصية القانونية الحقيقية، وإن جاز أن يُضفى عليها تلك الوصفية، فذلك من قبيل الخيال أو المجاز القانوني (Legal Fiction)، وهي تعبر عن الأشخاص الطبيعيين المكوِّنين لها، وهم المساهمون، ولا تعدو ذمة الشخصية الاعتبارية للشركة إلا أن تكون مجموعَ ذمم المساهمين، غير أن القانون يُفترض هذه الشخصية التخيلية لتسهيل التعامل معها. ويُعد المساهمون وفقاً لهذه النظرية هم المالكين لهذه الشركة، وأن غرض هذه الشركة تحقيق الأرباح لهم وتعظيم ثروتهم^(٣).

وأما محدودية مسؤولية المساهم في شركة المساهمة بما قدَّمه في رأس مال الشركة، فهو أمرٌ مستقل عن إثبات الشخصية الاعتبارية، ولا يقتضي إثبات الشخصية الاعتبارية لهذه الشركة استقلال الذمة المالية للشركة عن ذمم المساهمين؛ إذ القانون يعترف بالشخصية الاعتبارية لجميع الشركات، سواء الشركات المدنية أو الشركات التجارية ما عدا شركة المحاصة، بما فيها شركات الأشخاص، وإن كان ينظر إلى أن مسؤولية الشركاء في شركة التضامن من باب ضمان الشخصية الاعتبارية أمام دائئتها^(٤).

ويُنظر للمساهمين في هذه النظرية على أنهم الملاك لهذه الشركة، ويحقُّ لهم بناءً على ذلك اختيارُ مجلس الإدارة، والذين يُعدون وكلاء عنهم في إدارة الشركة، وللمساهمين حق المحاسبة والمراقبة على أداء مجالس الإدارة، وعليه يكون الهدف الذي تسعى إليه الشركة هو تعظيم أرباح المساهمين.

غير أن الواقع العملي لشركات المساهمة يجعل هذه الوكالة أمراً افتراضياً يصعب قبوله؛ إذ الوكالة تقتضي قدرة الموكل على التصرف بنفسه، وإلزام الموكل باتباع تعليماته، في حين أن المساهمين لا يملكون حق التصرف في أصول الشركة، وأعضاء مجلس الإدارة يتصرفون وفق تقديرهم الخاص بما يحقق غرض الشركة، وهو ما قد يترتب عليه تعارض بين مصلحة المنشأة مع مصلحة المساهمين، فلمجلس الإدارة تقديم صرف أرباح الشركة في التوسع في أعمال الشركة على توزيعها على المساهمين، الأمر الذي يجعل المديرين أقرب إلى كونهم أمناءً وأوصياء (Trustee) من كونهم وكلاء (Agents) عنهم^(٥).

٢- ينظر: التطورات العامة للقانون الخاص منذ مجموعة نابليون، ليون ديغي: ١٥٨-١٦٢، الاقتصاد والمجتمع: الاقتصاد والأنساق المجتمعية والقوى (تركة) القانون، ماكس فيبر: ٣١٩، أصول القانون، د. عبد المنعم الصدة: ٤٧٦، المدخل إلى

القانون، حسن كيرة: ٦٢٢، مفهوم الشخصية المعنوية بين الحقيقة والخيال، أبو زيد رضوان: ٢.

٣- ٣٧٨ - ٤٣٧، see: The Fundamental Rights of the Sharholders, Velasco Julian

٤- ينظر: تاريخ النظام المالي العالمي، لاري ألين: ٤٥، الشخصية الاعتبارية ذات المسؤولية المحدودة، القري: ١٤، ١٥.

٥- ٣٧٨ - ٤٣٧، see: The Fundamental Rights of the Sharholders, Velasco Julian



ولا يقتصر أصحاب هذه النظرية في تصوير الشخصية الاعتبارية لشركة المساهمة بأنها خيال قانوني، بل يسري القول فيها على جميع الأشخاص المعنوية، مثل الدولة؛ ولهذا أخذ عددٌ من الفلاسفة بهذا المبدأ في تفسير الدولة بأنها عقد اجتماعي، مثل جان جاك روسو وغيره من الفلاسفة؛ ولهذا تشبّه شركة المساهمة بأنها نموذجٌ للنظام الديمقراطي.

وتمتاز هذه النظرية بأنها تقوم على أساس تحليلي، وأنها أكثر مرونة، وتُساعد على تجاهل الشخصية الاعتبارية متى ما ظهرت الحاجة إلى ذلك، وهو ما يسمى برفع الحجاب (Lifting of the corporate veil)؛ ولهذا صدرت أحكام قضائية عدة بتحميل المساهمين أو مجلس الإدارة المسؤولية عن التزامات الشخصية المعنوية.

غير أن بعض أصحاب هذه النظرية اتجه إلى فرض نتائج معينة لا تُعدُّ لازمةً عند التحقيق؛ مثل اشتراط أن يعترف القانون بهذه الشخصية حتى يتم اعتبارها؛ وذلك لأغراضٍ غير علمية ليس من شأن هذا البحث الخوض فيها.

وقد انتقدت هذه النظرية بأنها لا تُفسّر شيئاً، فإما أن تكون الجماعات ليست لها إرادة تميّز عن إرادة أعضائها، وهي حينئذٍ لا تكون محللاً للحقوق، وإذا فلا يستطيع القانون مهما بلغ سلطانه أن يجعل للعدم وجوداً، وإما أن للجماعة في الواقع إرادة متميّزة عن أعضائها، وهي في هذه الحال تكون محللاً للحق من تلقاء نفسها، ولا تكون إذا ثمة فائدة من تدخل الشارع أو الحكومة؛ إذ لا معنى إطلاقاً لمنح ما هو لديها من قبل^(٧).

النظرية الثانية: نظرية الامتياز (Concession Theory)^(٧)؛

وهذه النظرية ترتبط بسيادة الدولة، وهي تعتمد على أن الشركة كيانٌ مصطنع (Artificial Entity) من قبل الدولة، وهي مجرد تنازل من الدولة لتحقيق غرض الشركة، ومنه تستمد قانونيتها.

وتُعد هذه النظرية امتداداً لنظرية الخيال، وقد أخذ بها القانون البريطاني في أوائل القرن التاسع عشر إلى ١٨٥٠م تقريباً، حيث كان ينظر إلى كبرى الشركات كهيئات دولة، ثم انتقل تطبيق هذه النظرية إلى الشركات الأمريكية، حيث كانت هذه النظرية تعكس بدقة الشركات في ذلك الوقت، وهي الشركات التي حصلت على امتيازات الدولة؛ مثل: المرافق العامة، والبنوك، وشركات التأمين، وأعمال المياه، وكان ينظر إليها على أنها بحاجة لتنظيم خاص خارج نظام السوق.

ولم تُعن هذه النظرية بتقديم تفسير لواقع الشركة بقدر عنايتها بمصدر الشركة، التي كانت نتيجة في ذلك الوقت للسلطة المركزية للتاج الملكي في بريطانيا، الذي كان يُنظر إليه على أنه حكم إلهي؛ لهذا لم تُقدر على مواكبة التطور مع توسع العمل بالشركات، ولا سيما مع الثورة الصناعية التي أصبحت فيها الشركات الشكل القانوني الأمثل لمزاولة الصناعة والتجارة.

٦- ينظر: التطورات العامة للقانون الخاص منذ مجموعة نابليون، ليون ديجي: ١٦٢.

٧- ينظر: الاقتصاد والمجتمع: الاقتصاد والأنساق المجتمعية والقوى (تركة) القانون، ماكس فيبر: ٣٤٤-٣٥٠.

The Fundamental Rights of the Shareholder, Julian Velasco. ٩٥٤ :



النظرية الثالثة: نظرية المسؤولية الاجتماعية (Social Responsibility Theory)⁽⁸⁾:

وظهرت هذه النظرية في ثلاثينيات القرن العشرين (١٩٣٠م تقريباً) على يد عدد من أساتذة القانون، منهم البروفيسور أدلوف. أ. بيرل الابن (Adolf A. Berle, Jr) من جامعة كولومبيا (Columbia Law School)، والبروفيسور (E. Merrick Dodd, Jr) من كلية القانون بجامعة هارفرد (Harvard Law School).

وتُعد هذه النظرية امتداداً لنظرية الامتياز وتطويراً لها، حيث اعتُبر أصحاب هذه النظرية المفاهيم الحديثة للدولة مع أخذهم بمفهوم الامتياز الذي تمنحه الدولة، التي تُعد عقداً اجتماعياً، وعليه فإنه عندما تُعلن مجموعة من المساهمين الاستفادة من نموذج الشركات الذي تُنظمه وتحميه الدولة لتحقيق مكاسب اقتصادية، فإن ذلك يتضمن تعاقداً ضمنيّاً على تحقيق مصالح المجتمع والخضوع لقوانينه وأنظمتها.

وهذه النظرية تُرفض أولوية حقوق المساهمين على غيرهم من المتعاملين مع الشركة، أو اعتبارهم المالكين للشركة دون غيرهم، وتؤكد على حقوق هذه الشركات تجاه المجتمع، التي تتمثل في الضرائب، والخضوع للقوانين والأنظمة.

ويُنظر إلى أن هذه النظرية ببعدها الاجتماعي تُعد طموحة أكثر من كونها عملية.

النظرية الرابعة: النظرية الاقتصادية الحديثة

(The New Economic Theory) أو النظرية العقدية (Contractarian Theory)⁽⁹⁾:

وهذه النظرية تُعد امتداداً لنظرية الخيال وتطويراً لها، وحاصلها أن شركة المساهمة يُنظر إليها على أنها شبكة من العقود (nexus of contracts)، وهذه العقود قد تكون صريحة أو ضمنية، ويساهم كل من أصحاب المصلحة لتقديم مساهماتهم في الشركة مقابل حقوق تجب لهم من الشركة.

وبناءً على هذه النظرية، فليس ثمة حاجة لإثبات مالك للشركة، ويُنظر للمساهمين على أنهم مستثمرون في الشركة، وهذا من شأنه أن يساهم في تيسير التعامل مع بعض الأوراق المالية الهجينة، التي تجمع بين خصائص الأسهم والسندات، والتي قد يُعسر تصنيفها ضمن حقوق الملكية أو الدائنين، وهذا ما أخذت به نشرة مفاهيم المحاسبة المالية رقم ٨ الصادر في ٢٠١٠ من قِبَل مجلس معايير المحاسبة المالية (FASB) في الولايات المتحدة الأمريكية.

وتصنيف هذه النظرية أن العاملين بالشركة مُساهمون في هذه الشركة مقابل حقوقهم ضمن شبكة العقود، وكذلك يساهم الموردون في هذه الشركة بالإيرادات مقابل المنتجات والخدمات التي يحصلون عليها، كما تساهم المجتمعات في مختلف الخدمات المدنية والبنية التحتية مقابل إيرادات الضرائب والعمالة لمواطنيها.

8- see: The Fundamental Rights of the Shareholder, Julian Velasco: 459. Corporate Social Responsibility & Concession Theory: Stefan J. Padfield: William & Mary Business Law Review.

9- see: The Fundamental Rights of the Shareholder, Julian Velasco: 459.



والمديرون في هذه الشركة ممثلون للشركة، وليسوا ممثلين للمساهمين أو غيرهم من الأطراف ذوي المصلحة في الشركة، ويجب عليهم مراعاة مصالح الأطراف ذوي المصلحة في الشركة؛ ولهذا يكون لغير المساهمين الحق في المشاركة في إدارة الشركة كأعضاء مستقلين في مجلس الإدارة.

ووفقاً لهذه النظرية، فإنَّ الهدف من تنظيم قوانين الشركات هو تسهيل المعاملات بين هذه الأطراف، وتمكينهم من الدخول في علاقات تعاقدية على النحو الذي يروونه مناسباً، وليس هدفها التنظيم من خلال قواعد أمرية لا يجوز الخروج عنها.

وهذه النظرية أكثر عدالة في إعطاء الأطراف ذوي العلاقة حقوقهم في الاطلاع على واقع الشركة، وإن كانت العدالة لا تعني مساواة المساهمين والدائنين بغيرهم من حيث الحقوق.

النظرية الخامسة: نظريات الشخصية الحقيقية لشركة المساهمة^(١):

ظهر هذا الاتجاه في النصف الثاني من القرن التاسع عشر، مع انحسار نظام الإقطاع في أوروبا وازدهار الثورة الصناعية، مما نتج عنه ظهور مجموعات متألّفة من الأفراد لتباشر نشاطاً ملحوظاً في الحياة الاقتصادية، وأصبحت الشركة نموذجاً شائعاً لمزاولة الصناعة والتجارة.

ويقول أصحاب هذه النظرية: إن الشخص القانوني ليس هو الجسد أو الروح أو الإرادة بالمفهوم الفسيولوجي؛ وإنما هي الصلاحية للإسهام بدور في الحياة القانونية، واكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات.

والقانون حين يمنح الشخصية ويثبتها لكائن أو يمنعها عن آخر، إنما يُراعي في ذلك مصلحة المجتمع وتحقيق أهدافه، متى ما وُجدت المصلحة المشروعة، فلا غرابة أن يمنح القانون الشخصية لغير الإنسان الطبيعي إذا وُجد في ذلك تحقيق مصلحة مشروعة جديرة بالحماية، وهذه المصلحة ينهض القانون لحمايتها عن طريق الاعتراف لها بقدرة الإرادة التي تمثلها وتدافع عنها، والذي يمكن استخلاصه من خلال تنظيم يعبر عن تلك المصلحة ويدافع عنها.

وقد تبنّى هذا الاتجاه بعض أصحاب الفلسفة الوضعية التي ترفض قبول الميتافيزيقا من الإيمان بالآديان والغيبيات؛ مما لا يمكن إثباته بالمنهج التجريبي، والذين لا يؤمنون بفكرة الحق في القانون التي منها حق الملكية، وإنما يكتفون بإثبات المركز القانوني الذي يقبل الإلزام والالتزام، والقانون بناءً على هذه الفلسفة لا يقوم على فكرة الحقوق؛ وإنما يقوم على فكرة التضامن الاجتماعي.

وبناء عليه؛ فيُنظر إلى أن الشخصية قائمة بنفسها على جهة الحقيقة، ولا تفتقر إلى اعتراف القانون لإثباتها، بل يجب على القانون أن يعترف بها؛ لثبوتها على الحقيقة.

وهذا الاتجاه يتفق مع الاتجاه الحديث في القانون اللاتيني، لكن هناك عدّة نظريات في محاولة تفسير حقيقة هذه الشخصية، وهي تمثل نظريات مستقلة، يمكن تلخيصها فيما يأتي:

١٠- ينظر: التطورات العامة للقانون الخاص منذ مجموعة نابليون، ليون ديجي: ١٥٨-١٦٣، أصول القانون، د. عبد المنعم الصدة: ٤٧٨، المدخل إلى القانون، حسن كبيرة: ٦٥٢، مفهوم الشخصية المعنوية بين الحقيقة والخيال، أبو زيد رضوان: ٢.



أولاً- نظرية العضو (Organ Theory)^(١١):

وقد قصّدت هذه النظرية إلى إثبات حقيقة الشخص المعنوي من خلال إثبات مشابهته للشخص الطبيعي، وحاصلها أنه متى اكتسبت الشركة الشخصية القانونية، فإنها تعمل عن طريق عضو أو أكثر يتشابه مع أعضاء الجسم البشري، وتتجسد فيه حياة الشخص المعنوي، ويُعبّر هذا العضو عن إرادة الشخص المعنوي، وتتسبب إليه تصرفات هذا العضو ما دام هذا العضو قد عمل في حدود وظيفته.

وقد أخذ على هذه النظرية مبالغتها في إثبات حقيقة الشركة من خلال مشابهة الكائن البيولوجي، حتى زعم بعض أصحاب النظرية أنه يمكن إثبات ذكورية الشخص الاعتباري وأنوثته.

ثانياً- نظرية الشخصية الجماعية (Group Personality Theory) أو الحقيقة الاجتماعية (Realist Sociological Theory)^(١٢):

وهذه النظرية تأثرت بالتقدم في علم الاجتماع، الذي مهد للفكر القانوني أرضاً جديدة في دراسة الشخص المعنوي، وحاصل هذه النظرية: أن الجماعات والهيئات الإنسانية ما هي إلا كائنات اجتماعية كالفرد تماماً، فهي تتمتع بحياة خاصة، ولها إرادة جماعية تكفي لاكتسابها الوجود القانوني دون الحاجة إلى تدخل مشرع، وتشكل جسداً مستقلاً عما تتكون منه من عناصر بشرية ومادية^(١٣).

غير أنه مما أخذ على هذه النظرية أن الإرادة المشتركة لا وجود لها على الحقيقة، أو على الأقل لا يستطيع أحد أن يؤكد وجودها، والحديث عن إرادة مشتركة - تجمع هؤلاء المساهمين أو غيرهم من الجماعات كالأقاليم والشركات - تجوز وتوسع في الإصطلاح، وهي في الحقيقة إرادة فردية ممن له حق التصرف عن الجماعة، غير أنها مدفوعة بغرض مشترك، والقانون في الحقيقة متوجه في حمايته وضمانه إلى الغرض المشترك الذي تشده الإرادة الفردية^(١٤).

ثالثاً- نظرية النظام القانوني (Legal Regime) أو نظرية المؤسسة (Institution)^(١٥):

وتقصد هذه النظرية إلى تفسير الشخصية الاعتبارية على أساس من البصر بالواقع الاجتماعي، ومما تتضمنه ظواهره من نظم مختلفة، وهي تقصد بالنظام: وجود فكرة موجهة تتحقق وتستمر في الجماعة عن طريق سلطة منظمة تعمل بأدوات وأجهزة خاصة، وتُعطيها كياناً أو هيئة اجتماعية مستقلة، لها حياتها أداخلية، ونشاطها الخارجي^(١٦).

١١- ينظر: مفهوم الشخصية المعنوية بين الحقيقة والخيال، أبو زيد رضوان: ٧-٨، أصول القانون، د. عبد المنعم الصدة:

٤٧٨، المدخل إلى القانون، حسن كيرة: ٦٢٥.

١٢- ينظر: مفهوم الشخصية المعنوية بين الحقيقة والخيال، أبو زيد رضوان: ١٠-١١، أصول القانون، د. عبد المنعم

الصدّة: ٤٧٨، المدخل إلى القانون، حسن كيرة: ٦٢٦.

١٣- ينظر: مفهوم الشخصية المعنوية بين الحقيقة والخيال، أبو زيد رضوان: ١٠-١١.

١٤- ينظر: التطورات العامة للقانون الخاص منذ مجموعة نابليون، ليون ديجي: ١٦٧.

١٥- ينظر: مفهوم الشخصية المعنوية بين الحقيقة والخيال، أبو زيد رضوان: ١٠-١١، أصول القانون، د. عبد المنعم

الصدّة: ٤٧٩، المدخل إلى القانون، حسن كيرة: ٦٢٨.

١٦- ينظر: المدخل إلى القانون، حسن كيرة: ٦٢٨.



فالنظام القانوني أو المؤسسة تمثل أحد الأجساد الاجتماعية، ويتوقف إعلان حقيقة هذا الكائن المعنوي على توافر عدة شروط، أهمها^(١٧):

أولاً- وجود فكرة عمل أو مشروع يخلق بالضرورة رابطة اجتماعية ما .

ثانياً- وجود جماعة إنسانية يهتما بتحقيق هذه الفكرة.

ثالثاً- وجود تنظيم، ويعني ذلك ضرورة وجود كافة الوسائل التي يمكن باستخدامها تحقيق الغاية المنشودة.

رابعاً- وضوح وجود قدر مشترك من تطابق الأفكار بين جمهور أعضاء تلك الجماعة وأجهزتها التنفيذية.

ويترتب على توافر تلك الشروط مجتمعة أن يظهر كائن اجتماعي حقيقي، يمكن اكتسابه للحقوق، وتحمله للالتزامات.

وقد أخذت به العديد من القوانين العربية، وعلى رأسها القانون المصري، ونظام الشركات السعودي في تكييف العلاقة بين المساهمين في شركة المساهمة؛ ولهذا يتم استخدام مصطلح النظام الأساسي للشركة، ولا يستخدم العقد الأساسي للشركة.

وبالرغم من أن هذه النظرية حاولت تجنب عدد من الإشكالات في النظريات السابقة، فإنه مما أخذ عليها أنها تقتصر إلى الدقة في تحديد المعيار الذي تثبت به الشخصية الاعتبارية؛ لأنها تعتمد على معيار نفسي اجتماعي، ولا تستند إلى معيار ملموس؛ ولهذا نجد أنبية قانونية لا تتمتع بالشخصية القانونية مثل نظام الزواج، كما يؤخذ على تطبيق فكرة النظام على الشركة الخلط بين الشركة والمشروع^(١٨).

بل إن هذا الإشكال يبرز في شركة المساهمة ذاتها، وذلك في التفريق بين عقد التأسيس والنظام الأساسي للشركة، مع اشتراك عقد التأسيس والنظام الأساسي في الخصائص السابقة، إلا أنه لا يوجد معيار حاسم يفصل في الفرق بين عقد التأسيس والنظام الأساسي للشركة؛ ولهذا يقول السنهوري في مقارنة غير جازمة لتسوية هذا التفريق:

«من الممكن القول: إن الشركة في مرحلة تكوينها تشترك مع سائر العقود في خصائصها، ولكنها بعد التكوين تصبح أقرب إلى نظام منها إلى عقد ذاتي، لا سيما بعد أن تُضفي الشخصية المعنوية على هذا النظام مقومات تفصله عن الشركاء بذواتهم»^(١٩).

رابعاً- نظرية المصلحة الجماعية^(٢٠):

وتعد هذه النظرية من النظريات التي حظيت باهتمام في القانون، وقد سعى (L. Michoud) صاحب هذه النظرية إلى أن يجرد مفهوم الشخصية القانونية من أي معطيات

١٧- ينظر: مفهوم الشخصية المعنوية بين الحقيقة والخيال، أبو زيد رضوان: ١٠-١١.

١٨- الوسيط في شرح القانون المدني، السنهوري ٥ : ٢٢٠، المدخل إلى القانون، حسن كيرة: ٦٣، مفهوم الشخصية المعنوية بين الحقيقة والخيال، أبو زيد رضوان: ١٣.

١٩- الوسيط في شرح القانون المدني ٥ : ٢٢٠.

٢٠- ينظر: التطورات العامة للقانون الخاص منذ مجموعة نابليون، ليون دييجي: ١٦٤-١٦٥، ٢٤٥-٢٤٨، أصول القانون، عبد المنعم الصدة: ٤٧٩، المدخل إلى القانون، حسن كيرة: ٦٢٦، مفهوم الشخصية المعنوية بين الحقيقة والخيال، أبو

زيد رضوان: ١٣-٢٠.



بيولوجية أو اجتماعية، وأن يستند في تقرير حقيقة الشخصية المعنوية إلى أساس قانوني محض، فاهتم أساساً ببيان دور الشخصية في البناء القانوني، وأن المهم في بناء الشخص القانوني ليس هو الجسد أو الروح أو الإرادة بمفهومها الفسيولوجي؛ وإنما الصلاحية للقيام بدور في الحياة القانونية، وقابليته للإلزام والالتزام.

وما دام الأمر كذلك، فإن الركيزة القانونية في الحق الشخصي هي المصلحة المشروعة؛ وعليه فالشخص القانوني هو ذلك الكائن (فرداً كان أو مجموعة أفراد) صاحب المصلحة المشروعة، وهذه المصلحة هي التي ينهض القانون لحمايتها عن طريق الاعتراف لها بقدرة الإرادة التي تمثلها وتدافع عنها، ولا يلزم في فقه هذه النظرية أن تكون الإرادة التي تمثل تلك المصلحة، وتدافع عنها يمتلكها الشخص القانوني نفسه، بل يكفي أن تنسب إليه اجتماعياً وعملياً، ويعتبرها التشريع كأنها صادرة عنه.

ومتى اكتسبت الشخصية القانونية لهذا الكائن المعنوي، فإنها تعمل في المسرح القانوني عن طريق عضو أو أكثر تجسد فيه حياة الشخص المعنوي بأسرها، ويُعبّر هذا العضو عن إرادة الشخص المعنوي، ويحظى بقبول المجتمع الذي فيه، وتعد التصرفات القانونية والوقائع المادية التي باشرها العضو كما لو باشرها الشخص المعنوي بذاته، ما دام هذا العضو قد عمل داخل حدود وظيفته.

وبناءً عليه؛ تكون الشركات والجمعيات والمؤسسات كالأفراد الطبيعيين، بشرط وجود المصلحة المشروعة، وأن يكون لهذه الجماعة تنظيم يمكنه استخلاص إرادة جماعية تستطيع التعبير عن تلك المصلحة والدفاع عنها.

وبرغم ما حظيت به هذه النظرية من اهتمام في الوسط القانوني وحظيت به من أنصار، فإنها لم تخل من عدد من الانتقادات عليها، يمكن إيجازها فيما يلي:

١. أن هذه النظرية وإن كانت طرحت المصلحة الجماعية معياراً لإثبات الشخصية الاعتبارية، وهو يمثل قيمة نظرية لا جدال بشأنها، إلا أنه يصعب اعتبارها معياراً عملياً دقيقاً؛ لكونها مفهوماً اجتماعياً يتغير تبعاً لتطور المجتمع^(٣١).

٢. أن هذه النظرية تؤكد على ضرورة أن تكون هناك إرادة، وأن هذه الإرادة تنسب للكيان المعنوي اجتماعياً وعملياً، لكنها جعلت صدور الإرادة على الحقيقة من عضو تجسد فيها حياة الكائن المعنوي، وتكون معه كلاً واحداً، وهذا يؤول بهذه النظرية إما إلى نظرية التخيل (المجاز)، وإما إلى نظرية العضو^(٣٢).

التعليق على نظريات شركة المساهمة:

لا شك أن ما تقدم من نظريات حول طبيعة شركة المساهمة وشخصيتها الاعتبارية يُعدُّ أحد أهم المجالات التي حظيت بجدل قانوني على مر السنين، وقد اعتور هذا النقاش تأثيرات سياسية واجتماعية حادت به عن النهج العلمي والموضوعي؛ للوصول إلى نتائج ليست متوقفة على أحد هذين الاتجاهين، وكفي لا يتشعب الحديث حول هذه النظرية؛ أود التعليق على هذه النظريات في النقاط التالية:

٣١- ينظر: مفهوم الشخصية المعنوية بين الحقيقة والخيال، أبو زيد رضوان: ١٦.

٣٢- ينظر: التطورات العامة للقانون الخاص منذ مجموعة نابليون، ليون دييجي: ١٦٤-١٦٥.



أولاً: أن ممَّا لا ينبغي أن يُخْتَلَفَ فيه أن الشخصية الاعتبارية تمثل حقيقةً واقعية اجتماعية، كان على القانون أن يُسَلِّمَ بها، ثم أصبحت حقيقةً قانونيةً لا مجال فيها للافتراض، وإذا كان الشخص الاعتباري يختلف عن الشخص الطبيعي، فإن هذا لا يعني القانون في قليل أو كثير^(٢٣).

ولتجاوز الخلاف حول حقيقة هذا الشخص المعنوي يُرَجَّحُ بعضُ القانونيين مصطلح «الشخصية المعنوية» على «الشخصية الاعتبارية»: لما يُشعرُه مصطلح الاعتبار من معنى الافتراض^(٢٤).

وليس ثمَّ حاجةٌ في إثبات حقيقة الشخص المعنوي إلى تشبيه الشخص المعنوي بالشخص الطبيعي (الإنسان البيولوجي)، وهو ما لم تتمكن النظريات التي اعتمدت على إثبات حقيقة الشخص المعنوي من التخلص من أسره، بل يكفي القبول الاجتماعي له.

لكن تتميز نظريات التخيل في قدرتها على تفسير طبيعة الشخصية المعنوية بشكل عام، وشركة المساهمة على سبيل الخصوص، بما يمكن الفقيه من تنزيل الأحكام المناسبة لهذه الشخصية باعتبارها شخصية مستقلة تارة، أو بالتعامل مع حقيقة الأشخاص المعنوية متى ما اقتضى الأمر ذلك، وهو ما يمنح هذه النظرية مرونة في الأحكام، وقدرة أكبر على التحليل، وهو ما يصدق عليه قول القرائ في قاعدة التقديرات الشرعية: «المقدرات لا تنافي المحققات، بل يجتمعان، ويثبت مع كل واحد منهما لوازمه وأحكامه»^(٢٥).

وقد تقدّم أن النظرية الاقتصادية الحديثة اعتمدت على نظرية التخيل (المجاز)، ونظرت إلى شركة المساهمة على أنها شبكة من العقود، وفيه إشارة إلى اشتراك هذه العقود - على اختلافها - في تحقيق غرض الشركة، والموازنة بين أصحاب هذه الحقوق ومصالحهم، وهذه النظرية على تمييزها في التحليل.

ثانياً: أن الفقه الإسلامي لم يعرف الشخصية الاعتبارية بالمعنى القانوني، وهذا لا يعني بالضرورة عدم قبوله إذا لم يترتب عليه محظور شرعي؛ ولهذا لم يجد الاجتهاد الفقهي المعاصر غضاضة في قبول الشخصية الاعتبارية لشركة المساهمة أو لغيرها من الأشخاص المعنوية، آخذين في الاعتبار عدداً من النظائر الفقهية التي اعتبرت فيها الفقهاء بعض خصائص الشخصية الاعتبارية في عدد من المسائل؛ مثل الوقف، وبيت المال.

والتاريخ القانوني في الفقه القانوني الغربي يُثبت تأثير هذه التطبيقات الإسلامية في تشكيل مفهوم الشخصية القانونية في الفقه القانوني الغربي وتطور تطبيقاتها^(٢٦).

ثالثاً: أن الفقه الإسلامي أثبت للوقف وبيت المال وغيره من النظائر أحكاماً تدل على نوع استقلال لهذه الأشخاص المعنوية؛ إذ يُثبت لها حق التملك، وحق إنشاء التصرفات المالية المستقلة من خلال ممثلها وفق قيود وضوابط تناسب طبيعة هذه الشخصيات، إلا أنهم اعتبروا كذلك حقائق هذه الشخصيات المعنوية، وعلاقتها بالأشخاص الطبيعيين الذين هم

٢٣- أصول القانون، د. الصدة: ٤٨٠ بتصرف يسير.

٢٤- المدخل إلى القانون: ٦٢٠.

٢٥- الفروق ١: ٧١.

٢٦- ينظر: الاقتصاد والمجتمع: الاقتصاد والأنساق المجتمعية والقوى (تركة) القانون: ماكس فيبر: ٣٣١، ٣٥٢.



محلُّ التكليف الشرعي، وترتيب الأحكام المناسبة لذلك؛ ففي الوقف مثلاً نجد الفقهاء يُبْتون له شخصية مستقلة تمنحه التصرف بالبيع والشراء والتملك، إلا أنهم يختلفون في حقيقة ملكية الأصل الموقوف، وهل هو في ملك الواقف، أو في ملك الموقوف عليه، أو في حكم ملك الله؟ وهذا الخلاف له أثره في عدد من المسائل الخلافية في باب الوقف؛ منها: حكم الوقف على النفس، وحكم الوقف المؤقت، وزكاة الوقف.

وكذلك في بيت المال، بالرغم من اعتبار الفقهاء له ذمّة مالية مستقلة، تمنحه حق التصرف والبيع والشراء والمنح، فإنهم أثبتوا ملكيته لعموم المسلمين لفهم طبيعة هذه الشخصية، وتجاوزوا استقلال هذا الشخص المعنوي متى ظهر لهذا المعنى حاجة للنظر في حقيقته، وذلك في مثل اعتبار هذه الملكية شبهة لدرء الحد في السرقة من بيت المال.

وبذلك يظهر أن المنهج الأسلم في التعامل مع الأشخاص المعنوية هو اعتبارها من قاعدة التقديرات الشرعية، فتعامل على أنها شخص معنوي مستقل حكماً في التصرفات التي تحقق المقصود من هذا الشخص، ولا يمنع ذلك من اعتبار حقيقتها في تنزيل بعض الأحكام، وهو ما يصدق عليه قول القرائي في قاعدة التقديرات الشرعية: «المقدّرات لا تنافي في المحقّقات، بل يجتمعان، ويثبت مع كل واحد منهما لوازمه وأحكامه»^(٢٧).

ولا ريب أن التعاقد مع الأشخاص المعنوية يترتب عليه من الأحكام ما يختلف عن التعاقد مع الأشخاص الطبيعيين، وهذا الاختلاف يُقر به الاجتهاد المعاصر، كما جاء في توصيات مؤتمر شوري الخامس، وهذا ما ينبغي مراعاته في تكييف التعاقد مع الشخص المعنوي لشركة المساهمة، وهو ما أدى إلى الخلاف حول تكييف الفقهي لشركة المساهمة، وهو ما أمل أن يتضح من خلال المبحث الثاني في التوصيف الفقهي لشركة المساهمة.

ثالثاً: التوصيف الفقهي لشركة المساهمة:

يختلف الفقهاء المعاصرون في تكييف شركات المساهمة على أربعة أقوال:

القول الأول: أن شركة المساهمة شركة عنان:

إلى هذا التخريج ذهب عدد من الفقهاء المعاصرين، منهم الدكتور وهبة الزحيلي، وهو من أوائل الفقهاء المعاصرين الذين صرحوا بهذا الأمر بصورة واضحة، حيث قال ما نصه:

«هذه الشركة جائزة شرعاً؛ لأنها شركة عنان؛ لقيامها على أساس التراضي، ويكون مجلس الإدارة متصرفاً في أمور الشركة بالوكالة عن الشركاء المساهمين، ولا مانع من تعدد الشركاء، واقتصار مسؤولية الشريك على أسهمه المالية مشابهة لمسؤولية رب المال في شركة المضاربة، ودوام الشركة أو استمرارها سائغ بسبب اتفاق الشركاء عليه، والمسلمون على شروطهم فيما هو حلال»^(٢٨).

وقريب منه ما ذهب إليه الدكتور عبد العزيز الخياط في كتابه الشركات؛ حيث ذهب إلى أنها نوع جديد من أنواع الشركات، وينطبق عليها كثير من أحكام شركة العنان، وينطبق عليها أحكام شركة المضاربة من حيث المسؤولية المحدودة^(٢٩).

٢٧- الفروق ١ : ٧١.

٢٨- الفقه الإسلامي وأدلته ٤ : ٨٨١.

٢٩- الشركات، الخياط ٢ : ٢٠٨.



وبهذا أخذ المعيارَ الشرعيُّ رقم (١٢) بشأن «الشركة (المشاركة) والشركات الحديثة»، الذي جاء فيه: «شركة المساهمة هي الشركة التي يكون رأس مالها مقسماً إلى أسهم متساوية قابلة للتداول، ولا يكون كل شريك فيها مسؤولاً إلا بمقدار حصته في رأس المال، وهي من شركات الأموال، ولها أحكام شركة العنان إلا ما يتعلق بتحديد مسؤولية الشركاء، وامتناع الفسخ من أحد الشركاء».

كما أخذ بذلك نظام المحكمة التجارية بالمملكة العربية السعودية الصادر عام ١٣٥٠هـ، فقد جاء في المادة (١٤): «من فروع شركة العنان المساهمة، وهي الشركة المنعقدة على رأس مال معلوم يُقسَّم إلى أسهم، والأسهم إلى حصص متساوية المبالغ من غير تسمية أصحاب الحصص، ويتولى إدارتها وكلاء مختارون، ويجوز تعيينهم وعزلهم ونصبتهم، والمديرون هم المسؤولون عن الأعمال الموكولة إلى عهدتهم، وليسوا بمديونين ولا كافرين تعهدات الشركة».

مناقشة هذا الترخيح:

يُشكل على هذا الترخيح أن جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية على أن شركة العنان لا يصح فيها اشتراطُ خلوص اليد لأحدهما، وإذا شرط أن يكون العمل على أحد الشريكين دون الآخر، كان مال غير العامل في يد العامل مضاربةً إن كان الربح الناتج منه شركة بينهما، وبضاعة إن كان ربحه له كله^(٣٠).

قال في النهر الفائق: «اعلم أنهما إذا شرط العمل عليهما، وتساوياً مالا، وتفاوتاً ربحاً، جاز عند علمائنا الثلاثة - خلافاً للزفر - والربح بينهما على ما شرط، وإن عمل أحدهما فقط. وإن شرطه على أحدهما، فإن شرط الربح بينهما بمقدار رأس مالهما جاز، ويكون مال الذي لا عمل له بضاعة عند العامل، له ربحه وعليه وضيعته. وإن شرط الربح للعامل أكثر من رأس ماله، جاز أيضاً على الشرط، ويكون مال الدافع عند العامل بضاعة؛ لكل واحد منهما بربح ماله، والوضعية بينهما على قدر رأس مالهما أبداً»^(٣١).

وفي المدونة: «في الشركة بالمالين يشترط أحدهما أن يعمل ولا يعمل الآخر، قلت: هل يجوز أن أخرج ألف درهم، ورجل آخر ألف درهم، فنشترك علي أن الربح بيننا نصفين والوضعية علينا نصفين، على أن يعمل أحدهما دون صاحبه؟ قال مالك: لا تجوز هذه الشركة بينهما، إلا أن يستويا في رأس المال وفي العمل... قال: وأصل هذا أن الشركة لا تجوز عند مالك إلا أن يجتمعا في العمل، يتكافأ في فيه على قدر رؤوس أموالهما»^(٣٢).

وقال في الشرح الصغير: «(والعمل): بينهما في مال الشركة يجب أن يكون بينهما بقدر المالين، (والربح والخسر) يكون بينهما (بقدر المالين) مناصفةً وغيرها. وصحت الشركة إن دخل على ذلك أو سكتا، ويقضي عليهما بذلك. (وفسدت بشرط التفاوت) في ذلك عند العقد. ويفسخ إن اطلع على ذلك قبل العمل، فإن اطلع عليه بعده فض الربح على قدر المالين، (ورجع كل) منهما على صاحبه (بما) يثبت (له عند الآخر من أجر عمل أو ربح)»^(٣٣).

ويجوز عند الشافعية أن تتعقد الشركة على أن يعمل أحدهما؛ لأنه متى ما وقعت الشركة لم يجز أن يكون للعمل أثر في الربح، لكن ذلك لا يمنع من عمل الشريك في حصته، فإن اشترط

٣٠- الشركات، علي الخفيف: ٥٧.

٣١- النهر الفائق ٣: ٣٠٠-٣٠١، وينظر: الأصل ٤: ٥٢، رد المحتار ٤: ٣١٢.

٣٢- المدونة ٣: ٦٠٩.

٣٣- بلغة السالك ٣: ٤٦٨.



على الشريك ألا يتصرف في نصيبه، لم تصح، قال في نهاية المحتاج: «(ويشترط فيها لفظ) صريح من كل للأخر (يدل على الإذن) للمتصرف من كل منهما أو من أحدهما (في التصرف)؛ أي: التجارة بالبيع والشراء، أو كناية تشعر بذلك... فلو أذن أحدهما فقط، تصرف المأذون في الكل، والأذن في نصيبه خاصة، فإن شرط عدم تصرفه في نصيبه، لم تصح»^(٢٤).

وللعنابة ثلاثة أقوال في تكييف الشركة التي يشترط أن يكون العمل من أحد الشركاء بالمال، وهي:

الأول: أنها شركة عنان ومضاربة، بشرط أن يكون للعامل من الربح أكثر من ربح حصته، فإن أخذ من الربح بقدر ماله، فليس بشركة؛ وإنما هو إبطاع، وهو دفع المال لمن يتجر فيه تبرعاً، ويكون الربح كله لرب المال^(٢٥). قال في شرح المنتهى: «وتكون الشركة إذا تعافدا على أن يعمل بعضهم كذلك عنانا، من حيث إحضار كل منهم لماله، ومضاربة؛ لأن ما يأخذه العامل زائداً عن ربح ماله في نظير عمل»^(٢٦).

وهذا القول هو المعتمد في المذهب عند المتأخرين، واعتمده المرادوي في التقيح، وابن النجار في المنتهى^(٢٧). قال في حواشي التقيح: «قولنا: يكون عناناً ومضاربة: صرح به في التلخيص والمغني، والزركشي والكايفي، وشرح المحرر»^(٢٨).

الثاني: أنها شركة عنان، وصححه ابن مفلح في الفروع^(٢٩)، والمرادوي في الإنصاف^(٣٠)، واعتمده في الإقناع^(٣١).

والثالث: أنها مضاربة، كقول الجمهور^(٣٢)، وهو الذي يظهر من عبارة الموفق في المغني والإكافي والشارح بأنها: «شركة ومضاربة»^(٣٣)، أو أن المراد بقوله: «شركة»: شركة الملك؛ بسبب الشيوع في الملك، يدل عليه قوله: «فإن قيل: فكيف تجوز المضاربة، ورأس المال مشاع؟ قلنا: إنما تمنع الإشاعة الجواز إذا كانت مع غير العامل؛ لأنها تمنعه من التصرف؛ بخلاف ما إذا كانت مع العامل، فإنها لا تمنعه من التصرف، فلا تمنع من صحة المضاربة. فإن شرط للعامل ثلث الربح فقط، فمال صاحبه بضاعة في يده، وليست بمضاربة؛ لأن المضاربة إنما تحصل إذا كان الربح بينهما»^(٣٤)، وأيضاً فإنه أورد هذه المسألة في مسائل المضاربة في كتابه «الكايفي»، ونص على أنها شركة ومضاربة^(٣٥).

٢٤- نهاية المحتاج ٥ : ٥-٦، فتوحات الوهاب ٣ : ٢٩٥، تحفة المحتاج ٥ : ٢٨٤.

٢٥- ينظر: معجم المصطلحات المالية والاقتصادية، نزيه حماد: ١٥.

٢٦- شرح منتهى الإرادات ٣ : ٥٤٨، ومطالب أولي النهى ٣ : ٤٩٨-٤٩٩.

٢٧- ينظر: التقيح المشيع: ٢٦٦.

٢٨- الذي في المغني أنها شركة ومضاربة، ولم يذكر أنها عنان، ولو حمل قوله: (شركة) على أنها شركة ملك مع الإذن بخلط المال: لكان أولى.

٢٩- الفروع ٧ : ١٠٦.

٤٠- الإنصاف ١٤ : ١٠.

٤١- ينظر: كشف القناع ٨ : ٤٧٨.

٤٢- الإنصاف ١٤ : ١٠.

٤٣- الإنصاف ١٤ : ١٠.

٤٤- المغني ٧ : ١٣٥.

٤٥- الكايفي ٣ : ٣٥٦.



وشركة الملك ثابتة هنا مع الإذن للعامل بالخلط، سواءً أخذ علي عمله ربحاً أو تبرّع بالعمل؛ ولهذا اقتصر ابن قدامة في الحال التي لا يأخذ فيها العامل ربحاً على عمله على نفي المضاربة، بخلاف طريقة المتأخرين الذين نفوا كونها شركة، كما في شرح المنتهى؛ حيث قال: «ولا تصحُّ إنَّ أحضر كل منهم مالا على أن يعمل فيه بعضهم، وله من الربح بقدره، أي: قدر ماله؛ لأنه إبطاع، لا شركة»^(٤٦).

والزركشي في شرحه لمختصر الخرقى جعل هذه الصورة من قبيل اجتماع شركة العنان والمضاربة على سبيل المشابهة، فقال: «وهذا يجمع شركة ومضاربة، فمن حيث إن من كل واحد منهما المال، يشبه شركة العنان، ومن حيث إن أحدهما يعمل في مال صاحبه بجزء من الربح هو مضاربة»^(٤٧).

والحكم بالمشابهة غير التخريج الفقهي للمسألة؛ لأن المشابهة تكون من بعض الأوجه، بل كلامه يدل على أن شركة العنان موضوعة على تقديم العمل والمال من الطرفين، ولا تصح مع اشتراط عدم العمل من أحدهما، كما في تعليقه نفي شركة العنان والمضاربة إذا لم يأخذ العامل ربحاً على عمله؛ «إذ شركة العنان وضعها الشركة في المال والعمل، وقد فات العمل من أحدهما، والمضاربة وضعها جعل جزء من الربح في مقابل عمل العامل، وقد فات الجعل، فيكون إبطاعاً»^(٤٨).

ويظهر في الشركة التي يكون فيها تقديم المال من الشريكين، والعمل من أحدهما = أنها شركة مضاربة مع خلط المضارب ماله بمال المضاربة، والجمهور من الحنفية والمالكية والحنابلة علي أن العامل يملك التصرف في المضاربة المطلقة، كأن يقول له: اعمل برأيك، فإن له حينئذ خلط ماله بمال المضاربة؛ لأنه فوض إليه الرأي في التصرف في التجارة، وقد يرى المصلحة في هذا^(٤٩)، ويمنع المالكية اشتراط الخلط؛ كأن يقول: خذ ألفاً، وتفسد بذلك، ويثبت له أجره مثله.

وأما الشافعية - وهم أضيّق المذاهب في الشركة - فهم يذهبون إلى جواز أن تكون المضاربة على حصة رب المال في المال المشاع؛ كأن تكون بينه وبين غيره دراهم، فيقول: قارضتك على نصيب، فإنها تصح؛ لأنه ليس فيه إلا الإشاعة، وهي لا تمنع صحة التصرف، غير أن العامل ليس له عند الإطلاق أن يخلط ماله بمال المضاربة، فإذا فعل ضمن، ولا يمنع ذلك تصرفه في المال^(٥٠).

القول الثاني: أن شركة المساهمة تُعدُّ قراضاً؛ أي: مضاربة.

ويُنسب هذا التكييف إلى عدد من العلماء، وعلى رأسهم الشيخ علي الخفيف رحمه الله؛ لقوله: «والعمل في ماله يكون عادةً لغير أرباب الأموال فيها؛ ولذلك فهي تُعد من قبيل القراض في هذه الحال»^(٥١).

٤٦- شرح منتهى الإرادات ٤: ٥٤٨، وينظر: مطالب أولي النهى ٣: ٤٩٨-٤٩٩.

٤٧- شرح الزركشي ٤: ١٣٠.

٤٨- شرح الزركشي ٤: ١٣١.

٤٩- ينظر: تبين الحقائق ٥: ٥٨، مجمع الأنهر ٢: ٢٣٥، الشرح الكبير ٢: ٥٢٢، الشرح الصغير ٣: ٦٩٣، ٣٩٢.

٥٠- ينظر: الحاوي الكبير ٩: ١١٩، تحفة المحتاج ٦: ٩٧، أسنى المطالب ٢: ٣٩٢.

٥١- الشركات، الخفيف: ٩٦.



ويمكن إرجاع المقاربة بين شركة المساهمة والمضاربة إلى وجهين:

الوجه الأول: الفصل بين الملكية والإدارة في شركة المساهمة، فالمساهمون يقدمون أموالهم، وتتولى شركة المساهمة بمجلس إدارتها والعاملين فيها تسيير هذا المال، وهذا يتفق مع أصول شركة المضاربة؛ التي يكون التصرف فيها للمضارب فقط، دون رب المال.

وما ذكره الشيخ علي الخفيف من أن العمل عادةً لغير أرباب الأموال، فإن كان المقصود مجموع العاملين في الشركة، فهذا صحيح، وفيه مناقشة، وإن كان المقصود مجلس الإدارة، فهذا يخالف ما عليه واقع الشركات في الوقت الحاضر؛ فهي تتكوّن من أعضاء مساهمين في الشركة، ومن أعضاء مستقلين وفقاً لقواعد حوكمة الشركات^(٥٢).

فإن قصد بالعمل الذي يكون من العاملين بالشركة، فلا يستقيم اعتبارهم مضاربين؛ لأنهم في الغالب يأخذون مقابل عملهم أجره محدّد؛ والإجماع منعقد على فساد المضاربة إذا اشترط فيها للمضارب مبالغ محدّدة، قال ابن المنذر: «أجمّع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على إبطال القراض إذا شرط أحدهما أو كلاهما لنفسه دراهم معدودة»^(٥٣).

والشيخ الخفيف رحمه الله - وهو العالم الفقيه - لا يخفى عليه هذا؛ لهذا كان احترازه دقيقاً حين قال: إنها من قبيل المضاربة.

أما إن كان المقصود أعضاء مجلس الإدارة، فهذا يُشكّل عليه أن أعضاء مجالس الإدارة لهم مكافآت مقابل عملهم، وهي تجمع في الغالب بين مكافأة حضور الاجتماعات بالإضافة إلى نسبة من صافي الأرباح، كما جاء في الفقرة (١) من المادة (٧٦) من نظام الشركات السعودي، الذي جاء فيه: «يُنظّم نظام الشركة الأساس طريقة مكافأة أعضاء مجلس الإدارة، ويجوز أن تكون هذه المكافأة مبلغاً معيناً، أو بدّل حضور عن الجلسات، أو مزايا عينية، أو نسبة معينة من صافي الأرباح، ويجوز الجمع بين اثنتين أو أكثر من هذه المزايا».

وهذا الوجه هو الذي اعتمد عليه كثير من الفقهاء المعاصرين في تخريج عمل مجلس الإدارة على أنه مضاربة، إذا كانت مكافآتهم محدّدة بنسبة من صافي الربح.

لكن يُشكّل عليه أن النظام يفرض سقفاً أعلى للمكافأة أيّاً كان طريق تقديرها، وفقاً للفقرة (٣) من المادة (٧٦) من نظام الشركات: «في جميع الأحوال؛ لا يتجاوز مجموع ما يحصل عليه عضو مجلس الإدارة من مكافآت ومزايا مالية أو عينية مبلغ خمسمائة ألف ريال سنوياً، وفق الضوابط التي تضعها الجهة المختصة».

ويمكن الجواب عن هذا الإشكال بأن هذا السقف الذي فرضه النظام لا يقطع المشاركة في الربح في المضاربة، فلا يمنع من القول بصحته؛ ويعد ذلك إسقاطاً لما زاد من الربح على المبلغ الذي حدّده نظام الشركات، ويُغتفر في الإسقاطات ما لا يُغتفر في غيرها من الجهالة؛ كشرط الإبراء من العيوب.

وقد جاء في المعيار الشرعي رقم (٤٠) بشأن «توزيع الربح في الحسابات الاستثمارية على أساس المضاربة» في البند ٤/٤: «إذا شرط أحد الطرفين مبلغاً مقطوعاً، فسدت المضاربة».

٥٢- ينظر: المادة (١٦) من لائحة حوكمة الشركات، الصادرة عن مجلس هيئة السوق المالية، بتاريخ ١٦/٥/١٤٢٨هـ، والمعدّلة بتاريخ ١٥/٩/١٤٤٠هـ.

٥٣- الإجماع: ١٤٠، وينظر: الأوسط ١٠: ٥٦٧.



ولا يشمل هذا المنع إذا اتفق الطرفان على أنه إذا زادت الأرباح عن نسبة معينة أو عن مؤشر معين، فإن أحد طرفي المضاربة يختص بالريح الزائد عن تلك النسبة أو ذلك المؤشر، فإن كانت الأرباح بتلك النسبة أو المؤشر أو دونها، فتوزع الأرباح على ما اتفقا عليه».

أما في الأحوال التي تقدّر فيها المكافأة بمكافأة محدّدة، أو يُجمع بينها وبين نسبة من الأرباح، فيكون لها شبه المضاربة من حيث اختصاص الشركة بالتصرف دون المساهمين، لكن لا يصح اعتبارها مضاربة؛ لما تقدّم من الإجماع على عدم جواز اشتراط المضارب مبلغاً معلوماً.

الوجه الثاني: المسؤولية المحدودة للمساهم: وهي تشبه مسؤولية ربّ المال في شركة المضاربة؛ حيث تقتصر مسؤولية ربّ المال بمقدار ما قدّم من مال، وهذا الوجه لم يذكره الشيخ علي الخفيف رحمه الله، وإنما ذكره الدكتور عبد العزيز الخياط رحمه الله، حيث قال: «وتحديد مسؤولية الشركاء بمقدار حصصهم متفق مع قواعد شركة المضاربة؛ إذ إن ربّ المال فيها لا يُسأل إلا بما قدّم من رأس المال»^(٥٤).

وما ذكره الدكتور الخياط محلّ تأمل؛ إذ إنّ تحديد مسؤولية ربّ المال في شركة المضاربة بمقدار ما قدّمه من مال مقيّد بالأجل يأذن للمضارب بالاستدانة أو الشراء بالأجل بأكثر من مال الشركة، فإذا افترض المضارب أو اشترى بالأجل بأكثر من مال المضاربة، فإن الدين يلزم المضارب دون ربّ المال باتفاق المذاهب الأربعة، كما قال في المغني: «وإن اشترى في الذمة، لزم العامل دون رب المال؛ إلا أن يجيزه، فيكون له»^(٥٥).

ومن المعلوم أن ممثلي الشركة من التنفيذيين ومجلس الإدارة لهم حق الاستدانة والبيع بأكثر من رأس المال، فلا يكون ثبوت المسؤولية المحدودة للمساهمين من هذا الوجه؛ وإنما بالشرط العربي الذي تنظمه قوانين الشركات بأن مسؤولية شركة المساهمة غير محدودة أمام دائئتها، بخلاف مسؤولية المساهمين في هذه الشركة؛ فهي لا تتجاوز مقدار أسهمهم^(٥٦)، وهذا الشرط وإن كان مخالفاً للقواعد العامة في الشريعة وفي القانون أيضاً - لما يترتب عليه من الغرر - فإنه يُعدُّ مغتفرًا؛ لما يترتب على هذه الشركات من مصالح في تحقيق التنمية والقيام بالمشروعات الكبرى، الأمر الذي يجعل القول بالجواز يقتصر على القبول في الشركات التجارية، ولا يُقبل في التعاملات في غير هذه الشركات^(٥٧).

وقد جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم (٧/١/٦٥): «لا مانع شرعاً من إنشاء شركة مساهمة ذات مسؤولية محدودة برأس مالها؛ لأن ذلك معلومٌ للمتعاملين مع الشركة، وبحصول العلم ينتفي الغرر عمّن يتعامل مع الشركة»^(٥٨)، وفي المعيار الشرعي رقم (١٢) بشأن «الشركة (المشاركة) والشركات الحديثة»، في البند ٩/٢/١/٤: «يجوز تحديد مسؤولية الشركة برأس مالها إذا تم إشهار ذلك؛ بحيث يكون معلوماً للمتعاملين مع الشركة، فينتفي التفرير بهم».

٥٤- الشركات، الخياط ٢ : ٢٣٩.

٥٥- المغني ٧ : ١٥١، وينظر: المسؤولية المحدودة في الشركات، للدكتور مساعد الحقييل: ٣٤٧-٣٤٩.

٥٦- وبالرجوع إلى النشأة التاريخية، نجد أن القانون بعد قبوله لهذا المبدأ فرض على شركات المساهمة إثبات هذا الشرط في جميع تعاقدها مع المتعاملين مع الشركة، ثم استقر الأمر ليكون عرفاً تجارياً لهذا النوع من الشركات كشرط في العقود.

٥٧- ينظر: الخدمات الاستثمارية، يوسف الشيبلي ١ : ٢٢٧، مسؤولية الشريك في الشركة، د. خالد الماجد: ٢٥٣، الشركة ذات المسؤولية المحدودة، عبد الله الحمادي: ٣٧٩، المسؤولية المحدودة في الشركات، مساعد الحقييل: ٣٤٧-٣٤٩.

٥٨- مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع ١ : ٧١٤.



القول الثالث: أن شركة المساهمة لها حكمُ شركة العنان والمضاربة، فإذا كان مجلس الإدارة يعمل مقابل مكافأة محدّدة، فتُكيّف على أنها شركة عنان، ويكون مجلس الإدارة وكيلا عن المساهمين، وإن كان مقابل حصة من الربح، فتُكيّف على أنها شركة مضاربة، ويكون المساهمون ربّ المال.

وذهب إلى هذا عددٌ من الفقهاء المعاصرين، منهم د. صالح المرزوقي.

وهذا القول قصد إلى تلافي ما ورد على تكييف شركة المساهمة أنها مضاربة، لكنه يردُّ عليه ما تقدّم من الإشكال في تكييف شركة المساهمة أنها شركة عنان، وأنه لا يصح اعتبارُ مكافأة أعضاء مجلس الإدارة أصلاً في تكييف العلاقة بين الشخص المعنوي والمساهمين.

وهذا القول وما تقدّمه من أقوال تختزل الشخصية الاعتبارية لشركة المساهمة في مجلس الإدارة، وعليه فإنها تجعل من مكافآت مجلس المديرين الأصل في تخريج شركة المساهمة، وهذا - فيما يظهر - لا يستقيم؛ لأن الشخصية الاعتبارية كما تقدّم تمثل شبكة العقود التي تشمل مجلس الإدارة والعاملين بها، ومن تتعاقد معهم من غيرهم على أعمالها؛ ولا يصح اعتبار الجزء أصلاً في الحكم على الكل.

القول الرابع: أنها صورة مستجدّة من الشركات الحديثة، ولا يلزم إرجاعها إلى الشركات المعروفة في الفقه الإسلامي، وأنه «ينبغي الاعتداد بمشروعية هذه الشركات وغيرها بذات الأدلة والنصوص التي ثبتت بها مشروعيتها الشركات الواردة في كتب الفقه»^(٥٩).

ويرى أصحاب هذا القول - كالدكتور قطب سانو - أن هذه التكييفات للشركات الحديثة «أبنت على نظرة جزئية في هذه الشركات من خلال الاعتداد بجانب من جوانبها المتعددة التي تشبه فيها العنان أو المضاربة أو المفاوضة، ثم اتخاذ ذلك الجانب أساساً للحكم عليها؛ إن عاناً، أو مضاربة، أو مفاوضة»^(٦٠)؛ ولهذا احتيج إلى الاستثناء في هذه التكييفات كما تقدّم، فيقال: شركة المساهمة شركة عنان، إلا في المسؤولية المحدودة، فإنها تشبه شركة مضاربة.

ولما لم يكن «قمةً نصوصاً شرعية خاصة وردت إزاء هذه الشركات، فالنصوص الواردة إزاء كل واحدة منها لا تعدو أن تكون نصوصاً عامة تنطبق على تلك الشركات، كما تنطبق على غيرها»، فدالّ الشرع الحنيف تجاوزَ حصرَ الشركات المشروعة والجائزة في شركات بعينها، واكتفى - بدلاً من ذلك - بإرساء القواعد والنصوص العامة التي ينبغي الاحتكام إليها عند الهمّ ببيان حكم الشرع في الشركات والعقود المستجدة»^(٦١).

وهذا التوجّه وإن كان قد يبدو أنه أبعد عن التكلّف، لكن اعتبار شركة المساهمة من شركات الأموال في الفقه الإسلامي يحتاج إلى التحقق من موافقتها لأصول الشركة وقواعدها التي قررها الفقهاء لشركات الأموال في الفقه.

والفقهاء في المدونات العلمية نظروا إلي الشركات وفق ترتيب علمي، يحصر أنواع ما تتعدّد عليه الشركة من الأموال والأعمال والذمم، ثم أصلوا لقواعد مهمة يمكن التأسيس بها لأي نوع من أنواع الشركات، من حيث إطلاق التصرف للشركاء في مال الشركة، وما يصح أن

٥٩- الشركات الحديثة: قطب مصطفى سانو، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الرابع عشر ٢: ٢٢٦ - ٢٢٣.

٦٠- ينظر: الشركات الحديثة: قطب مصطفى سانو، مجلة مجمع الفقه الإسلامي (١٤/٢٢٦-٢٣٣).

٦١- المرجع السابق، أحكام الاكتتاب، حسان السيف: ٤٥، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، ديبان الديبان ١٣: ٩٩.



يتفقوا عليه من الشروط، وأُسُس توزيع الأرباح وتحْمُل الخسارة، والفقهُ يقتضي الصدورَ عن هذه الأصول، والإفادَةَ منها .

ومن المهم التحققُ من موافقة شركة المساهمة لهذه القواعد؛ حتى يصحَّ ما ترتبَ عليها من نتائج، لا تقتصر على ملكية المساهمين لصافي الموجودات، بل وعلى عددٍ من الأحكام الأخرى.

وبالتأمُّل في خصائص شركة المساهمة وأحكامها وما ذكره الفقهاء المتقدمون في شروط الشركات؛ يظهر أن شركة المساهمة لا يصحُّ تخريجُها على شركة العنان ولا شركة المضاربة، ولا تتوافق مع أصول شركة العقد في الفقه الإسلامي، وبيان ذلك فيما يلي:

أولاً: أن الشخصية المعنوية لشركة المساهمة شخصيةً مستقلة عن المساهمين، ولها ذمَّة مالية مستقلة تؤهلها للإلزام والالتزام بالأصالة عن نفسها، وأن هذه الشخصية تعني أصالة بتحقيق الغرض الذي أنشئت من أجله، وأنها - في سبيل ذلك - تتعاقد بشبكة من العقود مع المساهمين والعاملين، والموردين والمشتريين؛ لتحقيق أهدافها، وأنها تمول نفسها بالتعاقد مع المساهمين الذين يستثمرون أموالهم ومدخراتهم مع هذه الشخصية الاعتبارية، ويثبت لهم حقوق على هذا الشخص المعنوي، والتي يُعبَّر عنها بأنها حقوق ملكية، دون أن ترتب عليهم التزامات بما يتجاوز رأس مالهم الذي شاركوا فيه.

ثانياً: أنه ليس بين المساهمين شركة عقد، بل كل واحد منهم أجنبي عن صاحبه، وإنما يشتركون في التعاقد مع الشخصية الاعتبارية، مع الإذن بخلط أموالهم مع أموال غيرهم، فهم من هذه الناحية أقرب إلى الصناديق الاستثمارية المعاصرة، والتي تكون فيها العلاقة بين مُلاك الوحدات الاستثمارية وبين مدير الصندوق، وينشأ بينهم شركة ملك؛ بسبب إذن كل واحد منهم بخلط أمواله مع أموال غيره من المستثمرين، والتي يترتب عليها شيوخ في الملك.

ثالثاً: تكيف العلاقة بين المساهمين والشخصية الاعتبارية لشركة المساهمة بأنها من أنواع النيابة في التصرفات، أشبه بتصرفات الولي والوصي بقصد تتمير أموال المساهمين بما يُحقق لهم عوائد تتمثل في التوزيعات النقدية وفي الأرباح الرأسمالية للسهم، فهي وكالة خاصة من حيث عدم القدرة على التصرف في الأصل، ويتحمل المساهمون أجره العاملين وأعضاء مجلس الإدارة، والذين هم عاملون للشركة.

ومن المعلوم أن تصرفات الوصي والولي والناظر تُنسب إليه من حيث الحل والحُرمة، وليس إلى من يتولى التصرف عنه، وبناءً عليه يُخرَج جواز الاستئثار في الشركات المختلطة إذا كان نشاطها مباحاً من حيث الأصل، ويغلب على تعاملاتها الحل والإباحة؛ لعدم مشاركة المساهم في فعل المحرم، وإن كان ذلك لا يبيح للمساهمين العوائد المحرمة على هذه الاستثمارات.



المبحث الثاني: التكيف الفقهي للسهم

أولاً- تعريف السهم وخصائصه:

يُعرَّف السهم في القانون التجاري بأنه: «الْحِصَّة التي يُدَمِّمها الشريك في شركات المساهمة، ويمثل جزءاً معيناً من رأس مال الشركة، ويتمثل السهم في صك يُعطى للمساهم، ويكون وسيلته في إثبات حقوقه في الشركة».

وتتميز الأسهم التي تصدرها شركات المساهمة بعدد من الميزات؛ من أهمها: أنها متساوية القيمة، وأنها قابلة للتداول، وأنها غير قابلة للتجزئة في مواجهة الشركة، بالإضافة للسمة الأساسية في شركات الأموال، وهي المسؤولية المحدودة للمساهم، فلا تتجاوز مسؤوليته قيمة ما يملكه من أسهم الشركة.

والسهم قد يمثل حصة نقدية في رأس مال الشركة إذا كان ما قدمه الشريك نقداً، وقد يمثل حصة عينية إذا قدم الشريك عيناً منقولاً أو عقاراً، والسهم سواء كان نقدياً أو عينياً يُعتبر مالا منقولاً، ولو كانت الشركة تعمل في العقارات، ولو كانت الحصة التي قدمها الشريك عقاراً.

وشركات الأموال - كما هو معلوم - لا تقوم على شخصية المساهمين، كما هو الشأن في شركات الأشخاص، بل تقوم على شخصية اعتبارية ذات مسؤولية محدودة، مستقلة عن شخصية المساهمين وذمتهم المالية، بل إن تعدد الشركاء لا يعدُّ مرتكزاً في تكوينها؛ إذ إنها قد تكون مملوكة لشخص واحد، كما أقره النظام الجديد للشركات^(١٢).

وقد لاحظت كثير من القوانين هذا الاستقلال للشخصية الاعتبارية عن المساهمين، ففرصت ضريبة الدخل أو الأرباح على الشركات بشكل منفصل عن ضريبة الدخل على الأفراد؛ فالشركة تدفع ضريبة على مجموع أرباحها، سواء وزعتها أم لم توزعها، والمستثمر يدفع ضريبة أيضاً عما حصل عليه من أرباح موزعة، دون أن يُعتبر ذلك ازدواجاً ضريبياً؛ لأن الشركة أو الصندوق الاستثماري شخصية قانونية وذمة مالية، مستقلتان عن المستثمرين أفراداً أو مجتمعين^(١٣).

ثانياً- التكيف الفقهي للسهم:

للفقهاء المعاصرين أقوال في التكيف الفقهي للأسهم، وهي في الجملة ترجع إلى اتجاهين رئيسيين:

الاتجاه الأول: أن السهم وثيقة تمثل ملكية حصة نسبية شائعة في جميع موجودات الشركة التي أصدرته، من عروض ومنافع وديون.

٦٢- ينظر: الوجيز في القانون التجاري، مصطفى كمال: ١٩٢ و ٣٠٠ وما بعدها، القانون التجاري، الشركات التجارية، علي حسن يونس: ١١٢، ١٦١، ١٧٥، الوسيط في شرح القانون المدني ٥: ٢٢٢ - ٢٢٣، القانون التجاري السعودي، د. محمد

حسن الجبر: ٢٨٩ وما بعدها، الشركات التجارية، د. خالد الرويس: ٢١٨.

٦٣- ينظر: زكاة الأسهم والسندات، الشبلي، ضمن: أبحاث وأعمال ندوة زكاة الأسهم والصناديق الاستثمارية، الهيئة الإسلامية للاقتصاد والتمويل.



وقد أخذ بهذا القول أكثرُ الفقهاء المعاصرين، وبه صدرت قراراتُ مؤسسات الاجتهاد الجماعي، ومن ذلك:

١/ قرار مجمعِ الفقه الإسلامي الدولي بجدّة في قراره رقم ٦٣ (٧/١)، الذي جاء فيه ما نصّه: «إنّ المحلّ المتعاقد عليه في بيع السهم هو الحصة الشائعة في أصول الشركة. وشهادة السهم عبارة عن الحقّ في تلك الحصة».

٢/ قرار المجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي، في قراره الرابع في الدورة الخامسة عشرة عام ١٤١٥هـ، الذي جاء فيه: «السهم يمثّل حصة شائعة في رأس مال الشركة، والمساهم يملك حصة شائعة في موجودات الشركة».

٣/ المعيار الشرعي رقم (٢١) الصادر عن المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، حيث عرّف السهم في البند (٨/٢) بأنه: «وثيقة تثبت شرعاً ملكية المساهم لحصة شائعة في موجودات الشركة».

ثم جاء في البند (١/٣): «يُمثّل السهم حصة شائعة في رأس مال الشركة المساهمة، كما يمثّل حصة شائعة في موجوداتها، وما يترتب عليها من حقوق عند تحوّل رأس المال إلى أعيانٍ ومنافعٍ وديونٍ ونحوها، ومحل العقد عند تداول الأسهم هو هذه الحصة الشائعة».

ويستند هذا القول إلى ما يلي:

أولاً: أنّ شركة المساهمة لا تخرُج عن الشركات المعروفة في الفقه الإسلامي، والمساهم في شركة المساهمة شريك يملك حصته من موجودات الشركة، وكون الشركة لها شخصية اعتبارية لا يُبطل حق المساهم في تملك موجوداتها^(٦٤)، وأن قبول الفقهاء المعاصرين لشركة المساهمة لا يعني قبول جميع الأحكام التي يُقرّها قانون هذه الشركات، وينبغي أن يُستبعد منها ما يخالف القواعد الشرعية، ونفي ملكية المساهمين لهذه الموجودات مما لا يُقبل في هذه الحال، كما لم يُقبل الاجتهاد المعاصر بسائر أحكام القانون لعقد الإيجار التمويلي ولا بتكييفه القانوني^(٦٥).

ثانياً: أنّ الفقهاء المعاصرين بمن فيهم المخالفون في التكييف الفقهي للسهم = يتفقون على عدم جواز الاستثمار في أسهم الشركات ذات النشاط المحرّم، مما يدل على ارتباط الأسهم بهذه الموجودات، وأنها مملوكة لهم.

ثالثاً: أنّ القيود التي تتعلق بتصرف المساهم في هذه الموجودات لا تؤثر على ملكيته لهذه الموجودات؛ إذ السبب في هذه القيود هو شيوع الملكية بين المساهمين، وهو أمر يُقره الفقه الإسلامي، كما في منع الورثة من التصرف في التركة قبل قسمتها؛ وذلك لا ينفي ملكيتهم لتركة المورث، مع أنّ عدداً من القوانين المعاصرة تنفي هذه الملكية قبل قسمة هذه التركة.

ومن المتقرّر في الفقه الإسلامي أنّه لا يلزم من نفي التصرف نفي الملكية، كما في منع الراهن من التصرف في الرهن لحق المرتهن، ومثّل ذلك يُقال في تصرف الصغير والمحجور عليه لسفقه؛ فإن ذلك لا ينفي ملكيتهم له.

٦٤- ينظر: الشركات في الفقه الإسلامي، علي الخفيف: ١٢٧، الشركات في الشريعة الإسلامية، د. عبد العزيز الخياط

٢ : ١٥٩، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، الديبان ١٣ : ١١٨.

٦٥- ينظر: أعمال الندوة الحادية عشرة لقضايا الزكاة المعاصرة: ٢٦، الملتقيات الفقهية: ٦٨-٦٩.



ولهذا ذهب بعض الفقهاء إلى أن ملكية الواقف لا تزال على الأصل الموقوف، وإن كان ممنوعاً من التصرف في الوقف بما يخالف شرطه، وهو المشهور من مذهب المالكية، ويوافقهم في ذلك بعض الحنفية، مثل: ابن الهمام وابن عابدين عليهم رحمة الله .

مناقشة هذا الاتجاه:

اعترض على هذا الاتجاه بأنه لم يعتبر الخصائص الرئيسية لشركة المساهمة في التكيف الفقهي للسهم وشركة المساهمة، والتي تجعل شركة المساهمة لا تمت للشركة الفقهية إلا في اسم الشركة، والذي هو ترجمة خاطئة، ولا يعدو كونه مُشاكلةً لفظية لا تمت لحقيقة الشركة بصلة.

وفي ذلك يقول الدكتور القري: «اعتمدت جميع الفتاوى المعاصرة حول شركات المساهمة، وكذلك الأبحاث الفقهية في الموضوع تعريفاً مفادُه أن السهم حصةٌ مُشاعة في موجودات الشركة. وهذا تعريف صحيح للسهم في شركة العنان، لكنه ليس كذلك في شركة المساهمة الحديثة، ومردُّ هذا الاختلاف أن صفة المسؤولية المحدودة فيها تؤدي إلى توليد شخصية اعتبارية مستقلة عن حملة الأسهم، وإلى عزل الملكية عن الإرادة... وهذه النقطة في شركات المساهمة أغفلتها كل الدراسات الفقهية المعاصرة، وهي في نظرنا أهم عنصر في المسألة يترتب عليه آثارٌ بالغة الأهمية»^(١٦).

وقد استدلل على عدم توافق الشركة الفقهية مع شركة المساهمة بعدد من الأحكام والخصائص المتعلقة بشركة المساهمة، ومنها ما يلي:

١. أن تعدد الشركاء لم يعد من مقتضيات شركة المساهمة؛ إذ يجوز أن تؤول ملكية شركة المساهمة إلى مساهم واحد، كما يجوز أن تؤسس شركة مملوكة بالكامل لشخص واحد، وهي الشركة ذات الشخص الواحد، وهو أمرٌ يخالف أساس الشركة الفقهية؛ ما يدل على أن المقصود بالشركة هو الكيان القائم المتمثل في الشخصية الاعتبارية.
٢. أن شركة المساهمة قائمة على الاعتبار المالي، ولا تقوم على الاعتبار الشخصي للمساهم، بل النظر فيها إلى ما يقدمه كل مساهم؛ ولهذا لا يعرف المساهمون بعضهم بعضاً، وليس لديهم أي التزام تجاه بعض، بخلاف الشركات الفقهية، فإنها تقوم على الاعتبار الشخصي، ولا يصح عقدها دون معرفة للشركاء بعضهم بعض.
٣. أن شركة المساهمة قائمة على الفصل بين الإدارة والملكية، ومجلس الإدارة الذي يتولى التصرف في الشركة إنما هو ممثل للشركة بشخصيتها الاعتبارية، ومقتضى عمله تحقيق أغراض الشركة، ولو كان ذلك معارضاً لرغبة المساهمين الحاليين، فيتحذ القرار -مثلاً- بشأن توزيع الأرباح بما تقتضيه مصلحة الشركة، وليس بناءً على رغبة المساهمين؛ ولهذا لا يعد مجلس الإدارة وكيلاً عن المساهمين.

٤. انتهاء علاقة المساهم بما قدمه من مال في رأس شركة المساهمة بعد ولادة الشخصية الاعتبارية لشركة المساهمة، ولا يبقى له أي حق في عين ما قدمه من رأس مال الشركة، ويثبت ذلك كله لشركة المساهمة بشخصيتها الاعتبارية مما يدل على انتقال ملكية هذه الأموال لها، ولا يثبت له أي من الحقوق المتعلقة بهذه الأموال مثل حق الشفعة، ويملك في



المقابل سهمه الذي تمثله حقوقه في التوزيعات النقدية وفي تصفية الموجودات، وهو أمر لا يتوافق مع الشركات الفقهية التي يملك الشريك فيها حصة مشاعة من موجوداتها، ولا في النظائر الفقهية التي يتقيد فيها التصرف بسبب شيوع الملكية.

٥. أن الشخصية الاعتبارية هي المسؤولية عن التزاماتها أمام الآخرين، ومسؤوليتها في ذلك غير محدودة، في حين أن مسؤولية المساهم محدودة بما قدمه من رأس مال؛ وذلك لكونه مستثمرًا في هذه الشركة، وهو أمر لا يُعرف في الشركة الفقهية.

٦. أن الشركات التابعة للشركة المساهمة تعد شركة مستقلة عن الشركة الأم، ولا يؤدي اشتراكهما في الملكية وفي مجلس إدارة واحد إلى اندماج الشخصيتين أو اتحاد الذمتين، بل لكل شركة شخصية مستقلة عن أخرى في نظر القانون في القضاء، وكل من الشركتين ذمة مالية مستقلة أمام دائنيها، وليس لأي من دائني إحدى الشركتين مطالبة الشركة الأخرى.

٧. أن مالك أسهم الشركة يجوز أن يكون دائئًا للشركة، ويكون أسوة بغرمائها، كما يجوز أن يكون له أولوية على غيره من الدائنين إذا كان الدين موثقًا برهن.

٨. أن الأسهم تصدر في الأسواق العالمية بدون قيمة اسمية للأسهم، فيكون نصيب المساهم في رأس مال الشركة يُحدد من قبل المساهم، مما يدل على أنه مُعاوضة عن هذا الحق في شركة المساهمة.

٩. أن شركة المساهمة ليست عقدًا، ولا تنشأ بموجب للعقد، وإنما تظهر للوجود بقرار من الجهة المختصة بعد استكمال الشركة للمتطلبات النظامية.

الاتجاه الثاني: أن السهم ورقة مالية لا تمثل موجودات الشركة، ومالك السهم لا يملك تلك الموجودات، ولا حق له فيها، وإنما هي مملوكة للشركة بشخصيتها الاعتبارية.

ويُعدُّ الدكتور محمد القري من أول من اعتنى بتأصيل هذا القول من الناحية الفقهية والقانونية، وذلك في بحثه «الشخصية الاعتبارية ذات المسؤولية المحدودة»^(٦٧).

ويتفق أصحاب هذا الاتجاه أن شركة المساهمة تختلف عن الشركات المعروفة في الفقه الإسلامي، مثل شركة العنان، ولا يمكن تطبيق ذلك على شركة المساهمة.

ويوضح د. القري أن توافقًا مع النظرة القانونية لا يعني تحكيم القانون على الأدلة الشرعية، فيقول: «ليست القوانين الوضعية بحجة علينا، ونحن في الرجوع إليها لا نقول بها ولا نبتئها بديلاً عن شريعتنا السمحة، لكن صيغة شركة المساهمة ذات المسؤولية المحدودة نازلة وأمرٌ مستحدث يحتاج إلى نظر؛ للتوصل فيه إلى حكم الشريعة»^(٦٨).

٦٧- وقد نشره في مجلة دراسات اقتصادية إسلامية، المجلد الخامس، العدد ٢، عام ١٤١٩هـ، وقد عرض تكيفه لهذه المسألة في مناقشات مجمع الفقه الإسلامي عام ١٤١٨هـ، ينظر: مجلة المجمع العدد الثالث عشر ٢: ٣٩٧، وقدم بذلك ورقة إلى مؤتمر شورى الفقهي الخامس في عام ١٤٣٥هـ بعنوان: «أثر الاختلاف بين الشخصية الطبيعية والاعتبارية».

كما قدم ورقة علمية لمؤتمر شورى الفقهي السادس عام ١٤٣٥هـ، بعنوان: «التكليف الفقهي لأسهم الشركات المساهمة».

٦٨- الشخصية الاعتبارية ذات المسؤولية المحدودة، دراسة فقهية اقتصادية: ١٩.



وقد حظي هذا الاتجاه باهتمام العديد من الفقهاء المعاصرين، وظهرت كتابات تتفق مع هذا التكييف الفقهي لبعض الفقهاء المعاصرين، مثل: الدكتور نزيه حماد^(٦٩)، والشيخ محمد المختار السلامي^(٧٠)، والشيخ نظام يعقوبي^(٧١)، والشيخ يوسف الشبيلي.

ويتفق أصحاب هذا الاتجاه في النفي، ويختلفون في الإثبات؛ فهم يتفقون على أن السهم لا يمثل حصة في موجودات الشركة، غير أنهم اختلفوا في الحقيقة التي تنبئ لهذه الأسهم، وذلك على أربعة أقوال:

القول الأول: أن السهم يمثل حصة من الشخصية الاعتبارية لشركة المساهمة، وأن شركة المساهمة هي التي تستقل في تملك هذه الموجودات، وأن شركة المساهمة بطرح أسهمها للاكتتاب تباع نفسها للمساهمين في صورة أسهم، وأن المساهمين باكتتابهم في هذه الأسهم يمتلكون حصة في شركة المساهمة، دون أن يترتب عليه نقل ملكية المساهمين لهذه الموجودات.

وهذا ما قرره الدكتور القري أولاً في بحثه المنشور في مجلة الاقتصاد الإسلامي، وقد استند فيه على أصل فقهي، وهو ملكية السيد للعبد المأذون له بالتجارة، على قول من قال من الفقهاء: إنه يتملك بالتملك، فالعبد حينئذ يستقل بالملك والتصرف فيما يملك من الأموال، دون أن يكون هذا المال مملوكاً للمالك، وفي نفس الوقت لا يتحمل التزامات العبد التجارية فيما يزيد على قيمة العبد^(٧٢).

ويُعد هذا القياس أحد الحجج القانونية التي ساهمت في إثبات المسؤولية المحدودة للمساهمين في شركة المساهمة، كما يدل عليه التاريخ القانوني لشركة المساهمة وتطورها.

وقد اعترض د. نزيه حماد، وهو من الموافقين للدكتور القري في نفي ملكية المساهمين لموجودات الشركة، على هذا الاستدلال بعدد من الاعتراضات، وهي:

١. أن ثبوت أهلية العبد للتملك بالإذن من المسائل المختلف فيها بين الفقهاء؛ ولو سلم بذلك فإن جواز ذلك معتبره في العبد أنه شخص طبيعي، وهو ما يعبر عنه الفقهاء بكونه آدمياً حياً، وأن إذن مالك العبد يُزيل أثر الوصف الطارئ عليه (وهو العبودية) والذي كان يحول دون أهليته الكاملة للتملك، ومن المعلوم أن شركة المساهمة شخص معنوي، فافتراقاً.

٢. أنه لو سلم بملكية العبد لماله، فهي ملكية ناقصة؛ لافتقارها للإذن من المالك في ثبوتها، وغير مستقرة بسبب قدرة حق المالك على التسلط عليها، ومثل هذا لا يقال في شركة المساهمة؛ فملكها على الموجودات مستقر.

٣. أن العبودية لا تثبت في الشريعة الإسلامية ابتداءً بالبيع، فالحر لا يبيع نفسه، ولا يملك أحدٌ ببيع، فالقول بأن شركة المساهمة تباع نفسها يُعارض الأصل المقيس عليه.

٦٩- وذلك في بحثه «التكييف الفقهي لأسهم الشركات المساهمة»، والمقدم لمؤتمر شورى الفقهي السادس، في عام ١٤٢٧هـ.

٧٠- وذلك في بحثه «المتاجرة بأسهم شركات غرضها ونشاطها مباح، لكنها تُقرض وتُقرض بفائدة»، والمقدم للندوة الفقهية الخامسة لبيت التمويل الكويتي حيث قال: «السهم ورقة مالية تمثل حق ملكية مشاعة في رأس مال الشركة وما يتبعه من حقوق... لكن صاحب السهم لا يملك مقداراً نصيبه من موجودات الشركة». ينظر: ندوات بيت التمويل الكويتي ٥ : ١٤.

٧١- ينظر: ندوات بيت التمويل الكويتي ٥ : ٧٦.

٧٢- ينظر: الشخصية الاعتبارية ذات المسؤولية المحدودة، دراسة فقهية اقتصادية: ٣٥.



ويظهر أن هذه الاعتراضات -على وجهاتها- تصحُّ لو كان قياسُ شركة المساهمة على مسألة العبد المأذون له قياسٌ علة، بيد أن القياس الذي قصد إليه د. القري هو قياسُ شبهه، ومن المعلوم أن قياسَ الشبه لا يُطلب فيه الطردُ والعكس الذي يُطلب في قياس العلة، بل يلحق المجتهدُ الفرعُ بالأصل؛ لما يراه من الشبه بين الأصل والفرع في الحكم الذي يقصد الاستدلال له، دون الالتزام بإلحاق الفرع بالأصل في سائر أحكام الأصل طرداً وعكساً، ويمثّل الأصوليون لقياس الشبه بالعبد، وهل يلحق بالإدمي الحر، أو يلحق بالأموال، فالفقهاء يلحِقون العبد تارةً بالحر وتارةً بالمال؛ بحسب ما يلحظه المجتهد من الشبه الحكمي في المسألة التي ينظر فيها. غير أن ذلك لا يمنع من الاعتراف بضعف قياس الشبه في الاستدلال من حيث الجملة، مقارنة بغير من أصول الاستدلال والقياس، فلا يقوى على الفصل في المسائل التي يكثر النزاع بشأنها، كما هو الشأن في هذه المسألة.

ولهذا وغيره؛ فقد اختار د. محمد القرى الإعراض عن الاستدلال بقياس شركة المساهمة على العبد المأذون له، وما ترتب عليه من القول بأن شركة المساهمة تباع نفسها في البحث المقدم إلى مؤتمر شوري، كما اختار الدكتور نزيه حماد الإعراض عن الانتقاد له في بحثه بعد تحريره ضمن (عيون المستجدات)، وانتهى كل منهما إلى:

القول الثاني، وهو: أن السهم - كما عرّفه د. القري - «حق في الحصول على حصة من الربح، إذا قرّر مجلس إدارة الشركة توزيعه على حملة الأسهم، وعلى نصيب من قيمة تصفية أصول الشركة عند تصفيتها».

وهو ما يعبر عنه الدكتور نزيه بقوله: «ورقة مالية مثلية غير قابلة للتجزئة، منفصلة ومستقلة عن موجودات الشركة التي تصدره، قابلة للتداول بالطرق التجارية، تمثل وتثبت لحاملها حقاً في نصيبه (حصته النسبية) في أمرين (أحدهما) أرباحها، أي: ربيعها عندما تقرر توزيعها على حملة الأسهم، (والثاني) موجوداتها في حال تصفيتها».

ويقول د. القري بشأن ملكية الشخصية الاعتبارية للمساهمين: «يمكن لشخص واحد أن يملكها كما يمكن لشخصية اعتبارية أخرى أن تملكها، بل إن نموذج الشركة المساهمة ذات المسؤولية المحدودة يحتمل ألا يكون لها مالك أصلاً».

ويقرر د. القري أن هذا الحق لا يمثّل ملكية في أصول الشركة، وإنما يعد من الحقوق الشخصية، وهو يشبه الدين، وإن لم يكن ديناً، ويتضمن منافع يجوز معاوضة عليه، وأن هذا الحق مال تجوز المعاوضة عليه بالبيع والشراء، وهو ما يقصده المتداولون لهذه الأسهم بالبيع والشراء.

مناقشة هذا القول:

اعتراض على هذا التوصيف بأنه يقتضي أن الحقوق التي تثبت للمساهم إنما هي بسبب ما قدّمه من مال عند اكتتابه في شركة الشركة، فمنحته الشركة هذه الحقوق مقابل ذلك بعقد بيع، فهذا يشكّل عليه ما يلي:

أولاً: ألا يظهر مناسبة عقد البيع في تكيف المعاوضة بين قيمة الأسهم التي أكتتب بها المساهم بالحقوق في التوزيعات عن عوائد الاستثمار في الشركة، وفي صافي الموجودات عند التصفية؛ لأن هذا من شأن عقود المشاركات أو الوكالة بالاستثمار.



ثانياً: ولو سُلم بصحة المعاوضة على هذه الحقوق من حيث الأصل، فإن المعاوضة عليها يُشكل عليها الجهالة في عوائد هذه الحقوق، وهي المقصود أصالةً بالمعاوضة للمتعاقدين، ولو كان عقد مشاركة أو استثمار لم يكن لجهالة العوائد وصايف أصول الشركة بعد التصفية أثر في المنع من هذه المعاملة.

ثالثاً: أنه لا يُسلم أن القانون يَنْفي ملكية هذه الموجودات، وما ذُكر من التعريفات القانونية التي تنص على أن السهم يُمثل الحق في التوزيعات النقدية وفي صايف أصول الشركة عند تصفيتها، وعلى انتقال أصول المساهمين إلى شركة المساهمة؛ فإنه لا يدل على نفي الملكية، وليس هذا مما تعنى القوانين بتقريره؛ إذ القانون يقتصر القانون على ذكر الأحكام التي يظهر أثرها في الواقع العملي، ويجعل المجال للفقه القانوني في التحليل والتفسير والتكييف، وفقهاء القانون لا يتفقون على نفي ملكية أصول الشركة للمساهمين، ولو اتفقوا فإن ذلك لا يقضي بوجود الخضوع لنظرياتهم أو أحكامهم؛ لأن ذلك لا يُعد جزءاً من تصور الواقع.

القول الثالث: وهو أن السهم ورقة مالية يُمثل حصة شائعة في الشخصية الاعتبارية للشركة، وهذه الشخصية الاعتبارية لها ذمة مالية مستقلة عن ملاكها، وهم المساهمون، ولها أهلية كاملة، فهي قابلة للإلزام والالتزام، وإجراء العقود والتصرفات، وتحمل الديون والإلتزامات، والأضرار الواقعة على الغير في حدود ذمتها فقط، ولا يتعداها إلى المساهمين، وكل ما يتبنت لها أو عليها فهو بالأصالة، لا على سبيل الوكالة عن المساهمين.

وعلى هذا؛ فإن مالك السهم بامتلاكه حصة في هذه الشخصية، فإنه يملك موجوداتها الحسية والمعنوية على سبيل التبعية، وهذه الملكية ناقصة، فلا يملك التصرف بشيء منها، ولو زادت قيمة هذه الموجودات عن قيمة أسهمه فليس له حق المطالبة بها، كما أنه لا يتحمل في ماله الخاص الديون أو الأضرار التي قد تقع بسببها على الآخرين؛ لأنه لا يملك هذه الموجودات ملكاً مباشراً، وليست يد الشركة عليها بالوكالة عنه.

وقد ذهب إلى هذا التكييف الدكتور يوسف الشبيلي في بحثه في «زكاة الأسهم»^(٧٣).

حيث ذكر أن هذا التكييف بالإضافة إلى توافقه مع النظرة القانونية، فهو يتوافق مع ما ذكره بعض الفقهاء في نظير الشخصية الاعتبارية للشركة المساهمة، وهو الشخصية الاعتبارية للموقوف على معين؛ فإن الوقف له شخصية وذمة مالية، مستقلة عن الواقف والموقوف، ومع ذلك فقد ذهب الحنابلة والشافعية في قول إلى انتقال ملكية الوقف إلى الموقوف عليهم^(٧٤).

مناقشة هذا القول:

نُقش هذا القول بأنه في مؤداه يؤول إلى القول بنفي الملكية، وأن الأولى منه إثبات الملكية للشخصية وصايف موجوداتها، وهذا لا يناه في اعتبار الشخصية الاعتبارية في الأحكام المتعلقة بشركة المساهمة.

٧٣- وقد قدمه لدوة الأسهم والصناديق الاستثمارية الذي نظّمته الهيئة الإسلامية العالمية للاقتصاد والتمويل عام ١٤٣٠هـ، كما قدم الدكتور بحثاً بعنوان «إصدار وتداول الأسهم والصكوك» عام ١٤٢١هـ، كما قدم بحثاً بعنوان «التوصيف الشرعي للأسهم والأثار المترتبة عليه» مؤتمر شوري الفقهي السادس عام ١٤٢٧هـ.

٧٤- أبحاث وأعمال ندوة زكاة الأسهم والصناديق الاستثمارية: ١٥٣، وينظر: شرح المنتهى ٢: ٤٠٨، والحاوي الكبير ٧: ٥١٦.



القول الرابع: أن السهم يُشبه العملات النقدية التي تُصدرها البنوك المركزية، والتي تُستند في قوتها واعتبارها على القوة الاقتصادية للدولة، وما تملكه من الموجودات من الذهب والفضة والعملات الأجنبية، دون أن تمثل هذه العملات حصة منها.

وقد قال به الدكتور محمد عبد الغفار الشريف في تعقيبه على أوراق الندوة.

مناقشة هذا القول:

يُظهر أن هذا القول في حقيقته يجعل الأسهم بمثابة العملات التي لا قيمة لها في نفسها، وإنما بحسب ما تُظهره الأسواق المالية من العرض والطلب على هذه العملات بالنظر إلى المركز المالي لشركة المساهمة وما يتوقعه.

ويُشكل عليه أمران:

الأول: أن عدَّ الأسهم بمثابة العملات لا يُناسب طبيعة هذه الأسهم التي يستحق المساهم فيها حصة من التوزيعات النقدية، ولا استحقاق حصة من أصول الشركة عند تصفيتها. كما أنها لا تتمتع بسائر خصائص العملات من كونه وسيطاً في التعامل ومِعياراً للقيمة، فتَضَعُفُ عن إلحاقها بالأوراق النقدية في جريان الربا بها.

الثاني: أنه يُؤدي إلى نتائج ليس من اليسير الالتزام بها، ولا سيما إذا قلنا: إنه يجري فيها الربا كما في الأوراق النقدية، لكن يمكن أن يُقال: إن هذا القول لا يلزم منه إلحاق هذه الأوراق بالعملات الورقية في جريان الربا بها؛ وذلك لكونها ليست بديلاً عن الذهب والفضة، وليس رائجاً رواج العملات المعاصرة.

والذي يُظهر في هذه المسألة أن السهم يُمثل حصةً من موجودات الشركة، كما أخذ بذلك الاجتهاد الجماعي في هذه المسألة، وهو الذي يتفق مع ما تقدّم من النظرية الاقتصادية الحديثة في حقيقة شركة المساهمة، وأما ما تذكّره القوانين المعاصرة من انتقال ملكية الأموال التي يساهم بها المساهمون إلى الشخصية الاعتبارية لشركة المساهمة فلا يُقصد منه نفي ملكية هذه الأعيان على الحقيقة؛ بدليل ظهور هذه الملكية عند تصفية الشركة لأموالها.

وفي ذلك يقول د. علي حسن يونس: «إن الشركة وإن كانت شخصاً معنوياً مستقلاً عن أشخاص المساهمين، إلا أن هذا الاستقلال لا يعني إقصاء الآخرين إقصاء تاماً، ولا يُرتب انتفاء كل أثر لوجودهم، ولكنهم من خلف الشركة تُشَفُّ عنهم شخصيتها، فإذا اختفت هذه الشركة في ميدان الدفاع عن مصالحها ظهرت شخصية المساهم»^(٧٥).

وإنما يُقصد أساساً بانتقال ملكية هذه الأصول إلى الشركة: نفي قدرة المساهمين على التصرف في أعيان هذه الأموال؛ لانتقال حق التصرف بالكامل إلى الشركة بشخصيتها الاعتبارية، وإن كان نماءً هذه الأصول هو للمساهمين، ومن المعلوم أن عدم القدرة على التصرف لا يلزم منه نفي الملك من حيث الأصل، كما في المحجور عليه، فإنه لا يملك التصرف، لكن ذلك لا يَنفي ملكيته لأمواله.



لكن يرد مثل هذا الإشكال في التردد في إثبات الملكية أو نفيه عند عدم القدرة على التصرف على نحو دائم، كما في منع الواقف من التصرف في الوقف، أو المنع من بيع أمهات الأولاد، فإنه يحصل التردد في إثبات الملكية في هذه الأحوال.

والنظر السليم يقتضي عدم نفي الملكية للمساهمين بنفي قدرتهم على التصرف؛ وذلك لعدم الأصل الناقل، فضلاً عن استحقاقهم للنماء، وظهور هذه الملكية عند تصفية الشركة، وبناء عليه فإن هذه الأصول مملوكة للمساهمين على سبيل الشيوخ، وأن السهم يمثل حصة شائعة في أصول الشركة، وهو الذي عليه قرارات الاجتهاد الجماعي.

وقد ذكر الإمام ابن تيمية أن هذه القيود التي ترد على الملكية قد تكون مثاراً للخلاف في إثبات الملك أو عدم إثباته؛ لخروجه عن قياس الملك المطلق، وخروجه عن قياس زوال الملك، مثل خلافهم في ملك الهدى المعين، والمال المنذور التصديق بعينه، والمال الموقوف على معين، هل يكون في حكم ملك الله، أو يكون باقياً في ملك الواقف، أو ينتقل إلى الموقوف عنه^(٧٦).

ويخلص الإمام ابن تيمية من ذلك كله إلى نتيجة مهمة، وهي أن للناس أن يتواضعوا في تعاملاتهم على ملكية يتقيد فيها تصرفهم على النحو الذي يحقق مقاصد ومصالح المتعاملين، فيكون انتقال ملك المال مقيداً في التصرف، وهو ما قصده بقوله: «إِذَا كَانَ الْمَلِكُ يَتَنَوَّعُ أَنْوَاعاً، وَفِيهِ مِنَ الْإِطْلَاقِ وَالتَّقْيِيدِ مَا وَصَفْتَهُ وَمَا لَمْ أَصِفْهُ لَمْ يَمْتَنِعْ أَنْ يَكُونَ ثَبُوتُ ذَلِكَ مُفَوَّضاً إِلَى الْإِنْسَانِ، يُثَبَّتْ مِنْهُ مَا رَأَى فِيهِ مَصْلِحَةً لَهُ، وَيَمْتَنِعُ مِنْ إِثْبَاتِ مَا لَا مَصْلِحَةَ فِيهِ. وَالشَّارِعُ لَا يَحْظُرُ عَلَى الْإِنْسَانِ إِلَّا مَا فِيهِ فَسَادٌ رَاجِحٌ أَوْ مُحَضٌّ، فَإِذَا لَمْ يَكُنْ فِيهِ فَسَادٌ، أَوْ كَانَ فَسَادُهُ مَغْمُوراً، لَمْ يَحْظُرْهُ أَبَداً»^(٧٧).

وما ذكره الإمام ابن تيمية رحمه الله يطبق على حقوق المساهمين في شركات المساهمة؛ فهم يملكون هذه الموجودات التي تمثلها أسهمهم ملكاً مجرداً من أي حق في التصرف فيها، سوى بيع هذه الأسهم التي تمثل حقوقهم في هذه الشركة على جهة الشيوخ، ويستحقون بموجب هذه الحصة ما يترتب عليها من أرباح توزعها الشركة، كما يحق لهم اختيار مديري الشركة، والمشاركة في القرارات المهمة للشركة، وقد تواضعوا على أن تنتقل ملكية هذه الأصول مقيدةً بهذه القيود.

هذا ما ظهر لي في هذه المسألة، وأسأل الله عز وجل أن أكون وُفِّقْتُ فيه، وصلى الله وسلم على نبينا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين.

٧٦- ينظر: مجموع الفتاوى ٢٩: ١٧٨-١٧٩.

٧٧- ينظر: مجموع الفتاوى ٢٩: ١٨٠.

ملخص البحث

يمكن تلخيص أهم ما انتهى إليه البحث من نتائج فيما يلي:

١. أن الشخصية المعنوية لشركة المساهمة شخصية مستقلة عن المساهمين، ولها ذمة مالية مستقلة تؤهلها للالتزام والالتزام بالأصالة عن نفسها، وأن هذه الشخصية تعنى أصالة بتحقيق الغرض الذي أنشئت من أجله، وأنها - في سبيل ذلك - تتعاقد بمجموعة من التعاقدات مع المساهمين والعاملين والموردين والمشتريين، وهي تؤمّل نفسها بالتعاقد مع المساهمين الذين يستثمرون أموالهم ومدخراتهم مع هذه الشخصية الاعتبارية، ويتبّت لهم حقوق على هذا الشخص المعنوي، والتي يُعبّر عنها بأنها حقوق ملكية، دون أن تترتب عليهم التزامات بما يتجاوز رأس مالهم الذي شاركوا فيه.

ولهذا أجازت القوانين المعاصرة أن تؤمّل ملكية الأسهم في شركة المساهمة إلى مساهم واحد، أو تؤسس شركة ذات شخص واحد، وأن يكون هذا المساهم دائماً بعقد آخر لهذه الشركة مع كونه المساهم فيها.

٢. أن الشخص المعنوي في شركة المساهمة ليس مملوكاً للمساهمين ولا لغيرهم؛ فهو مستقل عن المؤسسين له، وله غرض يحدده النظام الرئيس للشركة يسعى إلى تحقيقه من قبل الممثلين له، كسائر الشخصيات المعنوية، كالدولة، والهيئات والمؤسسات العامة، والجمعيات الأهلية.

٣. أنه لا يصح تخريج شركة المساهمة على شركة العنان لقيامها على الفصل بين الملكية والإدارة (العمل)، وهو يخالف ما قرره الفقهاء من أن شركة العنان قائمة على الوكالة والأمانة، وقد قرر فقهاء الحنفية والمالكية أنه متى ما اشترط تفرد أحد الشركاء بالعمل فإنها تبطل لمخالفتها مقتضى شركة العنان، كما تبطل عند الشافعية إذا اشترط عدم تصرف غير العامل في ملكه في شركة العنان، وقد اختلف الحنابلة في تكييف العقد حينئذ، والأقرب أن مذهبهم كمذهب الحنفية والمالكية كما هو ظاهر كلام الإمام ابن قدامة.

٤. أنه لا يصح تخريج شركة المساهمة على أنها شركة مضاربة؛ لكون العمل في شركة المساهمة من مجموع العاملين ومجلس الإدارة، وهم يأخذون على ذلك - في الجملة - أجرة معينة، وقد انعقد الإجماع على عدم جواز المضاربة مع اشتراط مبلغ معين للعامل، ولا يصح اعتبار مكافأة مجلس الإدارة الأساس الوحيد في تكييف عقد المساهمين مع الشركة؛ لأن العمل في الشركة لا يقتصر على مجلس الإدارة، فالعاملون في الشركة يأخذون أجرتهم من المساهمين وليس من مجلس الإدارة.

٥. تكيّف العلاقة بين المساهمين والشخص المعنوي لشركة المساهمة بأنها من أنواع النيابة في التصرفات لتثمين أموال المساهمين، غير أنها أشبه بتصرفات الولي والوصي، والذين يتصرفون لمصلحة غيرهم وليس بالوكالة عنهم.

وتصرفات الوصي والولي والناظر تُنسب إليه من حيث الحُل والحُرمة، وليس إلى من يتولى التصرف له، ويجب في اختيار الولي والوصي اختيار الأتمل في الأتمل، ويعتبر



في ذلك عموم البلوى، وبناءً عليه يُخرَج جوازُ الاستثمار في الشركات المختلطة إذا كان نشاطها مباحاً من حيث الأصل، ويغلب على تعاملاتها الحل والإباحة؛ لعدم مشاركة المساهم في فعل المحرم، وإن كان ذلك لا يُبيح للمساهمين العوائد المحرمة على هذه الاستثمارات.

٦. أنه ليس بين المساهمين شركة عقد، بل كل واحد منهم أجنبي عن صاحبه، وإنما يشتركون في التعاقد مع الشخص المعنوي لتثمين أموالهم كل بمفرده، بما يُحقق لهم عوائد تتمثل في التوزيعات النقدية وفي الأرباح الرأسمالية للسهم، ويتربط على ذلك أن تنشأ بين المساهمين شركة ملك؛ بسبب إذن كل واحد منهم بخلط أمواله مع أموال غيره من المستثمرين، فهم من هذه الناحية أقرب إلى الصناديق الاستثمارية المعاصرة، والتي تكون فيها العلاقة بين ملاك الوحدات الاستثمارية وبين مدير الصندوق، وهذا يتوافق مع أهم خصائص شركة المساهمة، وهو قيامها على الاعتبار المالي، وأن المساهمين لا يعرف بعضهم بعضاً.

٧. أن الأسهم التي تُصدرها شركة المساهمة تمثل حصة من صافي أصول الشركة بعد خصم ما عليها من التزامات، غير أن ملك هذه الحصة لا يثبت للمساهمين حق المطالبة بهذه الأصول أو الشفعة فيها بناءً على نظام الشركة، الذي قبل المساهم الدخول في هذه العلاقة التعاقدية بناءً عليه، ويحق لهم في المقابل بيع السهم الذي يمثل هذه الحقوق، والذي يعد الحق الرئيس للمساهم في هذه الشركة.

وأما ما تذكره القوانين المعاصرة من انتقال ملكية الأموال التي يساهم بها المساهمون إلى الشخصية الاعتبارية لشركة المساهمة، فلا يقصد منه نفي ملكية هذه الأعيان على الحقيقة؛ بدليل ظهور هذه الملكية عند تصفية الشركة لأموالها، وإنما يقصد به نفي قدرتهم على التصرف في هذه الأموال.

٨. أن الأصل في الأحكام المتعلقة بالسهم اعتبار ما يمثله السهم من صافي موجودات الشركة من ديون ونقود؛ غير أنه يسوغ للمجتهد العدول عن هذا الأصل، فينزل السهم منزلة العرض دون اعتبار ما يمثله من صافي الموجودات إذا كان مقصود المتعاملين -أصالة- الاستثمار في نشاط السهم والحقوق التي يملك المساهم التصرف، كما في المسائل التالية:

أ. زكاة السهم بنية المتاجرة فتقدر زكاته باعتباره عروض تجارة دون اعتبار لموجوداته، كما أخذ بذلك قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي، وذلك في الحال التي لا يعلم المساهم ما يمثله السهم من موجودات زكوية.

ب. تداول أسهم الشركات من المؤسسات المالية دون اعتبار ما يمثله من موجودات، كما أخذ بذلك المعيار الشرعي رقم (٥٨) بشأن «بيع الدين».

ج. إقراض السهم والسلم فيه إذا كان إلى مدة يغلب على الظن بقاء الشركة واستمرار مركزها المالي بشكل مقبول لطرفي التعاقد، واستمرار تداول أسهم الشركة، كما أخذ بذلك أكثر المشاركين في ندوة مستقبل العمل المصرفي الإسلامي العاشرة عام ٢٠١٧م.



وبكل حال يجب اعتبار موجودات السهم في مشروعية تداول السهم إذا كان نشاط الشركة محرماً أو كان المحرم منه كثيراً لا يسوغ معه الاستثمار في هذه الأسهم.

ولا يلزم القول بأن السهم حصة من الموجودات طرد هذا في سائر أحكامها؛ لأن إعطاءها حكم العرض في هذه المسائل من باب التقديرات الشرعية، وكما يقول القرافي في قاعدة التقديرات الشرعية: «المقدرات لا تنافي المحققات، بل يجتمعان، ويثبت مع كل واحد منهما لوازمه وأحكامه».

وبهذا يتبين أنه لا يتوقف القول في شيء من هذه المسائل على القول بأن السهم حصة من صافي الموجودات أو أنه يمثل حقاً في العوائد وفي صافي أصول الشركة بعد تصفيتها. وصلى الله وسلم على نبينا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين.