

ضمان وكيل الخدمات

د. خالد بن محمد السيارى

الأستاذ المساعد، قسم العلوم الإنسانية، الجامعة السعودية الإلكترونية

بسم الله الرحمن الرحيم

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

فهذه ورقة مختصرة في مسألة محددة جاءت في خطاب استكتاب مؤتمر أيوفي الشرعي العشرين، المتوقع انعقاده في البحرين يوم الأحد والاثنين ١٤ و ١٥ شوال ١٤٤٣ (١٥ و ١٦ مايو ٢٠٢٢).

والذي يظهر لي أن المقصود من عرض الموضوع، ليس الوصول إلى نتيجة محددة، أو معالجة مشكلة قائمة، وإنما هدفه تأصيل الاجتهاد الفقهي وتوجيهه في هذه المسألة، وهو اجتهاد المجلس الشرعي للمعايير الشرعية، وعدد من اللجان الشرعية للصكوك، وتحاول الورقة تأصيل الموضوع وتتبع جذوره وبيان مداركه وعرض مآخذه والإشكالات الواردة عليه ومحاولة الإجابة عنها.

وقد رأيت عرض الورقة في النقاط التالية:

١. مدخل إلى الموضوع.
٢. المقصود بوكيل الخدمات.
٣. التخريج الفقهي لوكيل الخدمات.
٤. ضمان وكيل الخدمات.

وبالله تعالى التوفيق.

المسألة الأولى: مدخل إلى الموضوع

وتشتمل هذه المسألة على النقاط التالية:

١. توطئة.
٢. نطاق البحث.
٣. نماذج الصكوك.
٤. خصائص الصكوك.
٥. توظيف ما سبق في مسألة البحث.
٦. حكم الشروط المتقدمة على العقد.

أولاً: توطئة

إن عرض الموضوع بالعنوان المذكور في المؤتمر مع ذكر مفرداته قد يسبب غموضاً لاسيما لغير الممارسين والمتابعين لمنتج الصكوك وتجربته في المؤسسات المالية الإسلامية، ولذا أحاول في هذه الورقة بيان المقصود ما أمكن، وقد بدأ ذلك من الباحث في تعديل العنوان إلى (ضمان وكيل الخدمات).

وهذا الموضوع ليس له وجود بالصورة المذكورة في خطاب الاستكتاب سوى في منتج الصكوك في حدود علم الباحث، ولذا يحسن التمهيد بتحديد نطاق البحث، ثم بيان مآل تجربة الصكوك في السوق المالية الإسلامية، بعيداً عن الأدبيات النظرية في هذا الموضوع، فلنأخذ في مقام تعليم أو تدريب، وإنما مع نخبة من العلماء والخبراء والباحثين.

ثانياً: نطاق البحث

البحث خاص بوكيل الخدمات في الصكوك باعتبارها ورقة مالية بديلة عن السندات، فلا يدخل في نطاق هذا البحث:

١. وكيل الخدمات في التمويلات الجماعية وتمويل المشروعات ومنها القائمة على عقود الإيجار التمويلي، التي تجري في عدد من البنوك الإسلامية.
٢. وكيل الخدمات في بيع محافظ التمويل مع عدم الرجوع على البائع، وتحمل المشتري جميع مخاطرها،

وخروج المحفظة فعلا من ميزانية البائع، ومن أشهر أمثلتها: صكوك التوريق القائمة على إعادة تمويل محفظة تمويل قائمة. ومن الأمثلة: بيع البنوك وشركات التمويل محافظها التمويلية إلى شركة إعادة تمويل، وغالبا ما تكون شركات إعادة التمويل ضخمة ومدعومة، على غرار شركات إعادة التأمين. ومثلها بيع شركات التمويل محافظها التمويلية للبنوك. ومثلها بيع شركات تمويل السيارات بالإيجار التمويلي محافظ التمويل التأجيري للبنوك. وفي جميع هذه الصور يجري توكيل البائع بتقديم خدمات تتمثل في إدارة المحفظة وتحصيل تدفقاتها النقدية، ولا تتضمن هذه الوكالة ضمنا ولا وعدا بالشراء، فالملكية ليست مؤقتة.

ففي هذه الصور تغيب أركان أساسية في صكوك وكالة الخدمات -محل النظر- منها: التعهد بالشراء بالقيمة الاسمية، والتعهد باستبدال الأصول، لعدم احتياج النموذج لها كما سيأتي في مزايا الصكوك، ولذا لن يتناولها البحث.

ثالثا: نماذج الصكوك

في ضوء قرب الكاتب من هذه الصناعة، فإن أكثر نماذج الصكوك شيوعا وانتشارا في أسواق المال الإسلامية، ثلاثة نماذج:

١. نموذج صكوك الإجارة (وأغلبها قائمة على إجارة الأصول الموصوفة، فهي تستهدف مجالات الإعمار والتنمية للحكومات والشركات، وجلّها قائم على إجارة العين لبائعها). وهذا النموذج يمكن القول بأن كثيرا من جوانبه قد جرى تناوله في عدد من محافل الصناعة وقرارات مؤسسات الاجتهاد الجماعي والدراسات والأبحاث الفقهية.

٢. نموذج صكوك المراجعة والمضاربة، أو ما يسمى بنموذج (٤٩/٥١)، وهو نموذج محلي التصميم، وأول منشأة بدأت فيه هي بنك الجزيرة عام ٢٠١١م^١، ثم انتشر على نحو واسع، حتى استقر في نماذج صكوك الحكومة السعودية (صكوك وزارة المالية) في الإصدارات المحلية بالريال والدولية بالدولار مع اختلاف بينهما في الشروط ليس هذا محل بحثه، و"هذا هو الهيكل الذي أصبح اليوم

^١ صكوك التمويل الإسلامي، د. محمد القرني ص ٢١٢.

معياراً لإصدارات الصكوك"^٢. وهذا النموذج قد جرى تناوله في أبحاث مؤتمر أيوفي الشرعي السادس عشر عام ١٤٣٩ (٢٠١٨) وصدرت بشأنه توصيات المؤتمر.

٣. نموذج صكوك وكالة الخدمات، وهو نموذج محلي وخليجي التصميم، وأول منشأة بدأت فيه هي البنك الإسلامي للتنمية عام ٢٠٠٩م، ثم انتشر وشاع في البنوك الإماراتية ثم بقية البنوك الخليجية. والخيط الناظم بينها هو مؤسس هذا النموذج د. حسين حامد حسان رحمه الله؛ لرئاسته اللجان الشرعية لتلك البنوك، وهو عضو فاعل في بناء وتصميم نماذج الصكوك. ولم أقف لهذا النموذج على دراسة موجزة ولا موسعة، وهو جدير بالبحث والمناقشة على مستوى محافل الصناعة، وما يتناوله المؤتمر اليوم هو جزء يسير منه، وهو ضمان وكيل الخدمات، وهو محل هذه الورقة.

ومع تتبع الكاتب واهتمامه بالإنتاج البحثي لمنتج الصكوك، الذي بات يتعذر الإحاطة بضخامته على أفراد الباحثين، إلا أن منتج الصكوك يفتقر إلى دراسات تفصيلية فقهية لهذه النماذج الشائعة، وتتبع نشرات إصدارها، ودراسة شروطها وعقودها ونماذجها، وهذا ما تفتقر له الدراسات الأكاديمية، إما بسبب غياب المجلس العلمي الفاعل، أو المشرف الناصح، أو الباحث الجاد، إضافة إلى ضعف التواصل والتكامل بين الجهات الأكاديمية والمؤسسات المالية.

رابعاً: خصائص الصكوك

إن سبب انتشار وشيوع هذه النماذج المذكورة آنفاً، هو تمكُّنها من تحقيق خصائص الصكوك، وهي المزايا الفنية نفسها للأوراق المالية النظيرة لها، وإنه لا يمكن فهم تعقيد منتج الصكوك وتصوُّر مسائله دون استيعاب هذه الخصائص، والتي يمكن اختصارها في ثلاث خصائص جوهرية^٣:

١- **المدة المؤقتة:** وهي أظهر هذه الخصائص، وهي من أكثر النقاط الحرجة في منتج الصكوك، وهي مصدر أكثر إشكالاته الشرعية، من مثل ضرورة وجود الالتزام بالشراء، وضرورة عودة ملكية الأصول لمصدرها، وغالباً ما يكون ذلك بالقيمة الاسمية (رأس المال) بغض النظر عن طريقة الوصول إليه، لأن الأوراق المالية المناظرة للصكوك قائمة على أساس رد القيمة الإسمية في نهاية الإصدار، فمصدر السندات

^٢ صكوك التمويل الإسلامي، د. محمد القرني ص ١٧١.

^٣ تطوير المنتجات المالية الإسلامية، معهد الاقتصاد الإسلامي، جدة، مجموعة مؤلفين، الفصل السابع، من إعداد الكاتب، ص ٢٦٢-٢٨١.

- في أبرز أنواعها- يمنح حاملها الكوبون فقط طول مدة الإصدار في فترات التوزيع، والكوبون هو العائد أو الفائدة الربوية أو التوزيع الدوري، بينما لا يعيد أصل المال لحامل السند إلا في نهاية المدة، ولذا مثلا في جدول سداد صكوك إجارة تكون الدفعات الإيجارية يسيرة جدا؛ لأنها تمثل التوزيعات، بينما الدفعة الأخيرة ضخمة جدا؛ لأنها تمثل كامل أصل الدين، وهذه الطريقة لا تطبق في عقود التمويل المعروفة إلا في بعض الأحوال التي تمنح فيها البنوك العميل فترة سماح لظروف خاصة بالمشروع الممول أو الحالة الائتمانية للعميل لاسيما من قطاع الشركات. ويعود لهذه الخصيصة: **حصر العلاقة في المصدر دون الأصول**: ويدخل فيها المسائل المتعلقة بملكية أصول الصكوك، مثل إنشاء الشركة ذات الغرض الخاص، وتقييد تصرفات حملة الصكوك، وتجزئة الملكية إلى رسمية قانونية وعدلية إنصافية، وتملك أصول سيادية، والصكوك القائمة على الأصول والمدعمة بالأصول، ونحو ذلك من المسائل، التي تعود كلها إلى تحقيق هذا الهدف. وأبرز إشكالات الملكية ترد في صكوك الإجارة غالبا.

٢- **التداول**: إذا كانت عقود المدائنة في الشريعة من أمثل ما يحقق النقطة السابقة في المدة المؤقتة، إلا أنها تتعارض جوهريا مع تحقيق هذه النقطة؛ بسبب حظر تداول الديون، وهذا سبب اختيار عقد المضاربة في بعض نماذج الصكوك لينصرف التداول إلى أصول وأعيان تتقلب باستمرار. وإذا جرى استخدام عقد مدائنة معها في النموذج نفسه؛ فيجري الأخذ بمعيار التبعية والغلبة في الديون، وهو موضوع طويل الذيل، ليس هذا محل بحثه.

٣- **ضمان رأس المال وعوائده (القيمة الإسمية والتوزيعات)**: وهذا من أسباب اختيار عقد مدائنة ضمن نموذج صكوك المضاربة والمراجحة، أو اختيار عقد الإجارة الموصوفة، وكلا العقدين يسمح بثبوت أصل الدين وربحه في ذمة المصدر. ومن المسائل التي تعود لتحقيق هذه النقطة: شرط ضمان شركة التأمين، وضمان الطرف الثالث، وهو موضوع جوهرى في مسألة البحث سيأتي بيانه. وفي ضمان العوائد: يدخل شرط التزام المصدر بالتبرع أو القرض عند نقصها. وتشمل هذه الخصيصة: **ثبات العوائد**: فيدخل فيها ربط العوائد بمؤشر كلفة التمويل بغض النظر عن نوع العقد الذي تقوم الصكوك على أساسه، وبغض النظر عن طريقة الوصول إليه، أما ربط عوائد الإجارة والمضاربة فقد جرى جوازها في الاجتهاد الجماعي، وأما ربط عوائد المراجحة فيكون باختيار نموذج إعادة التمويل بالمراجحات المتتالية، وليس هذا محل بحثه، وكذا شرط استبدال الصكوك، وهو يكثر في نموذج صكوك وكالة الخدمات القائمة على محافظ أصول مؤجرة، وليس

هذا محل بحث الورقة، وكذا شرط الاحتياطات التي تهدف إلى ضبط ما يوزع على حملة الصكوك، مع استخدام حوافر الأداء.

خامسا: توظيف ما سبق في مسألة البحث

الداعي لهذا المدخل -مع طوله- هو التوطئة إلى سبب نشوء مسألة البحث والحاجة إليها، فإنه لا يمكن استخدام أي نموذج إلا بتحقيقه مزايا الصكوك، وإن منع بعض مسائله الجوهرية قد يخرج هذا النموذج عن كونه صالحا للاستخدام في الصكوك.

وقد تعرّض الكاتب في مناسبة سابقة إلى أثر ذلك في التخفيف أو التضيق في الصكوك، ولست في وارد إعادة عرضه، وخلاصته أن منتج الصكوك مثل شفرة الحلاقة العالقة في حلق الصناعة، فيصعب إخراجه من الصناعة؛ لتعدّر البديل المناسب في ضوء ظروفها، ويصعب في المقابل قبول استمرار إدخاله بهذه الصورة؛ لعدم توافق عدد من مسائله مع القواعد والضوابط الشرعية، حتى استحالت بعض نماذجه: عضوا غريبا عن جسم الفقه الإسلامي^٤.

وإنما أرغب أن أشير إلى مسألة مؤثرة في تقويم منتج الصكوك بل وفي تقويم منتجات الصناعة المالية الإسلامية، وجميع البدائل الشرعية فيها، القائمة على اجتماع عقود أو وعود، وهي اجتماع هذه العقود في صفقة واحدة، هل ينظر إليها على أنها عقد واحد، أم عقود مستقلة؟ وسبب هذا السؤال هو أن بعض المتابعين للتجربة ينتقد منتجات المالية الإسلامية ويحكم على منتج الصكوك وغيره بنظر كليّ إلى مجموع مسائله دون أحادها وأجزائها، فينتهي عندئذ للمنع، ومع وجهة هذا الرأي، وتقدير هذا الاجتهاد، إلا أن الصناعة وغالب اللجان الشرعية على خلاف ذلك.

وإن هذه المسألة تعود إلى اجتماع العقود، أو المواطأة عليها، وإن الخلاف فيها معروف، ولست في وارد عرضها وتحريها والترجيح فيها؛ لتقرّرها في مظانها، وإنما توضيح ما أشكل فيها، فإن الذي عليه عمل عامة اللجان الشرعية هو الأخذ بالقول بالجواز بشرط عدم ربط العقود، وعدم اشتراط بعضها في بعض، بناءً على معتمد مذاهب جمهور الفقهاء في قواعد العقود والشروط. وإن من يأخذ باجتهاد ابن تيمية في قواعد

^٤ ينظر: بحوث ندوة البركة التاسعة والأربعين، صكوك الشريعة الأولى للكاتب، تجربة منتج الصكوك ص ٩٠-٩٣.

العقود والشروط؛ فإنه يتعدّد عليه تصحيح كثير من عقود المؤسسات المالية الإسلامية.

وهذا هو المقرّر في الاجتهاد الفقهي الجماعي، ففي المعيار الشرعي رقم (٢٥) بشأن الجمع بين العقود، البند ٣: يجوز اجتماع أكثر من عقد في منظومة واحدة (بدون اشتراط عقد في عقد). وجاء في البند ٢/٢/٦ أن المواطأة (إذا نصّ في العقد على أنها جزء منه) تعدّ بمثابة الشرط المتقدم على تلك العقود. وجاء في البند ٣/٢/٦ أن القوة الملزمة للمواطأة شرعا هي نفس القوة الملزمة للشروط المتقدمة على العقد، والشرط المتقدم كالمقارن (طالما أن العقد اعتمد عليه) واتفقت إرادة العاقدين على مراعاته. وجاء في البند ٢/٧ تعدّ المواطأة المتقدمة في الجمع بين العقود واجبة المراعاة وملزمة للطرفين (إذا نصّ العقد على أنها جزء منه).

وقد وضعت العبارات السابقة بين قوسين لبيان موطن الشاهد، وإلا فهي في نصّ المعيار وليست زيادة من الباحث، وهذه النصوص تؤكّد اختيار قول جمهور الفقهاء في أن المواطأة لا تعدو أن تكون من الشروط المتقدمة، وهي في أقصى أحوالها وعود مطلقة غير مؤثرة وغير لازمة، إلا "إذا بنينا العقد على المواضعة السابقة بتصريح أنه مشروط بتلك المواضعة".^٥

فإذا جرى النص الصريح في أيّ من العقود على أن عقدا منها يعدّ جزءاً منه فقد صارت في حكم الشرط، وهذا الذي عليه عمل المؤسسات المالية الإسلامية في اتفاقيات التسهيلات الائتمانية والاتفاقيات الإطارية ومذكرات التفاهم؛ فينصّ عليها في عقود التمويل اللاحقة على أنها جزء منها، فإن لم ينص على ذلك لم تكن منها، ولا تعتدّ المحكمة المختصة إلا بذلك، لا سيما في أعمال المؤسسات التي استقر القضاء على عدم سماع الدعوى في منازعات المؤسسات إذا كانت البيّنة الشرعية غير مكتوبة، لما جرت به عادة الشركات من التعاقد بالكتابة^٦، وهذا ما تؤكده تطبيقات أحكام المحاكم الإنجليزية التي نظرت في عقود التمويل الإسلامي، فإنها تنظر في المستند القانوني مستقلاً مجرداً عن غيره إذا لم يقيد بوثيقة أخرى. وإن مخالفة هذا الاجتهاد من بعض اللجان الشرعية غفلاً أو عمداً، أو مخالفة بعض تطبيقات عقود التمويل الإسلامي أو وثائق نماذج الصكوك، هو خارج محل هذا التقرير، حتى لا يحتجّ على تقرير هذا التأصيل ببعض التطبيق

^٥ فقه البيوع ١/٥٠٥.

^٦ ينظر مثلاً: المبادئ والقرارات القضائية ص ٦٥ و ٩٨ و ٥٣٤.

المخالف من بعض عقود المؤسسات المالية الإسلامية.

والفرق بين الوعد والعقد يظهر في أن الشرط في العقد لا يجعله باتا، وإنما يجعله موقوفا على تحقق المشروط، وهذا هو "مقتضى الشرط في العقد، بأن يكون العقد متوقفا على الوفاء بالشرط، فإن لم يوجد الوفاء؛ حصل للآخر خيار الفسخ. وهذا بخلاف ما لو ذكر الشرط على سبيل الوعد في أول الأمر، ثم عقد العقد مطلقا من غير شرط، فإن العقد ينعقد باتا من غير أن يتوقف على شيء، فلا يتوقف إتمامه على الوفاء بالوعد"^٧. وهذا هو مأخذ منع بعض كبار الفقهاء المعاصرين بمنع اشتراط عقد في عقد؛ لعلّة الغرر بتعليق عقد على عقد؛ فيكون حينئذ في حكم العقد المتردد^٨.

والوعد ولو كان ملزما ولو في عقود المعاوضات فإنه ليس عقدا ولا في حكم العقد، لا ناجزا ولا معلقا ولا مضافا، ولا تنتج عنه أيّ من آثاره، فلا يثبت الثمن دينا في ذمة الواعد بالشراء، ولا تنتقل السلعة المعيّنة إلى ملكه، ولو هلكت فتهلك على الواعد بالبيع، ولا تثبت السلعة الموصوفة في ذمة الواعد بالبيع، ولا ينعقد العقد إلا بإيجاب وقبول في حينه، وهذا حكم مقرر ظاهر واضح بيّن في الفقه الإسلامي والقانون المقارن^٩.

وإنما يقتصر أثر الإلزام على التعويض عن ضرر الرجوع عن الوعد، والتعويض عن الضرر يخضع للقواعد العامة، ولا يسري إلى الإلزام القضائي بالدخول في العقد والإكراه على تنفيذه، ولا أعرف فقيها معاصرا يأخذ بالإلزام بالدخول في العقد، ولا يظهر لي أن العقد يمكن إنفاذه جبرا بهذه الطريقة في أي محكمة يستند قانون دولتها المدني والتجاري إلى أحكام الشريعة الإسلامية^{١٠}. حتى قال بعض كبار الفقهاء المعاصرين الذين يؤيدون الوعد الملزم بل المواعيد الملزمة بشرطها: "أما أن يأخذ الموعد له بيد الواعد ويجزّه

^٧ بحوث في قضايا فقهية معاصرة ١/٢٤٥-٢٤٧.

^٨ الغرر ص ٨٩، فقه البيوع ١/٥٠٥-٥٠٧، الملتقيات الفقهية ص ٦٢٤ و ٦٢٨ و ٦٣٧، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١٣/٢/٦٤٥-٦٤٦ و ٣/١٧/٣١٧.

^٩ قرار مجمع الفقه الدولي رقم ١٥٧، فقه البيوع ١/٨٩ و ٩٤، نظرية العقد للسنهوري ١/٢٦٨.

^{١٠} يُجتمَل في القانون المقارن أن للموعد أن يلزم من المحكمة إنفاذ العقد ويقوم حكم المحكمة عندئذ مقام العقد، وله أن يجبر الواعد على التنفيذ العيني ما أمكن، وإلا طالب بالتعويض، وكل هذا باختيار الموعد وليس باختيار الواعد. وهذا في المحاكم التي تستند إلى المدرسة اللاتينية. ينظر: نظرية العقد ١/٢٧٠.

إلى المحكمة لإنجاز هذا الوعد، فلا عهد به في الشريعة^{١١}.

مع تكرار التأكيد أن هذا التأصيل خاص في موافقة التطبيق له، فلا يحتجّ عليه بالتطبيق المخالف، والتي جاء فيها صياغة بعض الوعود بالشراء على أساس الالتزام المطلق بالدفع بصرف النظر عن أي شيء آخر، فإن المحكمة المختصة لا سيما التي تستند إلى المدرسة الانجلوسكسونية كالمحاكم الإنجليزية ليس أمامها إلا الحكم بما اتفق عليه الأطراف بغض النظر عن دوافعهم، وهذه التطبيقات بهذه الطريقة مما لا أعلم فقيها معاصرا يقول بها أو يصرح بمضمونها، وعلى اللجان الشرعية التي لها اجتهاد خاص لا نعرفه، أن تصرّح به وتؤصّله في قرار الإجازة الشرعية، وفي جميع الأحوال فإن هذه الممارسات خارج محل هذا التقرير.

والورقة لا تتبنى رأيا ولا تهدف إلى ترجيح، أكثر من غرض بيان وتوضيح رأي الاجتهاد المعاصر في الصناعة المالية الإسلامية؛ متابعة لما هو معتمد مذاهب جمهور الفقهاء في عدم اعتبار الشروط والوعود قبل انعقاد العقد، ولم أكن أتوقع أبدا أننا بحاجة إلى مثل هذا البيان والتوضيح في هذه المرحلة المتقدمة من فقه الصناعة المالية الإسلامية.

سادسا: حكم الشروط المتقدمة على العقد

١- عند الحنفية: "إن ذكر البيع من غير شرط، ثم ذكر الشرط على وجه المواعدة؛ جاز البيع"^{١٢}، "ولو تواضعا قبل البيع ثم تبايعا بلا ذكر شرط: جاز البيع إلا إذا تصادقا أنهما تبايعا على تلك المواضة"^{١٣}. "ومعناها أنهما إذا بنيا العقد على المواضة السابقة بتصريح أنه مشروط بتلك المواضة"^{١٤}. وهذا معنى قول ابن عابدين: "ينبغي الفساد لو اتفقا على بناء العقد عليه"^{١٥}، أي إذا صرح باشتراطه في العقد كما قرره كبار فقهاء الحنفية المتأخرين، فيكون النزاع حينئذ لفظيا^{١٦}. وهذه قاعدة المذهب في شروط العقود

^{١١} مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي ٣/١٧، ٣٣٤، فقه البيوع ١/٨٦.

^{١٢} الفتاوى الخانية ١٦٥/٢ عن فقه البيوع ١/٥٠٢.

^{١٣} جامع الفصولين ١/٢٣٧ عن فقه البيوع ١/٥٠٤.

^{١٤} فقه البيوع ١/٥٠٥.

^{١٥} رد المحتار ٤/١٢١ طبعة مصورة عن بولاق، وحرف (عليه) ساقط من بعض نسخ رد المحتار.

^{١٦} فقه البيوع ١/٥٠٥. فإن لم يقبل هذا التوجيه، فيكون حينئذ اجتهادا خاصا لابن عابدين كما فهمه الأتاسي في شرح المجلة ٦١/٢ إذ قال: "إنه بحث مخالف للمنقول" (عن فقه البيوع ١/٥٠٤) فالمقصود أن هذا ليس مذهب الحنفية.

المالية وشروط عقود النكاح.

٢- **وعند الشافعية:** كما في تحفة المحتاج: "كل شرط مناف لمقتضى العقد إنما يبطل إن وقع في صلب العقد أو بعده وقبل لزومه، لا إن تقدّم عليه ولو في مجلسه". وقال الشرواني: "معلوم أن فساد العقد حيث وقع الشرط في صلب العقد، أما لو توافقا على ذلك ولم يقع شرط في العقد فلا فساد"^{١٧}. وهذه قاعدة المذهب في شروط العقود المالية وشروط عقود النكاح.

٣- **وعند الحنابلة:** كما في الإنصاف في الشروط الفاسدة: "محل هذه الشروط، أن تقع مقارنة للعقد"^{١٨}، وفي كشاف القناع: "الشروط في البيع... يعتبر لترتب الحكم عليه: **مقارنته للعقد**"^{١٩}. وقال في الروض المربع: "الشروط في البيع... محل المعتبر منها: **صلب العقد**"^{٢٠}. وهذه قاعدة المذهب في شروط العقود المالية، خلافا لقواعدهم في عقود النكاح^{٢١}.

٤- **وعند المالكية:** الذي يظهر من مذهب المالكية جواز العقد عند عدم التصريح بالشرط الممنوع، وهم في هذا مع جمهور الفقهاء في شروط العقود المالية، وإنما جرى استثناء لنوع خاص من التعامل، وهي التهمة على الربا، مثل بيوع أهل العينة، وبيوع الآجال، فيخصّونها بأحكام دون غيرها من العقود^{٢٢}.

وهذا من أصول المالكية في قواعد سد الذرائع، فالتهم البعيدة لا تراعى عند مالك، بخلاف ما يكثر القصد إليه، وأصل مالك منع المواعدة بما لا يصح وقوعه في الحال حماية، فأصل مالك حماية الذرائع واتهام الناس في بيعات الآجال والربا، وقال بعض المالكية: إنما هذا في غير من لا يتّهم لفضله، واستدرك عليه بعضهم: أن هذا يؤدي إلى اضطراب العلة وعدم انضباطها، والواجب صونها عن ذلك، فلا تخص بيوع الآجال

^{١٧} تحفة المحتاج مع حاشية الشرواني ٢٩٦/٤ و ٤٧/٥.

^{١٨} الإنصاف ٢٤١/١١.

^{١٩} كشاف القناع ٣٨٩/٧.

^{٢٠} الروض المربع ٣٩٢/٤.

^{٢١} المغني ٥١/١٠، كشاف القناع ٣٧١/١١ و ٣٧٧.

^{٢٢} الشرح الصغير مع بلغة السالك ١٠٣/٣ و ١٠٤ و ١١٠ و ١١٦ و ١١٧ و ١٢٤ و ١٢٩ و ١٣٠ و ١٣١ ط. المعارف، وفي مناقشات مفيدة مع الأخ د. علي بورويبة ما يجعل قاعدة المالكية واحدة في عقود المعاملات المالية وعقود النكاح.

بالتهمة، وما في المذهب من تخصيص أهل العينة في بعض المسائل فلعله استثناء من البعيد لقربه منهم^{٢٣}. قال في الشرح الصغير: "أما جمع بيع وسلف من غير شرط فالراجح الجواز، وأما تهمة بيع وسلف فممنوع كما يأتي في بيوع الآجال"^{٢٤}. وقال في بلغة السالك: "حاصله أنه إن عيّن له قدر الربح حرم، وأما إن سُمّي ربحا ولم يعيّن قدره كره، وأما إن أوّماً من غير تصريح بلفظه نحو ولا يكون إلا خيراً؛ فجائز"^{٢٥}.

وبيوع الآجال هي البيوع الجائزة التي يكثر قصد المتعاملين بالتوصّل بها إلى ممنوع كالقرض بفائدة، حتى ولو انتفى هذا القصد عند أحاد المتعاقدين فإنه يمنع؛ سدّاً للذريعة التي هي من قواعد المذهب كما مرّ، وضابط هذه البيوع ما اجتمع فيها أمران: وجود أجل، ووجود أكثر من عقد (أي تكرار عقود)؛ فتقوم التهمة عندئذ فتمنع، وقد جرى تسميتها ببيوع الآجال^{٢٦}.

و"أهل العينة قوم نصبوا أنفسهم لطلب شراء السلع منهم وليست عندهم، فيذهبون إلى التجار ليشتروها بثمن لبيوعها للطالب، وسواء باعها لطالبها بثمن حال أو مؤجل أو بعضه حال وبعضه مؤجل"^{٢٧}.

ومن أمثلة تطبيق هذا الاستثناء:

ما جاء في بلغة السالك: "فإن وقع ذلك الشرط حين العقد أو توطأ عليه قبله كان البيع فاسداً... وأما إذا تبرع المشتري للبائع بذلك بعد العقد بأن قال له متى رددت إليّ الثمن دفعت لك المبيع؛ كان البيع صحيحاً، ولا يلزم المشتري الوفاء بذلك الوعد بل يستحب فقط"^{٢٨}. وما جاء في مواهب الجليل: "أما إذا توطأ على النقد قبل عقدة البيع، ولم يشترطه في عقدة البيع فذلك بمنزلة الشرط، بل لو فهم ذلك

^{٢٣} قواعد المقري (٨٧٠ و ٨٩٠ و ٩٩٥ و ٢٢٨ و ٢٣٠). وأظنه يقصد مثل قول ابن رشد: "فلا يتهم بالفساد فيها إلا من علم ذلك من سيرته وهم أهل العينة" (البيان والتحصيل ١٠٢/٧).

^{٢٤} الشرح الصغير ١٠٣/٣.

^{٢٥} بلغة السالك ١٣١/٣.

^{٢٦} الشرح الصغير مع بلغة السالك ١١٦/٣.

^{٢٧} الشرح الصغير ١٢٩/٣.

^{٢٨} بلغة السالك ١١٠/٣.

من غير تصريح به^{٢٩}.

إذا ثبت هذا؛ فإنه قد يتوجّه منع بعض عقود التمويل الإسلامي وبعض نماذج الصكوك في ضوء هذا الاجتهاد، باعتبارها من بيوع الآجال، كما أن مؤسسات التمويل الإسلامي قائمة على التمويل، فإنها تدخل في تعريف أهل العينة عند المالكية الذين لهم أحكام خاصة، وقد قرّر ذلك أحد كبار فقهاء المالكية المعاصرين إذ قال: "كل البنوك الإسلامية من أهل العينة عند المالكية"^{٣٠}.

٥- اجتهاد ابن تيمية: لقد قرّر شيخ الإسلام ابن تيمية في عدة مواضع أن الوعود والشروط المتقدمة شروط مؤثرة لازمة كالشروط المقارنة للعقد، ونسبه إلى مشهور مذهب المالكية والحنابلة وأكثر الأئمة واتفاق الصحابة، وتبعه تلميذه ابن القيم ونسبه إلى جمهور أهل العلم^{٣١}، وهذه النسبة لم أتمكن من توثيقها فلتحرّر.

وعلى أيّ حال فهذا اجتهاد مقدّر قويّ المأخذ، كما مرّ، إلا أنه يتعدّد معه تصحيح كثير من عقود المؤسسات المالية الإسلامية، ولا أعرف لجنة شرعية في مؤسسة مالية رجّحت هذا الاجتهاد ثم تمكّنت من تطبيقه في المعاملات التي نظرتّها ووافقت على عقودها، واطّرد عليه عملها، وإن في قول جمهور أهل العلم فسحة في تصحيح تعاملات المؤسسات المالية بالشرط المذكور.

وبهذا كله يُعلم أن منتج الصكوك -بهذا المعنى- باجتماع عقود ووعوده، ليس مأخذا للنظر ولا مناطا للمنع ولا محلا للبحث، وهو لا يخرج عن نظائر أخرى في عقود التمويل أجازتها أغلب جهات الاجتهاد الجماعي؛ من مثل:

١. عقد المراجعة، ففيه وعد بالشراء، وخيار شرط، وهامش جدية، وشرط تعويض ضرر الرجوع عن الوعد، وشرط البراء من العيب، وشرط رهن المبيع على ثمنه، وشرط التوكيل الملزم للتنفيذ على

^{٢٩} مواهب الجليل ٤/٤١٧.

^{٣٠} الملتقيات الفقهية ص ٦٣٥.

^{٣١} القواعد النورانية ص ٣٠٢-٣٠٣، بيان الدليل ص ٢١ و ٢٣٢ و ٤١٢ و ٤٤٤، الفتاوى ٢٩/٣٣٦، أعلام الموقعين ٣/٦٣١ طبعة المجمع والفوائد.

الرهن، وشرط حلول الأقساط^{٣٢}. وإن اجتماع أغلب هذه الشروط والوعود قد أجازها الاجتهاد الجماعي^{٣٣}، ولو جرى النظر الكلي لهذه المعاملة كما في تقويم منتج الصكوك؛ لانتهينا إلى المنع. ٢. عقد الإيجار التمويلي، ففيه وعد بالإجارة، ثم عقد الإجارة، ثم عقد التملك. وإن اجتماع هذه الشروط والوعود قد أجازها الاجتهاد الجماعي^{٣٤}، ولو جرى النظر الكلي لهذه المعاملة كما في تقويم منتج الصكوك؛ لانتهينا إلى المنع.

وإن هذه النظائر وغيرها كثير جدا من عقود التمويل الإسلامي، وعقود الاستثمار في الأوراق المالية الإسلامية، لا يقصد من سياقها الاحتجاج بها، وإنما الاستدلال بها على وجود هذا المنهج في الاجتهاد الشرعي الذي قامت عليه الصناعة المالية الإسلامية.

والمقصود من هذا التمهيد كله أن النظر الكلي إلى منتج الصكوك باجتماع هذه العقود والوعود، ثم الحكم عليه بالمنع؛ نظرا لما تنتهي إليه، اجتهاد مقدر معتبر، إلا أن غالب الصناعة المالية الإسلامية على خلافه في كثير من عقودها وبدائلها الشرعية. قال بعض كبار الفقهاء المعاصرين: "مجرد كون النتيجة النهائية مثل ما ينتج من عقد الربا؛ لا يحرم العملية، ما دامت النتيجة حصلت بعقود حقيقية مشروعة"^{٣٥}.

وأما تقويم الصكوك في بعض نماذجها ومسائلها وتطبيقاتها المخالفة لا سيما التي لم يصرح بها فقيه فيما أعلم، والتنادي إلى تصحيحها ما أمكن؛ فهو من واجب محافل الصناعة، ومحل تواصل طلبة العلم والباحثين وأعضاء اللجان الشرعية، والتناصح فيما بينهم، فإن المؤمن قويّ بإخوانه.

^{٣٢} تطوير المنتجات المالية الإسلامية، معهد الاقتصاد الإسلامي، جدة، مجموعة مؤلفين، الفصل السابع، من إعداد الكاتب، ص ٢٤٨-٢٦٠.

^{٣٣} ينظر مثلا: قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي بشأن المراجعة، والمعيار الشرعي بشأن المراجعة.

^{٣٤} ينظر مثلا: قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي بشأن الإيجار المنتهي بالتمليك، والمعيار الشرعي بشأن الإجارة.

^{٣٥} بحوث في قضايا فقهية معاصرة ٥٩/٢.

المسألة الثانية: المقصود بوكيل الخدمات

وتشتمل هذه المسألة على النقاط التالية:

١. تعريف وكيل الخدمات.
٢. تحديد عقد وكالة الخدمات.
٣. أنواع وكيل الخدمات.
٤. تصوير عمل وكيل الخدمات.

أولاً: تعريف وكيل الخدمات:

جاء في المعيار الشرعي (٥٦) بشأن: ضمان مدير الاستثمار، في البند ١/٣/٤: "وكيل الخدمات في هذا المعيار هو من تقتصر مهامه على تقديم خدمات غير استثمارية من نحو تأجير الأعيان أو التأمين عليها أو صيانتها أو تحصيل عوائدها وما شابه، ولا يكون مضاربا أو شريكا مديرا أو وكيل استثمار، ولا ينفذ خطة استثمارية ولا يتخذ قرارات استثمارية".

وفي مسألة البحث يمكن تعريفه بأنه: مدير وعاء يشتمل على أصول مؤجرة أو مسوّق منافع (خدمات)، وقد سبق أن باع هذا الوعاء أو المنافع إلى حملة الصكوك، ثم توكل عنهم بإدارتها وتسويقها^{٣٦}.

وغرض حملة الصكوك من الدخول في هذه العلاقة هو استثمار أموالهم، كما هو شأن نماذج الصكوك الأخرى باعتبارها بديلا عن السندات، ولذا كان من تسمياتها **صكوك الاستثمار**، وبهذه التسمية صدر المعيار الشرعي رقم (١٧) بشأن صكوك الاستثمار.

وغالبا ما يكون البائع - في هذه النموذج من الصكوك - من جهات التمويل أو الشركات الخدمية، ويكون في حاجة إلى سيولة نقدية، ولذا جاء من تسمياتها **صكوك التمويل**، وبهذا صدر نظام الشركات في المملكة.

كما يطلق على البائع في هذا النموذج: "المنشئ"، بينما يطلق "المصدر" على الشركة الخاصة (SPV) التي يسجل فيها الوعاء، وقد يجري في بعض الكتابات إطلاق المصدر ويقصد به المنشئ، ولا مشاحة في

^{٣٦} وقد يخلط معها أوراها مالية أو عقود تمويل مدينية وغالبا ما تكون تابعة، ويكون المتبوع أصولا لا تقل عن النصف.

الاصطلاح إذا ظهر المعنى.

فالمنشئ (أو المصدر) فيها بعد البيع، لا يكون طرفاً مباشراً في العلاقة الاستثمارية مع حملة الصكوك، فيكون أجنبياً (طرفاً ثالثاً) عن هذه العلاقة التعاقدية، ويكون حملة الصكوك هم (الطرف الأول) ومن تؤول إليهم هذه الأصول والخدمات هم (الطرف الثاني). ويقتصر دور المنشئ (أو المصدر) حينئذ على أعمال محددة، وهي إدارة هذا الوعاء، من نحو تسويق الخدمات وبيعها أو تأجير أصولها أو التأمين عليها أو صيانتها أو تحصيل عوائدها أو متابعة الديون وتحصيلها. فلا يقدم المدير هنا خدمات استثمارية، إذ لا يعدّ خطة استثمارية، ولا يتخذ قرارات استثمارية^{٣٧}.

وهذا خلافاً لعقد الوكالة بالاستثمار الذي يتسلّم فيه الوكيل مبلغاً نقدياً محدداً لغرض استثماره كما سيأتي، وهو الذي يستقلّ بإعداد خطة استثمارية واتخاذ قرارات استثمارية، وبهذا يتبين المقصود بعقد وكالة الخدمات، واختلاف طبيعة عمل وكيل الخدمات عن طبيعة عمل وكيل الاستثمار، وإن وكالة الخدمات هي حقيقة عقد الوكالة في مدونات الفقه الإسلامي.

ومما يميّز عقد وكالة الخدمات بهذا المعنى، أن عوائده تأتي من عقود منفصلة عن العلاقة التعاقدية التي تكون بين حملة الصكوك والمنشئ، فتكون العوائد إما دفعات إيجارية أو أقساط عقود مدينية، أو أجور خدمات جرى بيعها لأطراف أخرى. وأطراف تلك العقود (التي تتحصّل منها هذه العوائد) هم: حملة الصكوك ومن ينتفع بالأصول أو المنافع والخدمات، ولا يكون وكيل الخدمات طرفاً فيها.

بخلاف عوائد عقد وكالة الاستثمار فإنها تأتي من مقتضى العلاقة التعاقدية نفسها التي يكون أطرافها: حملة الصكوك والمنشئ نفسه، كما هو الحال في عقد المضاربة.

هل وكيل الخدمات طرف ثالث؟

جاء في المعيار الشرعي (٥٦) بشأن: ضمان مدير الاستثمار، في البند ٢/٣/٤: "يعدّ وكيل الخدمات طرفاً ثالثاً".

والمقصود بأن وكيل الخدمات بهذا المعنى وفي ضوء هذا الاجتهاد (طرف ثالث) أي أنه لا يكون طرفاً

^{٣٧} ينظر: المعيار الشرعي رقم (٥٦) بشأن ضمان مدير الاستثمار، البند ١/٣/٤.

مباشراً مع حملة الصكوك في هذه العلاقة الاستثمارية، فهو أجنبي (طرف ثالث) عن هذه العلاقة الاستثمارية التعاقدية، وليس المقصود أنه أجنبي عن هيكل الصكوك أو عن حملة الصكوك؛ إذ هو الذي باعها إليهم ثم صار وكيلاً عنهم، وهذه الأصول كانت تحت يده على سبيل الضمان لكونه مالكا لها، ثم صارت تحت يده على سبيل الأمانة؛ لكونه مديراً عليها، فالمقصود أنه أجنبي عن عقد الاستثمار وتثمين المال وإتمامه.

و"الطرف الثالث" استعمال فقهي معاصر يقابله لدى الفقهاء المتقدمين: "الأجنبي"، فالطرف الثالث فيما يظهر استعمال متأثر بالقانون المقارن^{٣٨} لا سيما القانون الإنجليزي في تعامله مع التعاقدات التي تكون بين طرفين، وتحتاج إلى شخص ثالث لإتمام العملية التعاقدية، فيراعي في التعاقدات بين الطرفين النص على حماية حقوق الطرف الثالث وتجنبيه مخاطر تلك العقود باعتباره أجنبياً عنها، فليس مسؤولاً عن التزاماتها وتبعاتها، وإنما كان وجوده لإتمام المعاهدة كاملة.

ويمثلون لذلك على سبيل المثال في عقود بيع العقار تحت الإنشاء، فالطرفان: البائع (المطوّر) والمشتري (العميل)، والأطراف الثالثة أو الأطراف الأخرى هي: المقوم، والمسوّق، والممول، والمقاول، والمكتب الاستشاري، وشركة التأمين مثلاً.

ومن أمثلة الأجنبي في العقود عند الفقهاء:

١. العدل في عقد الرهن.
٢. والشفيع في عقد البيع.
٣. والمحلل في عقد السبق.
٤. والشريك في شركة الملك.

ثانياً: تحديد وكيل الخدمات:

إن تحديد نوع الصك يبني على التخريج الفقهي له، وهذا من المواطن العسيرة عند دراسة الصك، لعدة أسباب منها عدم استقرار معيار للتخريج الفقهي لنماذج الصكوك، وتداخل بعض نماذجها، وضعف

^{٣٨} ينظر: نظرية العقد للسنهوري ٢/٨٥٧-٨٦٤.

التأصيل الفقهي لدى بعض المتعاملين، وحصول غموض في ديباجة فتوى اللجنة الشرعية للإصدار والتي يتولى صياغتها أحيانا مكاتب محاماة أجنبية.

وأكتفي هنا بالإشارة إلى عدم استقرار معيار للتخريج، وهذا دور الجهات الشرعية، فهناك من يخرّج الصكوك بالنظر إلى ما تمثله هذه الصكوك، وهناك من ينظر إلى العقد الذي يمثل مصدر الإيراد الناتج عن الصكوك، وهناك من ينظر إلى العلاقة التعاقدية بين حملة الصكوك والمصدر، وهناك من ينظر إلى العقود التي يشتملها نموذج الصكوك، والمسألة على أيّ حال محل اجتهاد.

ومهما يكن من أمر؛ فإن الذي عليه أغلب اللجان الشرعية كما سيأتي، وهو ما سار عليه هذا البحث، هو تحديد نموذج صكوك وكالة الخدمات بأنها الصكوك التي يقوم نموذجها على:

١. إنشاء وعاء أو محفظة ثم ينقل له عقود تمويل بالإجارة، وأحيانا يجمع معها عقود تمويل بالمراجحة لا تزيد على ٤٩٪ عند إنشاء المحفظة، ثم يباع هذا الوعاء إلى حملة الصكوك مع توكيل البائع بإدارته التي تشمل تحصيل دفعات عقود التمويل واستبدال المتعثر منها.

٢. نقل منافع (خدمات نقل مثلا) من ملكية المنشئ إلى الوعاء، ثم يباع هذا الوعاء إلى حملة الصكوك مع توكيل البائع بإدارته التي تشمل تسويق هذه الخدمات وبيعها.

ثالثا: أنواع عقود وكيل الخدمات:

لعقود وكيل الخدمات نوعان:

١. عقود إدارة محافظ التمويل، وهذا النموذج يناسب صكوك البنوك وشركات التمويل وشركات إعادة التمويل، فلا يناسب صكوك الحكومات عادة^{٣٩}، ولا صكوك الشركات التجارية. ومن أبرز أمثلتها برنامج صكوك البنك الإسلامي للتنمية، وصكوك عدد من البنوك الخليجية.

٢. عقود إدارة خدمات، وهذا النموذج يناسب شركات الخدمات مثل شركات الاتصالات وشركات النقل وشركات الطيران، ومن أبرز أمثلتها: صكوك سالك وصكوك طيران الإمارات.

^{٣٩} ربما تصدر بعض الحكومات نموذج صكوك وكالة خدمات، مثل إصدار حكومة ماليزيا صكوك وكالة خدمات واشتمل الوعاء على كويونات خدمات (النقل) مملوكة للحكومة الماليزية، وأعيان مؤجرة للحكومة، وأسهم في شركات حكومية مملوكة لوزارة المالية الماليزية.

ولذا قد يسمى هذا النوع من الصكوك: صكوك إجارة الخدمات، وقد يسمى صكوك المحافظ أو صكوك الوكالة بالإدارة، باعتبار أن هذه أبرز أنواعه، كما جاء في خطاب الاستكتاب.

رابعاً: تصوير عقود وكيل الخدمات:

كما ذكرت في الفقرة السابقة بأن وكالة الخدمات على نوعين أساسيين، أشير باختصار إلى خطوات إصدارهما على النحو التالي:

النوع الأول: صكوك المحافظ أو صكوك الوكالة بالإدارة:

وهي تصدر عادة من بنك أو شركة تمويل أو شركة إعادة تمويل، وتتلخص في الخطوات التالية:

١. يؤسس المنشئ (والذي عادة ما يكون بنكا أو شركة تمويل) وعاء أو محفظة ويجمع فيها عقود تمويل بالإجارة لا تقل عن ٥١٪ وعقود تمويل بالمراجحة لا تزيد على ٤٩٪.
٢. يبيع المنشئ هذه المحفظة إلى وكيل حملة الصكوك، وذلك مقابل متحصلات الاكتتاب في الصكوك.
٣. يوقع وكيل حملة الصكوك عقد وكالة خدمات مع المنشئ، ويتولى المنشئ بموجب ذلك إدارة المحفظة، وتحصيل أقساط عقود التمويل، وإيداع التوزيعات الدورية في حساب التحصيل لصالح حملة الصكوك، والمحافظة على الأصول ومتابعة تأمينها وصيانتها، واستبدال العقود المتعثرة بأخرى منتظمة تماثلها في الدفعات المتبقية.
٤. إذا وجد فائض من الدفعات بعد التوزيعات الدورية المتفق عليها مع حملة الصكوك فيودع في حساب احتياطي.
٥. يقدم المنشئ وعدا بإطفاء الصكوك في نهاية مدتها بشراء المحفظة سعر التنفيذ (وهو ما تبقى من القيمة الاسمية وأي دفعات أخرى مستحقة لحملة الصكوك).
٦. يحتفظ وكيل الخدمات بعد إطفاء الصكوك؛ بالمبالغ المتبقية في حساب الاحتياطي، باعتباره حافزا على حسن الأداء.

النوع الثاني: صكوك الخدمات أو صكوك الوكالة بالبيع:

وهي تصدر عادة من شركات الخدمات العامة، مثل شركات النقل الجوي (خطوط الطيران)، أو شركات الطرق (مثل صكوك سالك)، وتتلخص في الخطوات التالية:

١. يبيع المنشئ (والذي عادة ما يكون شركة خدمات مثل خطوط طيران جوية) إلى وكيل حملة الصكوك، خدمات مثل تذاكر الطيران (حقوق ومنافع خدمات السفر)، مع الخدمات المباحة التي تقدم للركاب، وتحدد المنفعة محل العقد بقياس وحدات خدمة السفر بسعر محدد لكل وحدة من وحدات نقل الركاب، فيكون سعر المقعد لكل كيلو متر مبلغا معلوما.

٢. يوقع وكيل حملة الصكوك عقد وكالة خدمات مع المنشئ، ويتولى المنشئ بموجب ذلك تسويق وبيع خدمات السفر المحددة لكل فترة، بالسعر الأدنى خلال تلك الفترة (تسمى فترة التوزيع)، وعلى الوكيل إخطار وكيل حملة الصكوك (بصفته هنا الموكل) في حال تعذر بيع أي من حقوق السفر خلال الفترة بالسعر الأدنى للبيع. مع التزام المنشئ بالإفصاح عن بيع هذه التذاكر بالسعر المذكور في قوائمه المالية السنوية.

٣. يتولى المنشئ (وكيل الخدمات) بيع التذاكر لكل فترة خلال المدة المحددة لذلك بداية من تاريخ الإصدار إلى أول تاريخ توزيع دوري؛ ثم إلى تواريخ التوزيع الدوري اللاحقة (المجدولة)، وتسمى كل فترة منها بفترة التوزيع أو فترة الربح.

٤. يودع المنشئ (وكيل الخدمات) حصيلة بيع التذاكر المحددة خلال الفترة في (حساب تحصيل)، وتستخدم حصيلته لتنفيذ التوزيعات الدورية، ويحول الفائض إلى (حساب احتياطي)، ولوكيل الخدمات الاحتفاظ بالفائض في الحساب الاحتياطي باعتباره حافزا مؤقتا له (لا يستحقه إلا عند إطفاء الصكوك، ويتاح له استخدامه أثناءها)؛ على أن يلتزم بإعادتها إلى حساب التحصيل حال وجود نقص في أي من مبالغ التوزيع الدوري لاحقا.

٥. يعدّ حساب التحصيل وحساب الاحتياطي حسابات داخلية لدى وكيل الخدمات، ولا يحق للوكيل أن يبيع أكثر من الوحدات المخصصة لكل فترة، ولا أن يبيع بأقل من السعر المحدد كسعر أدنى للبيع.

٦. يقدم وكيل الخدمات (المنشئ) وعدا بشراء التذاكر التي لم يتم بيعها في الحالات الآتية:

أ. إذا باع وكيل الخدمات التذاكر بأقل من سعر البيع الأدنى، ولم يكن في حساب الاحتياطي ما يكفي، فإنه يشتري التذاكر غير المباعة في تلك الفترة (بموجب عقد بيع مستقل) تنفيذا

للوعد بالشراء، وذلك بالحد الذي يكفي لتغطية مبالغ التوزيع الدوري ذات الصلة، بسبب مخالفته للبيع بأقل من السعر المحدد.

ب. إذا تغيرت حصص ملاك المنشئ أو فرضت ضرائب، فإن وكيل الخدمات يشتري التذاكر غير المباعة حتى تاريخ التصفية بسعر التنفيذ وذلك بضرب عدد الوحدات المتبقية في سعر البيع الأدنى، أو أعلى منه بالحد الذي يكفي لتغطية مبلغ التصفية (القيمة الاسمية للصكوك وأي مبالغ مستحقة وغير مدفوعة).

٧. إذا لم يوف وكيل الخدمات بوعده بالشراء لأي سبب؛ فإنه ملتزم حينئذ بأن يدفع تعويضا يساوي سعر التنفيذ.

٨. يقدم ممثل حملة الصكوك وعدا لوكيل الخدمات (المنشئ) ويكون وعدا مقابلا ببيع التذاكر القائمة إذا طلب وكيل الخدمات ذلك في حال تغيرت أنظمة الضرائب في بلد المنشئ أو المصدر، أو في حال رغبة المنشئ في استرداد الصكوك.

٩. يستحق وكيل الخدمات في نهاية مدة الصكوك حافزا على حسن الأداء يتمثل في المبالغ الفائضة في حساب الاحتياطي، إضافة إلى التذاكر الفائضة وغير المباعة.

وجميع ما سبق عرض مجرد مقصود، لتصوير مسألة البحث، وليس من غرض الورقة بيان جميع أحكام هذه المعاملة، كما هو ظاهر من خطاب الاستكتاب.

المسألة الثالثة: التخرّيج الفقهي لوكيل الخدمات

تعدّ هذه المسألة في نظر الكاتب، هي **عقدة المسألة وجوهرها**، فإذا تحررت وظهرت مأخذها، زالت إشكالاتها، وبانت الفروق بينها، وأرجو أن أوفق في بيان المقصود إن شاء الله. وقد رأيت جعلها في ثلاث نقاط:

١. التخرّيج الفقهي لعقد وكالة الاستثمار.
٢. التخرّيج الفقهي لعقد وكالة الخدمات.
٣. الفرق بين عقد وكالة الاستثمار وعقد وكالة الخدمات.

فقد ظهر لي أهمية تحرير تخرّيج عقد الوكالة بالاستثمار قبل النظر في تخرّيج عقد وكالة الخدمات، للنظر في مدى إلحاقه به من عدمه، ثم بيان أبرز الفروق بين العقدين في الحقيقة والأحكام.

أولاً: التخرّيج الفقهي لعقد وكالة الاستثمار:

تعريف عقد الوكالة بالاستثمار:

جاء تعريف عقد الوكالة بالاستثمار بأنه: "عقد يفوّض بمقتضاه شخص آخر في استثمار مبلغ من المال مملوك لصالح الموكل، مقابل أجر محدد بمبلغ مقطوع أو نسبة من المال المستثمر"^{٤٠}، أو هو: "إنابة الشخص غيره لتنمية ماله بأجرة أو بغير أجرة"^{٤١}، ووكيل الاستثمار هو: "المأذون له بتقليب المال"^{٤٢}. وهذه تعريفات واضحة من مؤسسات اجتهاد جماعي وخضعت إلى لجان صياغة ومراجعة.

تخرّيج عقد الوكالة بالاستثمار:

الذي تحصل لي بعد البحث والدراسة والنظر، أن التخرّيج الفقهي لعقد الوكالة بالاستثمار تتوجّه فيه الاحتمالات التالية:

١. أنه عقد مضاربة فاسدة، فلا يصح عقد الوكالة بالاستثمار بعوض محدد، لأنه عقد لا يعرفه الفقه

^{٤٠} قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم ١٣٣ (١٤/٧).

^{٤١} المعيار الشرعي رقم (٤٦) بشأن الوكالة بالاستثمار، البند ١/٢.

^{٤٢} المعيار الشرعي رقم (٣٤) بشأن إجارة الأشخاص، البند ٦/٤.

الإسلامي، وفيه محذور التحايل على أخذ العوض الثابت في عقد المضاربة، فيصحح إجارة وهو يؤول للقول التالي.

٢. أنه من قبيل عقود الإجازات، وهذا ما عليه عامة المعاصرين، وهو ظاهر عمل اللجان الشرعية، والمعايير الشرعية.

٣. أنه من قبيل عقود المشاركات، وهو ما يريجه الباحث بعد طول نظر وتأمل.

٤. أنه من العقود المترددة التي تأخذ أحكام الإجارة وأحكام المضاربة، ومال له بعض فضلاء الباحثين، وهو احتمال متوجه.

وفيما يلي عرض هذه الاحتمالات وتوجيهها:

الاحتمال الأول: أن الوكالة بالاستثمار بعوض عقد مضاربة فاسدة:

إن من أبرز الدواعي لاختيار عقد الوكالة بالاستثمار، فيما وقفت عليه:

١. تجنّب الجهات الإشرافية مصطلح المضاربة، وتحوّف الجهات المستثمرة منه؛ لما له من حمولة دلالية غير محمودة في الجانب الفني إذ تنحج إلى المقامرات والمجازفات في عرف الأسواق المالية العالمية حسب توضيح المختصين بما في ذلك الجهات الإشرافية^{٤٣}، خلافا لمفهوم المضاربة في الفقه الإسلامي، ولذا أجازت عدد من اللجان الشرعية كثيرا من المنتجات الاستثمارية القائمة على عقد المضاربة الشرعية باسم الوكالة بالاستثمار، ليحظى بموافقة الجهة الإشرافية، ويتمتع بالقبول العام لدى الجهات المستثمرة المحلية والدولية، باعتبار أن عقد المضاربة الفقهي يتضمن معنى الوكالة.

٢. عزا بعض الكتاب المتقدمين في البنوك الإسلامية، اختيار عقد الوكالة بالاستثمار، إلى كونه من البدائل المناسبة عن عقد المضاربة الذي واجه إشكالات مختلفة بتعدّد تطبيق ضوابطه الفقهية على عمل المنتجات البنكية، لا سيما أسلوب استثمار الودائع البنكية القائمة على عقد المضاربة^{٤٤}.

^{٤٣} مثل البنك المركزي السعودي كما في مجلة البحوث الإسلامية، العدد السابع والأربعون ص ٨٤، وينظر كتاب البنوك الإسلامية للأنصاري وآخرون ص ٦٥.

^{٤٤} البنوك الإسلامية، لعطية ص ٨٦ و ١١٩.

ولم أجد لعقد الوكالة بالاستثمار مستندا عند الفقهاء^{٤٥}، إلا عقود الإبضاع^{٤٦}، فهي وكالة باستثمار المال بلا عوض، بينما تطبيقات المؤسسات على أنها بعوض ولمدة محددة.

ومع أن د. عبدالستار أبو غدة رحمه الله من أبرز المؤسسين لهذا العقد والمؤثرين في شيوعه في تطبيقات المؤسسات المالية الإسلامية، إلا أنه عند تأصيله لم يجد له سوى أحكام العبد المأذون، إذ قال: "من اللافت للانتباه أن الوكالة بالاستثمار بصراحة وتفصيل وردت في أحكام العبد المأذون"^{٤٧}.

وقد ناقشه بعض الباحثين بأن العبد المأذون لا يتقاضى أجرا على عمله، لأنه مملوك لسيده، كما أن هذا الإذن قد حدد التصرفات له، وجنس هذا مجمع عليه؛ فلا يصح الاستدلال به^{٤٨}.

وكل من حاول تأصيل عقد الوكالة بالاستثمار، إما أنه يعتمد على مشروعية عقد الإجارة، أو مشروعية عقد الوكالة، وكلاهما ليسا محلا للبحث^{٤٩}.

وقد يقال بمنع عقود الوكالة بالاستثمار القائمة على أخذ مبلغ محدد باعتبارها حيلة على أخذ مبلغ معلوم في عقود المضاربة، وذلك بالنظر إلى استخدام المؤسسات المالية لهذا العقد بتحديد سقف لربح العميل يتناسب مع مؤشر الأرباح السائد، وما زاد فيستحقه الوكيل (المؤسسة) على سبيل الحافز، إضافة إلى الأجر المعلوم.

ومما يقوّي القول بذلك: أن الاستثمار عمل غير محدد يتعذر ضبطه، وهذا يخالف شروط عقد الإجارة، ولذا شرعت المضاربة، فإن "وظيفة العامل: التجارة، وهي هنا الاسترباح بالبيع والشراء لا بالحرفة كالطحن والخبز... فلو قارضه ليشتري حنطة فيطحن ويخبز... فسد القراض؛ لأنه شرع رخصة للحاجة، وهذه

^{٤٥} نعم أجاز الفقهاء التوكيل بالبيع، والتوكيل بالشراء، والتوكيل بالمضاربة، أي: أن يكون الموكل رب مال أو عامل مضاربة نيابة عن الوكيل، ولم أقف على توكيل بالمتاجرة وتقليب المال مقابل عوض محدد.

^{٤٦} الإبضاع في اصطلاح الفقهاء: (بعث المال مع من يتجر به تبرعا، والربح كله لرب المال. أو: هو تجار ببضاعة للمالك ربها، والعامل وكيل متبرع. أو: هو إعطاء شخص لآخر رأس مال على أن يكون جميع الربح عائدا له. ويسمى رأس المال: بضاعة). كشاف القناع ٤٨٦/٨ و ٥٠٠، معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء ص ١٥.

^{٤٧} أبحاث ندوة البركة الرابعة والثلاثون ص ٣٣٧.

^{٤٨} عقد الوكالة بالاستثمار ص ٢٨٨.

^{٤٩} عقد الوكالة بالاستثمار ص ٨٥، صكوك الوكالة بالاستثمار ص ٧٤ و ٨٤.

مضبوطة بتيسر الاستئجار عليها فلم تشملها الرخصة^{٥٠}، فيكون "القراض لما لا يجوز الاستئجار عليه وهو التجارة التي لا ينضبط قدرها وتمس الحاجة إلى العقد عليها فيحتمل فيه للضرورة جهالة العوضين"^{٥١}.

كما يخالف ذلك مقتضى عقد الوكالة، فقد اشترط الفقهاء أن يكون التوكيل في تصرف معلوم مع ذكر نوع المال وقدر الثمن، وكل ذلك لتقليل الغرر^{٥٢}، وقد تسامح بعض الفقهاء في ذلك لكونه من باب الاستحسان باعتبار أن الوكالة بدون عوض مبنية على الفسحة والمساحة، بخلاف عقود المعاوضات المبنية على المضايقة والمماكسة^{٥٣}، وهذا ما لا يتوافق مع تطبيقات المؤسسات المالية الإسلامية القائمة على الوكالة بعوض.

وليس من مقاصد عقد الوكالة ولا مقتضاها - كما صرح الفقهاء - التجارة وحصول الربح، وإنما مقصودها: إدخال المبيع في ملكه في التوكيل بالشراء، أو إخراجه منه في التوكيل بالبيع^{٥٤}.

ومهما يكن من أمر؛ فحتى لو قيل بجواز عقد الوكالة بالاستثمار، لاسيما وأن أصل الإباحة في المعاملات يقويه؛ فينبغي أن يقيد بالألا يؤول على ممنوع كأخذ عوض محدد في المضاربة، وإنما يكون العوض نسبة من الناتج، على أن مآل منع تحديد العوض هو الاحتمال التالي؛ لأن جمهور الفقهاء على فساد المضاربة بعوض محدد للعامل، وتصحح إجارة، فيكون له أجر المثل^{٥٥}.

الاحتمال الثاني: أن عقد الوكالة بالاستثمار من قبيل عقود الإجازات:

جاء في مستند المعيار الشرعي رقم (٤٦) بشأن الوكالة بالاستثمار:

"مستند التمييز بين الوكالة بالاستثمار والوكالة بالتصرفات عموما:

١. أن الوكالة بالاستثمار هي لتنمية المال، وهي قسيمة المضاربة والمشاركة. والفرق بينهما: أن الوكالة

^{٥٠} تحفة المحتاج ٨٧/٦.

^{٥١} فتح العزيز مع المجموع ١٢/١٢.

^{٥٢} كشف القناع ٤٤٩/٩ و ٤٥٠.

^{٥٣} بدائع الصنائع ٢٣/٦.

^{٥٤} بدائع الصنائع ٨٨/٦، كشف القناع ٤٣٦/٨ و ٤٤٢ و ٥٠٩.

^{٥٥} خلافا للمالكية وابن تيمية.

بالاستثمار لها شبه بالإجارة، والمضاربة والمشاركة هما من زمرة المشاركات.

٢. أما الوكالة بالتصرفات عموماً، فهي توكيل بأعمال محددة مثل الدفع والقبض، وحتى لو كان توكيلاً بالبيع، كما في توكيل العميل في المراجعة، فإن مقتضاها قيامه بالتملك لصالح المؤسسة وليس للاستثمار^{٥٦}.

وهذا الاحتمال ظاهر، فلا حاجة لبسط القول فيه؛ لاشتهاره، وربما يكون من أقوى مستنداته أن مآل العقد حتى على القول بأنه مضاربة فاسدة، هو تصحيحه على قول جمهور الفقهاء إلى عقد صحيح آخر وهو عقد الإجارة. وهو من هذا الوجه يقرب من تخريج وكالة الخدمات وسيأتي.

ويلاحظ أن مستند المعيار انطلق هنا من أن عقد المضاربة من جنس المشاركات كما هو مذهب الحنابلة واختيار ابن تيمية وابن القيم^{٥٧}، خلافاً لجمهير الفقهاء الذين يرون المضاربة من جنس عقود الإجازات التي أجازت للحاجة^{٥٨}، والأظهر الأول.

الاحتمال الثالث: أن عقد الوكالة بالاستثمار من قبيل عقود المشاركات:

فوكالة الخدمات أو التصرفات تكون في أعمال محددة إما البيع أو الشراء أو الإدارة أو التحصيل مقابل عوض محدد، وهذه هي حقيقة عقد الوكالة، فإن كانت بعوض فهي من قبيل الإجارة كما سيأتي.

بينما وكالة الاستثمار تشتمل على أكثر من ذلك؛ لأن غرضها تنمية المال، فلا بدّ من التوكيل بالبيع والشراء معاً، ولذا قال السرخسي في التفريق بين الإجارة والمضاربة: "إنما جعلناه استئجاراً؛ لأنه أمره بالشراء خاصة. والربح لا يحصل بالشراء، وإنما يحصل به وبالبيع، وهو بالأمر بالشراء لا يملك البيع"^{٥٩}. فهي من

^{٥٦} مستند المعايير الشرعية ص ١١٥٤.

^{٥٧} القواعد النورانية ص ٢٣٥، الفتاوى ٢٨/٨٤.

^{٥٨} في بدائع الصنائع ٧٩/٦: (عقد المضاربة القياس أنه لا يجوز؛ لأنه استئجار بأجر مجهول بل بأجر معدوم، ولعمل مجهول، لكننا تركنا القياس بالكتاب العزيز والسنة والإجماع) بينما بعدها في ٨٦/٦: (المضاربة نوع من الشركة). وفي بداية المجتهد ٢٣٦/٢: (ولا خلاف بين المسلمين في جواز القراض... وأجمعوا على أن صفته أن يعطي الرجل المال على أن يتجر به على جزء معلوم يأخذه العامل من ربح المال... وأن هذا مستثنى من الإجارة المجهولة وأن الرخصة في ذلك إنما هي لموضع الفرق بالناس)، وفي مغني المحتاج ٣٠٩/٣: (القراض رخصة خارج عن قياس الإجازات). وينظر بحث الصديق الضير في حولية البركة السابعة ص ٢٧٩.

^{٥٩} المبسوط ٢٢/٢٦.

هذا الوجه تشبه المضاربة التي قال عنها الكاساني: "فأما المضاربة فإنها لا تنتهي بالشراء، لأن المقصود منها الربح، ولا يحصل إلا بالبيع والشراء مرة بعد أخرى"^{٦٠}.

وطبيعة عقد الوكالة بالاستثمار - كما يجري استعمالها المعاصر - هي طبيعة عقد المضاربة نفسه التي قال فيها الفقهاء: "إن المضاربة إنما تكون بالتجارة والتصرف في رقبة المال"^{٦١}.

فالوكالة بالاستثمار فيها شبه بالمضاربة من جهة أن فيهما توكيلا بالبيع والشراء وتقليب المال لتنميته، قال الجويني: "ومما يجب التنبيه له الآن أن القراض يشتمل على معنى التوكيل في التصرف، وإن كان يؤول في منتهاه إلى الشركة عند ظهور الربح، كما سنصف ذلك"^{٦٢}. وقال في مغني المحتاج: "القراض في ابتدائه وكالة وفي انتهائه إما شركة وإما جعالة، وكلها عقود جائزة"^{٦٣}.

وغالبا ما تؤول الوكالة بالاستثمار - في تطبيقاتها المعاصر - إلى المشاركة في الناتج، لأن غالب تطبيقات الوكالة بالاستثمار تجعل عوض الوكيل حصة من صافي أصول الوعاء الاستثماري، وجنس هذه المعاقدة هي التي دفعت ابن قدامة وابن تيمية إلى أن يجعلها من جنس المشاركات لا الإجازات. وهذا مما يقوي جعل عقد الوكالة بالاستثمار إلى جنس المشاركات أقرب من جنس الإجازات.

فربط عوض مدير الوعاء الاستثماري بصافي أصول الوعاء، لا ينسجم مع عقد المضاربة التي يربط نصيب العامل فيها بالربح، كما لا ينسجم مع عقد الإجارة لجهالة الأجرة، ولا ينسجم أيضا مع عقد الجعالة لأن الجعل لا يستحق إلا بتحقيق النتيجة، وهنا يستحق بمضي المدة"^{٦٤}.

وأهم ضابط في هذه المعاقدة: أن يكون الناتج متأثرا بجهد العامل ونشاطه، فإذا بذل وعمل زاد عوضه، وإذا خمل وكسل قلّ عوضه. قال ابن تيمية: "لو لم يكن للعمل عليه تأثير أصلا لم يجز"^{٦٥}.

وقال ابن قدامة: "وإن دفع رجل دابته إلى آخر ليعمل عليها، وما يرزق الله بينهما نصفين أو أثلاثا أو

^{٦٠} بدائع الصنائع ١١٣/٦.

^{٦١} كشف القناع ٥٢٨/٨.

^{٦٢} نهاية المطلب ٤٥١/٧.

^{٦٣} مغني المحتاج ٣١٩/٣.

^{٦٤} الخدمات الاستثمارية في المصارف وأحكامها في الفقه الإسلامي ٦٨٣/١.

^{٦٥} القواعد النورانية ص ٢١٥.

كيفما شرطاً؛ صح.. لأنها عين تنمى بالعمل عليها فصح العقد عليها ببعض نمائها، كالدرهم والدنانير، وكالشجر في المساقاة، والأرض في المزارعة... وقد أشار أحمد إلى ما يدل على تشبيهه لمثل هذا بالمزارعة، وهذا يدل على أنه قد صار في هذا ومثله إلى الجواز، لشبهه بالمساقاة والمزارعة، لا إلى المضاربة، ولا إلى الإجارة^{٦٦}.

وقد رأيت حديثاً يمكن الاستناد عليه في تصحيح هذه المعاملة، لم أقف عليه في المدونات الفقهية.

قال ابن القيم: "والذين منعوا الجواز في ذلك جعلوه إجارة، والأجر فيها مجهول. والصحيح: أن هذا ليس من باب الإجازات، بل من باب المشاركات، وقد نص أحمد على ذلك... وقد دلت السنة على جواز ذلك، كما في المسند والسنن عن رويغ بن ثابت، قال: (إن كان أحدنا في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم ليأخذ نضو أخيه على أن له النصف مما يغنم ولنا النصف)^{٦٧}... فكل عين تنمى فائدتها من العمل عليها جاز لصاحبها دفعها لمن يعمل بجزء من ربحها. فهذا محض القياس، وموجب الأدلة. وليس مع المانع حجة، سوى ظنهم أن هذا من باب الإجازات بعوض مجهول^{٦٨}.

وقال الشيخ الأمين الشنقيطي: "وأقوى الأقوال دليلاً عندي فيها، مذهب من أجاز ذلك، كالإمام أحمد، بدليل حديث رويغ بن ثابت، قال: (إن كان أحدنا في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم ليأخذ نضو أخيه على أن له النصف مما يغنم ولنا النصف)، والحديث دليل صريح على جواز دفع الرجل إلى الآخر راحلته في الجهاد على أن تكون الغنيمة بينهما، وهو عمل على الدابة على أن ما يرزقه الله بينهما كما ترى، والتفريق بين العمل في الجهاد وبين غيره لا يظهر، والعلم عند الله تعالى^{٦٩}.

وقال البغوي: "أراد بالنضو: البعير المهزول. ففيه دليل على أنه لو اكترى فرساً، أو بعيراً للغزو على أن للمكربي سهم المكتري من الغنيمة، أو نصف ما يغنم، أو ثلثه على ما يتشارطان أنه يجوز، وإليه ذهب الأوزاعي، وأحمد. ولم يجوزه أكثر الفقهاء لجهالة العوض، وأوجبوا على المكتري إذا استعمله أجر المثل^{٧٠}.

^{٦٦} المغني ١١٦/٧-١١٧.

^{٦٧} أخرجه أبو داود (٣٦)، وأحمد ١٠٨/٤، وحسنه النووي في المجموع ١١٦/٢.

^{٦٨} إغاثة اللفهان ٧٢٦/٢ طبعة المجموع والفوائد، تهذيب السنن ٤٤٧/٢ طبعة المجموع والفوائد.

^{٦٩} أضواء البيان ٢٤٩/٣، واستدل به د. محمد تاويل رحمه الله في كتابه الشركات ص ٤٧٥.

^{٧٠} شرح السنة ١٧/١١.

وقال الخطابي: "وفي هذا حجة لمن أجاز أن يعطي الرجل فرسه أو بغيره على شرط ما يصيبه المستأجر من الغنيمة، وقد أجازوه الأوزاعي وأحمد ولم يجز أكثر الفقهاء، وإنما رأوا في مثل هذا أجرة المثل"^{٧١}.

الاحتمال الرابع: أن عقد الوكالة بالاستثمار متردد بين المضاربة والإجارة:

وأصل هذا الاحتمال تبعيض الأحكام في الشريعة، وإعطاء بعض المسائل حكماً بين حكمين^{٧٢}، وقد مال لهذا الاحتمال بعض فضلاء الباحثين.

قال بعض الباحثين: "إن علاقة البنك بالمستثمرين تدور بين عقد المضاربة فيما إذا كان عائد البنك نسبة من الأرباح، وعقد الوكالة فيما إذا كان العائد مبلغاً مقطوعاً أو نسبة من أصل الاشتراك أو الوديعة، وقد تطبق العلاقة المزدوجة لكل من المضاربة المطلقة والوكالة بأجر في الودائع الاستثمارية العامة"^{٧٣}.

وبعض الباحثين رجح أن: "المضاربة من جنس المشاركات، بينما الوكالة بالاستثمار بأجر؛ إجارة بالمعنى الخاص للإجارة"^{٧٤}، فتأخذ أحكام الإجارة من جهة العوض واللتزم وتحمل الموكل جميع مصروفات الاستثمار.

ثم ألحق عقد الوكالة بالاستثمار بعقد المضاربة في مسائل أخرى منها:

١. قال: "الوكالة بالاستثمار قريبة من هذه الجهة من المضاربة؛ إذ إن المقصود من كل منهما الاسترباح"^{٧٥}.
٢. وقال: "ولذا كان التعيين والتقييد في محل الاستثمار أبعد عن تحقيق مقصودها، وهي بذلك تشابه المضاربة"^{٧٦}.
٣. وقال: "الوكالة بالاستثمار لها حكم المضاربة من حيث أحكام الضمان، لأن كلا من الوكيل

^{٧١} معالم السنن ٢٦/١.

^{٧٢} قاعدة مقررة ليس هذا محل بسطها، ينظر: المعلم بفوائد مسلم ١١٤/٢، إحصاء الأحكام ٢٠٤/٢، المفهم لما أشكل من تلخيص مسلم ١٩٧/٤، زاد المعاد ٣٦٨/٥.

^{٧٣} الخدمات الاستثمارية في المصارف ٢٩٦/١.

^{٧٤} عقد الوكالة بالاستثمار ص ١٧٨ و ١٩٠.

^{٧٥} عقد الوكالة بالاستثمار ص ٦٩ و ٢٧٤.

^{٧٦} عقد الوكالة بالاستثمار ص ٦٩ و ٧١ و ١٤٩ و ١٨٦ و ١٨٧.

والمضارب أمين من حيث الأصل، وطبيعة عملهما واحدة في الجملة وهي تقليب المال واستثماره^{٧٧}.

الترجيح بين هذه الاحتمالات:

الذي يظهر لي بعد طول بحث وتأمل ونظر، أن الاحتمال الثالث بأن عقد الوكالة بالاستثمار من قبيل عقود المشاركات هو أقوى الاحتمالات عندي، وبناء عليه:

١. فإن نموذج الصكوك القائمة على تسليم حملة الصكوك أموالهم إلى للمصدر للتصرف فيها باستثمارها، فهذه صكوك وكالة بالاستثمار، وهذا نادر، ولا أعلم له تطبيقا محددًا في الصكوك، وإنما يكون ذلك في أعمال المؤسسات المالية الإسلامية في الصناديق الاستثمارية، والودائع الاستثمارية.

٢. أن نموذج الصكوك القائمة على تعاقد حملة الصكوك مع المصدر لعمل محدد، وهو إدارة موجودات الصكوك المحددة؛ بإجارتها لطرف ثالث مع تحصيل أجرتها، كالعقارات المؤجرة، أو بتسويق خدمات النقل وبيعها، وغالبا ما تكون هذه الموجودات مملوكة للمصدر ثم باعها (كاملة) لحملة الصكوك، ولهذا السبب تكون أجرة الوكالة رمزية، فهذه صكوك وكالة الخدمات.

وإن تحديد نوع الأجرة ليس وصفا لازما ولا معيار حاسما في الوكالة بالاستثمار، فقد تكون الأجرة مبلغا محددًا^{٧٨} كما هو الشأن في وكيل الخدمات، كما أن أجرة وكيل الخدمات قد تكون حصة من صافي أصول الإدارة، ولا يعني هذا تغير الأحكام بينهما.

وإنما المعيار هو طبيعة العمل بتقليب المال، الذي ينعكس على شكل العلاقة التعاقدية بأن يكون الوكيل طرفا مباشرة في العلاقة الاستثمارية مع حملة الصكوك، فيكون بذلك شبيها بالمضاربة والمشاركة التي منع لأجلها ضمان رأس المال، حذرا من شبهة الربا ومظنته، لأنه في هذه الحال يضمن عمله وما تحت يده،

^{٧٧} عقد الوكالة بالاستثمار ص ٣٣٩.

^{٧٨} وربما يتوجه منع العوض المحدد كما سبق. إلا إذا كان العوض رمزيا تافها (صوريا) مع حافز أداء، فيمكن القول به، لأنه صار (من هذا الوجه) من جنس المشاركات، لأن عمل الوكيل وجهده مؤثر في تضخيم الحافز، فيكون العوض الأساس هو الحافز.

خلافًا لوكيل الخدمات الذي يضمن عمل غيره.

ويكون عوض الوكيل في هذه الحال نسبة من أصول الوعاء فيكون من جنس عقود المشاركات كما ذكر ذلك ابن قدامة وابن تيمية، فإن كان عوض الوكيل مبلغًا محددًا مع حافز كما هو في كثير من التطبيقات، فعلى القول بجواز هذا التحديد، فهذا لا يخرج العقد عن طبيعة عقود المشاركات، فيأخذ حينئذ أحكامها. وعلى أي حال؛ فإن تطبيق عقد الوكالة بالاستثمار شائع في الودائع الاستثمارية والصناديق الاستثمارية، بينما تطبيق وكالة الخدمات في الصكوك والتمويلات الجماعية وإدارة المحافظ والخدمات.

ثانياً: التخرج الفقهي لعقد وكالة الخدمات:

سبق في فقرة (تعريف عقد وكالة الخدمات) الإشارة إلى أنه لا يخرج في حقيقته عن عقد الوكالة في مدونات الفقهاء، وإنما الذي قد نحتاج إلى بيانه هو تخرج عقد وكالة الخدمات كما في التطبيقات المعاصرة والتي يكون عمل الوكيل فيها بعوض.

والذي عليه عامة الفقهاء هو جواز أخذ العوض على الوكالة، على خلاف بينهم في تخرجها الفقهي إذا كانت محددة المدة^{٧٩}، وإن كثيراً من المعاصرين يجعل الوكالة بعوض إجارة بإطلاق، وهذا ما لم أجده صريحاً في معتمد جمهور المذاهب الفقهية، ويمكن بيان ذلك في ضوء العرض التالي:

١- مذهب الحنفية:

لم أظفر بنص في المسألة، وإنما وقفت على بعض النصوص، التي يفهم منها أن الوكالة بعوض تكون لازمة. فجاء عند الحنفية: هل يجبر الوكيل بالبيع على استيفاء الثمن من المشتري، قال ابن نجيم: "لا يجبر الوكيل بغير أجر على تقاضي الثمن"، وعلق ابن عابدين: "أما إذا كان بأجر - كالدلال والسمسار والبيّاع - يُجبر على استيفاء الثمن ... لأن من سواهم متبرع"^{٨٠}.

والأصل أن عقد الوكالة من العقود الجائزة، بينما جرى هنا الحكم بلزومها في حق الوكيل عند وجود عوض،

^{٧٩} فإن حددت بالعمل فتكون جعالة عند من يرى أنها إجارة إذا حددت بمدة. وهذا قليل التطبيق، فالأصل التحديد بمدة.

^{٨٠} الأشباه والنظائر ص ٢٤٩، العقود الدرية ١/٣٤٧ و ٣٤٨.

وقد يفهم من هذا أن سبب إضفاء حكم اللزوم هنا هو إلحاقها بعقد الإجارة؛ لتعليقهم بقولهم: "لأن من سواهم متبرع"، فهذا احتمال قوي قائم.

والاحتمال الآخر أن سبب اللزوم أنه تعلق بها حق الغير فتلزم ولو كانت في الأصل جائزة؛ لأن الحنفية يصرحون بأن: "الوكالة من العقود غير اللازمة... ما لم يتعلق به حق الغير"^{٨١}، ومن أمثلة ذلك عندهم:

١. الوكالة في الخصومة فهي لازمة ولو بلا عوض، فليس للموكل فسخها؛ "لما فيه من إبطال حق الغير"^{٨٢}.

٢. والوكيل بيع الرهن، فليس للراهن الموكل عزل الوكيل إلا بإذن المرتهن؛ للمعنى نفسه.

والمسألة تحتاج إلى تحرير من فقهاء الحنفية المتأخرين.

٢- مذهب المالكية:

ذكر بعض فقهاء المالكية المتأخرين أن هناك تردد في حقيقة الوكالة بعوض، خلافا لكبار فقهاء المالكية فإنهم ينصون على أنها إجارة.

أما الوكالة في الخصومة فإنها لازمة -ولو بلا عوض- وبلا تردد كما قال الدسوقي (ت ١٢٣٠هـ): "قوله تردد) محله في الوكالة في غير الخصام، وأما الوكالة فيه فهي لازمة مطلقا وقعت على وجه الإجارة أو الجعالة"^{٨٣}، فإن لزومها جاء من جهة تعلق حق الغير بها كما هي قاعدة منع فسخ العقود الجائزة إذا ترتب عليها ضرر، كما سيأتي، وهذا سبب لزومها في الوكالة في الخصومة ومنع فسخها؛ "لما فيه من إبطال حق الغير"^{٨٤}.

وأشار الدردير (ت ١٢٠١هـ) في الشرح الكبير إلى هذا التردد في آخر باب الوكالة فقال: "وهل لا تلزم الوكالة مطلقا وقعت بأجرة أو جعل أو لا، إذ هي من العقود الجائزة كالقضاء؟ أو إن وقعت بأجرة كتوكيله على عمل معين بأجرة معلومة، أو جعل بأن يوكله على تقاضي دينه ولم يعين له قدره أو عينه ولكن لم

^{٨١} الدر المختار مع رد المحتار ٥/٥٣٦.

^{٨٢} الهداية مع نتائج الأفكار (تكملة فتح القدير) ٨/١٣٧.

^{٨٣} الدسوقي ٣/٣٩٧.

^{٨٤} كما مضى عند الحنفية.

يعين من هو عليه - وليس المراد وقوعها بلفظ إجارة أو جعالة-؛ فكهما، ففي الإجارة تلزمهما بالعقد وفي الجعالة تلزم الجاعل فقط بالشروع، وإلا بأن وقعت بغير عوض لم تلزم وهذا من تنمة القول الثاني؟ تردّد^{٨٥}.

وربما يكون هذا التردد هو سبب حذف الدردير لهذه المسألة في الشرح الصغير في آخر باب الوكالة، لأنه شرح متن محرر معتمد، وهو أقرب المسالك له، فقد قال في مقدمته: "كتاب اقتصر فيه عند الاختلاف في حكم على القول الراجح عند الأشياخ، فلم يقع فيه ذكر القولين إلا قليلا حيث لم يظهر ترجيح لأحدهما"^{٨٦}.

وقد ألحقها الصاوي (ت ١٢٤١هـ) في حاشية الشرح في آخر باب الوكالة، جاء في بلغة السالك: "خاتمة: هل عقد الوكالة غير لازم مطلقا - وقعت بأجرة أو جعل أولا- إذ هي من العقود الجائزة كالقضاء؟ أو إن وقعت بأجرة - كتوكيله على عمل معين بأجرة معلومة- أو جعل بأن يوكله على تقاضي دينه ولم يعين له قدره أو عينه، ولكن لم يعين من هو عليه؛ فحكمهما، ففي الإجارة تلزمهما بالعقد، وفي الجعالة لم تلزم الجاعل فقط بالشروع؟ تردّد في ذلك أهل المذهب، والله أعلم"^{٨٧}.

والذي عليه كبار فقهاء المالكية هو أنها تكون إجارة لازمة إذا كانت بعوض، أو كانت وكالة في الخصومة كما سبق؛ لأنه تعلّق بها حق للغير.

قال ابن رشد الجد (ت ٥٢٠): "الوكالة جائزة بعوض وعلى غير عوض. فإن كانت بعوض فهي إجارة تلزمهما جميعا، ولا تجوز إلا بأجرة مسماة وأجل مضروب وعمل معروف، وإن كانت بغير عوض فهي معروف من الوكيل يلزمه إذا قبل الوكالة ما التزمه، وللموكل أن يعزله من الوكالة متى شاء، إلا أن تكون الوكالة في الخصام فليس له أن يعزله عن الوكالة"^{٨٨}.

وقال المازري (ت ٥٣٦): "الوكالة من العقود الجائزة من جانب الموكل... إذا كانت الوكالة بغير عوض... وهذا ما لم يتعلّق بالوكالة حق للوكيل أو لغيره، فإن تعلّق بالوكالة حق للوكيل مثل أن تكون الوكالة

^{٨٥} مع الدسوقي ٣/٣٩٦-٣٩٧.

^{٨٦} أقرب المسالك مع الشرح الصغير ١/١٨.

^{٨٧} بلغة السالك ٣/٥٢٣.

^{٨٨} المقدمات الممهّدات ٣/٥٨-٥٩.

بعوض فإنها تكون إجارة... أو يكون في ذلك حق لغير الوكيل فلصاحب الحق أن يمنع الموكل من عزل الوكيل، كما لو وكل رجل رجلا على **مخاصمة إنسان**، فإنه إذا أراد عزله بعد أن نشب في خصام المطلوب وأشرف على الانفصال، فإن الموكل يُمنع من عزله إذا منع من ذلك المطلوب، إلا لعذر، كمرض الوكيل أو سفره، أو عجزه عما وكل عليه... وأما الطرف الآخر، وهو **الوكيل**، فإنه في حقه من العقود الجائزة^{٨٩}.

وقال القرابي (ت ٦٨٤): "وأما الوكالة بعوض فهي من باب الإجارة"^{٩٠}.

وقال ابن فرحون (ت ٧٩٩): "إذا تعلّق بالوكالة حق للوكيل مثل أن يكون بعوض، فإنها تكون إجارة، فلا يمكن الموكل من عزل الوكيل... فصل: الوكالة جائزة بعوض أو بغير عوض، فإن كانت بعوض فهي إجارة تلزمها بالعقد ولا يكون لواحد منهما التخلّي... وإن كانت بغير عوض فهي معروف من الوكيل تلزمه إذا قبل، وللموكل عزله متى شاء إلا أن تكون الوكالة في الخصام... ويجوز للوكيل في غير الخصام أن يعزل نفسه متى شاء من غير اعتبار رضا موكله إلا أن يتعلق به حق لأحد ويكون في عزل نفسه إبطال لذلك الحق فلا يكون له ذلك؛ لأنه تبرع بمنافعه"^{٩١}.

وقال ابن جزى (ت ٧٤١): "تجوز الوكالة بأجرة وبغير أجرة، فإن كانت بأجرة فحكمها حكم الإجازات، وإن كانت بغير أجرة فهو معروف من الوكيل، وله أن يعزل نفسه إلا حيث يمنع موكله من عزله"^{٩٢}.

والذي يظهر أن المذهب عند المتأخرين وقع فيه التردد المذكور. ثم وقفت على تحرير للرّهوني من متأخري فقهاء المالكية في المغرب (ت ١٢٣٠هـ) فقال: "الذي وقفت عليه في كتب أهل المذهب أن الوكالة بأجرة لازمة إما اتفاقا أو على المشهور"^{٩٣}.

وقد أشار إلى أن من نقل التردد فقد خانت العبارة، وإنه لا خلاف في لزوم الوكالة بعوض، وإنما الخلاف في لزوم الوكالة بغير عوض، ووجه الخلاف أن مذهب المالكية على أن الهبة تلزم بالعقد، والوكيل يهب منفعته للموكل، فكانت تلزمه من هذا الوجه، وكان الجواب هو أن هذا من باب الوعد لا العقد فلا

^{٨٩} شرح التلقين ٢/٣/٨٠٨.

^{٩٠} الفروق ١/١٨٨.

^{٩١} تبصرة الحكام ١/١٢٤ و ١٢٦.

^{٩٢} القوانين الفقهية ص ٢١٦.

^{٩٣} الرهوني على الزرقاني ٦/١٣٧. وقد وقفت على هذا النقل من الزميل الأخ د. علي نور، وهو نقل عزيز.

تلزمه^{٩٤}.

٣- مذهب الشافعية:

الذي يظهر أن مذهب الشافعية أنها تبقى وكالة ولو بعوض، فالأصل أنها تأخذ أحكامها.

جاء في تحفة المحتاج: "الوكالة ولو يجعل - ما لم تكن بلفظ الإجارة بشروطها- جائزة من الجانبين"^{٩٥}.

وجاء في مغني المحتاج: "الوكالة ولو يجعل جائزة من الجانبين... هذا إذا لم يكن عقد الوكالة باستتجار فإن كان بأن عقد بلفظ الإجارة فهو لازم وهذا لا يحتاج إلى استثناءه، وإن عقدت بلفظ الوكالة وشرط فيها جعل معلوم، قال الرافعي: فيمكن بناؤه على أن الاعتبار بصيغ العقود أو بمعانيها، وهذان الاحتمالان نقلهما الروياني وجهين، وصحح منهما الأول، على القاعدة الغالبة في ذلك، وهو المعتمد، كما جزم به الجويني في مختصره؛ لأن الإجارة لا تعقد بلفظ الوكالة، وعلى هذا أيضا لا يحتاج إلى استثناءه"^{٩٦}.

٤- مذهب الحنابلة:

لم أظفر بنص صريح، وإن كان ظاهر إطلاق كلامهم أنها تبقى وكالة وتأخذ أحكامها.

قال ابن قدامة: "يجوز التوكيل بجعل وبغير جعل"^{٩٧}، ثم قال: "الوكالة عقد جائز من الطرفين، فللموكل عزل وكيله متى شاء، وللوكيل عزل نفسه؛ لأنه إذن في التصرف، فكان لكل واحد منهما إبطاله"^{٩٨}، وظاهره ولو كانت بجعل.

ومثله في كشف القناع: "الوكالة عقد جائز من الطرفين؛ لأنها من جهة الموكل إذن، ومن جهة الوكيل بذل

^{٩٤} الرهوني على الزرقاني ١٣٧/٦. وقد أدت في هذا الموضوع من مناقشات مفيدة مع الزميل الأخ د.علي بورويبة وهو فقيه مالكي.

^{٩٥} تحفة المحتاج ٣٣٧/٥.

^{٩٦} مغني المحتاج ٢٣١/٢-٢٣٢.

^{٩٧} المغني ٢٠٤/٧ و ٥٥٧/٨.

^{٩٨} المغني ٢٣٤/٧.

نفع، وكلاهما جائز^{٩٩}. ثم قال: " ويجوز التوكيل بجعل معلوم.. ويصح التوكيل أيضا بغير جعل"^{١٠٠}.

فائدة الخلاف

يظهر أثر الخلاف بين القولين في أحكام الوكالة الأخرى من جهة لزومها وجوازها، وإمكان تعليقها، وقبول الجهالة في محلها، وثبوت خيار الشرط فيها، وعدم اشتراط اتحاد مجلس العقد فيها، وجواز اجتماع القرض معها، وعدم تضمين الوكيل ولو في الصور التي يضمن فيها الأجير المشترك، وغير ذلك من أحكام الوكالة.

فهل تجري أحكام الوكالة ولو كانت بعوض، أم أن العوض ينقلها إلى عقد الإجارة فتأخذ جميع أحكامها؟

وقد رأيت بعض الفروع غير مطّردة، فمثلا مع أن الحنابلة يمنعون تعليق عقود المعاوضات -ومنها تعليق عقد الإجارة- إلا أنهم يصحّحون تعليق الوكالة بعوض أو بدون عوض^{١٠١}. بينما لا يصحّحون الوكالة بعوض مجهول ويكون للوكيل أجره المثل؛ لأنه عمل بعوض لم يسلم له، فعاملوها في هذا الفرع معاملة الإجارة^{١٠٢}.

والشافعية أجازوا شهادة الوكيل لموكله فيما هو وكيل فيه إذا لم يكن بجعل، وردوا شهادته إذا كان بجعل؛ للتهمة^{١٠٣}، فكأنهم فرقوا بين الوكالة بعوض وبغير عوض في باب الشهادات، بينما في الوكالة بعوض لا تجري مجرى الأجير المشترك في وجوب الضمان؛ لأنها إذا خرجت عن حكم الإجارة في اللزوم؛ خرجت عن حكمها في الضمان^{١٠٤}. وأيضا عندهم أن الوكالة تنعقد بدون علم الوكيل، فلا يشترط قبوله، بينما إن كانت بجعل فاشترطوا علمه وقبوله^{١٠٥}.

^{٩٩} كشف القناع ٤٢٥/٨.

^{١٠٠} كشف القناع ٤٦١/٨.

^{١٠١} المغني ٢٠٤/٧، كشف القناع ٤٢٥/٨.

^{١٠٢} كشف القناع ٤٦٢/٨.

^{١٠٣} تحفة المحتاج مع حاشية الشرواني ٢٣٢/١٠.

^{١٠٤} الحاوي الكبير ٥٠٢/٦.

^{١٠٥} تحفة المحتاج ٣١٠/٥.

الموازنة والترجيح

الذي يظهر لي أن جمهور الفقهاء في معتمد مذاهبهم على أن الوكالة -ولو بعوض- تبقى عقد وكالة وتأخذ أحكامها، ولا تخرج عنها إلا لمعنى خاص قام فيها. عدا كبار فقهاء المالكية إلى أن الوكالة بعوض إجارة وتجري عليها أحكامها، وهذا ما حرّره بعض متأخري فقهاء المالكية بأنه مذهب المالكية.

وعلى أي حال، فإن طرد جميع أحكام الإجارة على الوكالة بعوض، محل بحث عندي، فالأظهر أن الأصل هو بقاء أحكام الوكالة، وقد تخرج بعض أفراد أحكامها لمعنى خاص فيها، وأما اللزوم فليس حكما خاصا بالوكالة بعوض، فيمكن إضفاء حكم اللزوم حتى على الوكالة بغير عوض إذا كان ذلك بشرط أو ترتب على الفسخ ضرر لأحد كأن تعلق بها حق الغير، وهذه قاعدة العقود الجائزة، وهذا اختيار المعيار الشرعي نفسه، ففي البند ٣/٤ جعلها لازما ولو كانت بغير عوض إذا كان ذلك بالشرط أو ترتب على الفسخ ضرر.

وهذه قاعدة مقرّرة عند فقهاء الحنفية والمالكية كما مرّ، وهي تعود إلى قواعد الضرر، وقد قرّرها سائر الفقهاء في قواعدهم في العقود الجائزة؛ فجاء في المنشور في القواعد: أن "العقود الجائزة إذا اقتضى فسخها ضررا على الآخر امتنع، وصارت لازمة"^{١٠٦}، وفي قواعد ابن رجب: "التفاسخ في العقود الجائزة متى تضمن ضررا على أحد المتعاقدين أو غيرهما ممن له تعلق بالعقد؛ لم يجوز ولم ينفذ؛ إلا أن يمكن استدراك الضرر بضمان أو نحوه؛ فيجوز على ذلك الوجه"^{١٠٧}، وجاء في قواعد المقرري المالكي: "الأصل اللزوم ويمنع اللزوم ما يرجع إلى العقد ككونه لم يفوت حقا وجب؛ كالجعالة وسائر العقود الجائزة عند المالكية"^{١٠٨}.

والذي يظهر لي أن اللزوم هو الأصل في جميع العقود فهو طريق الوفاء بها، وهو طريق تحقيق مقصد رفع الخصومات والتنازع بين الناس ورواج الأموال لا سيما عقود المعاوضات المالية^{١٠٩}، وإنما جرى رفع صفة اللزوم عن بعض العقود؛ لئلا يكون في لزومها ضرر، ولذلك "توسّعوا فيها لإمكان المتضرر من الفسخ أي

^{١٠٦} المنشور في القواعد ٤٠١/٢.

^{١٠٧} قواعد ابن رجب ٤٩٩/١ القاعدة (٦٠).

^{١٠٨} قواعد المقرري ص ٣٩٩ القاعدة (٨٢٣).

^{١٠٩} ينظر: مقاصد الشريعة للطاهر ابن عاشور ص ١٤٤ و ١٧٣-١٧٤ و ١٧٩ ط. دار السلام.

وقت^{١١٠}، فإذا كان الفسخ ليس بسبب تضرر الفاسخ، وإنما لإضرار طرف آخر؛ فإنها تعود حينئذ إلى أصلها، فصفة اللزوم ليست معيارا كافيا -والله أعلم- لجعل عقد الوكالة بعوض عقد إجارة.

وعلى أي حال؛ فإن القول بأن الوكالة بعوض عقد إجارة هو الذي عليه عمل اللجان الشرعية في المؤسسات المالية الإسلامية، وهو ما أخذ به المجلس الشرعي في المعيار الشرعي رقم (٢٣) بشأن الوكالة وتصرف الفضولي في البند ٤/٢/٢: "إذا كانت الوكالة بأجر تطبق عليها أحكام الإجارة"^{١١١}.

وبناءً عليه فإنه يتّجه في تخرّج عقد وكالة الخدمات ثلاثة اتجاهات:

الاتجاه الأول: أن وكالة الخدمات من قبيل عقد الإجارة على عمل محدد، ووكيل الخدمات في هذه الحال طرف أجنبي عن موضوع العلاقة المالية الاستثمارية، فليس من عمله تتمرير هذه الأصول ولا تنميتها، وإنما تنفيذ أعمال محددة كالتحصيل. وعلى هذا الاتجاه جميع اللجان الشرعية التي أصدرت نماذج الصكوك القائمة على هذا العقد، وعلى رأسها اللجنة الشرعية للبنك الإسلامي للتنمية وفي عضويتها كبار فقهاء العصر.

الاتجاه الثاني: أن وكالة الخدمات هي من صور وكالة الاستثمار وهي أقرب ما تكون إلى عقود المشاركات، فتأخذ أحكامها ولا فرق، وقد ذهب لهذا بعض اللجان الشرعية التي تتحقّق على نموذج صكوك وكالة الخدمات؛ لعدم توافقه مع الضوابط الشرعية لوكالة الاستثمار.

الاتجاه الثالث: أن وكالة الخدمات لا تخرج عن حقيقة عقد الوكالة في المدونات الفقهية فتأخذ أحكامها ولو كانت بعوض، وقد تخرج عن بعض أحكامها المعنى خاص.

الموازنة بين الاتجاهات:

بدراسة ومراجعة عدد من عقود واتفاقيات وكالة الخدمات التي توقعها المؤسسات المالية الإسلامية، والتي غالبا ما تكون بصياغة المكاتب القانونية الأجنبية، رأيت اجتماع أمور من أبرزها:

١. أنها محددة بمدة، وبعوض رمزي، ولازمة.

^{١١٠} حاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج ٢٢٣/٥.

^{١١١} وقال ابن القيم في أعلام الموقعين ٤/٣٦٥ ط. عالم الفوائد: "إن كان وكيلا يجعل فهو كالأجير" في الأحكام.

٢. أن طبيعتها تنفيذ تصرفات وأعمال محددة من قبل الموكل ومتفق عليها في الاتفاقية.

٣. استعمال لفظ الوكالة والتوكيل.

والأثر الأول يناسب عقد الوكالة وعقد الإجارة على عمل، وكذا عقد الوكالة بالاستثمار إن قيل إنه من قبيل الإجازات، خلافا لترجيح الباحث في تخريج عقد الوكالة بالاستثمار بأنه من قبيل المشاركات فلا يناسبه العوض المحدد.

والأثر الثاني يناسب عقد الوكالة وعقد الإجارة على عمل، دون عقد الوكالة بالاستثمار فيما يتعلق بطبيعة عمله بتنمية المال واستثماره.

والأثر الثالث يناسب عقد الوكالة وعقد الوكالة بالاستثمار دون عقد الإجارة، إلا إن قيل إن العبرة بالمعنى مع وجود العوض.

والذي يظهر في نظر الباحث أن التخرج المناسب لعقد وكالة الخدمات كما تجر به المؤسسات المالية الإسلامية هو إلحاقه بعقد الوكالة؛ لما سبق من بيان سبب الترجيح في عقد الوكالة بعوض، ولأن لفظ العقد المستخدم هو عقد الوكالة والتوكيل، وهذا لا يناقض مقصود العاقدين، فالأصل هو مراعاة ألفاظ المتعاقدين ما دام أنها لا تناقض مقصودهم.

ثالثا: الفرق بين عقد وكالة الاستثمار وعقد وكالة الخدمات:

سبق بيان أن الوكالة بالتصرفات أو وكالة الخدمات هي التي استأثرت باهتمام الفقهاء في المدونات الفقهية الذين عقدوا بابا خاصا بالوكالة، وهي تختلف عن الوكالة بالاستثمار والتي حظيت بالتطبيق الواسع في أعمال المؤسسات المالية الإسلامية، ومع ذلك فهناك قدر مشترك بين نوعي الوكالة هذين لوحدة جوهرهما، وهو التفويض بالعمل^{١١٢}.

ويظهر الفرق بينهما في أن وكالة الخدمات تقتصر على أفعال محددة، بينما يعتمد عقد الوكالة بالاستثمار على تسليم الموكل مبلغا من النقود إلى الوكيل على أن يرده نقدا بأكثر منه، بعد تنميته وتثميته بطرق

^{١١٢} بحوث ندوة البركة الرابعة والثلاثين ص ٣٢٩.

مباحة مثل المتاجرة به بشراء السلع وبيعها، مرارا وتكرارا بتقليبها^{١١٣}.

ولا يؤثر في ذلك التزام وكيل الخدمات بتوظيف ما قد يبقى من فوائض نقدية بأسلوب مباح كالودائع الاستثمارية في مؤسسة مالية إسلامية، لأن ذلك تابع للعقد وليس المقصود الأساس منه، إذ إن الوكلاء في هذا النموذج من الصكوك يحتاجون إلى استبقاء بعض السيولة لأغراض إجرائية مثل ضبط التدفقات النقدية، وغالبا ما تكون في ودائع بنكية، فبدلا من أن يستأثر الوكيل بعوائدها باعتبار أن الحساب باسمه، فإن وكيل حملة الصكوك يطالب باستثمارها لصالح حملة الصكوك، واستحقاق جميع عوائدها، فلن يستحق وكيل الخدمات عوائد من ذلك، وليس هذا شأن الوكالة بالاستثمار.

كما لا يؤثر في ذلك استبدال الأصول؛ لأن وكيل الخدمات مسؤول عن تدفقات نقدية محددة تابعة لعقود محددة، فإن تأثر أحد هذه العقود بسبب تعثر أصحابها، فإن وكيل الخدمات مطالب بالمحافظة على انتظام هذه التدفقات؛ لئلا يتأثر التصنيف الائتماني للصكوك، فيستبدلها بأخرى منتظمة تماثلها في الدفعات المتبقية وتوافقها في الشروط الائتمانية، فهو إذن ينقذ إجراءات متفق عليها، ولم تطلق يده في قلب المال للحصول على عوائد محددة، أو ما يعبر عنه بإعداد خطة استثمارية أو اتخاذ قرارات استثمارية، وهو تعبير مناسب لواقع الحال.

وهذا فيما يظهر الذي جعل المجلس الشرعي يصدر معيارا للوكالة والتصرف الفضولي، ثم يصدر معيارا آخر للوكالة بالاستثمار، وقد أكد في نطاق معيار الوكالة بالاستثمار بأن هذا المعيار: (لا يشمل الوكالة في التصرفات).

وبناء عليه، فتظهر عدد من الفروق في الأحكام بين وكالة الخدمات ووكالة الاستثمار؛ في جملة أمور منها:

الفرق الأول: تضمين الوكيل بالاستثمار بابه الربا، ووجه ذلك: أنه تسلّم نقدا مقابل التزامه برده نقدا أكثر منه، ولو قيل بخلاف ذلك لتوجّه القول بجواز السندات والودائع لأجل^{١١٤}. بينما تضمين وكيل

^{١١٣} بحوث ندوة البركة الرابعة والثلاثين ص ٣٣٣ و ٣٥٣.

^{١١٤} إذ إن من أدلة من يرون جواز السندات الربوية، تحريمها على عقد الوكالة باستثمار الأموال، مع ضمان الوكيل لها، وهذا أبرز ما اعتمد عليه بعض كبار المفتين في بعض الدول العربية، إذ إنه مع تأكيده على تحريم ربا النسئفة حتى في

الخدمات بابه الغرر، ووجه ذلك: أنه استؤجر على عمل محدد بأجر محدد مع الضمان، فيصير بعض الأجرة مجهول، وقد يدخل في تضمين الأمناء بالشرط. وعامة الاجتهادات المعاصرة على منع الأول مطلقا للربا؛ جاء في المعيار الشرعي رقم (٥) بشأن الضمانات بند ٢/٢/٢: "اشتراط الضمان على الوكيل بالاستثمار يحوّل العملية إلى قرض بفائدة ربوية بسبب ضمان الأصل مع الحصول على عائد الاستثمار". خلافا للثاني فقد أجازت بعض الاجتهادات الجماعية بعض صورته بضوابط كما سيأتي.

وقد يقال بأن تضمين وكيل الخدمات في مسألة البحث بابه الربا أيضا؛ لأن النظر الكلي للصكوك بمجموع عقودها ووعودها تنتهي إلى أنه (تسلّم نقدا مقابل التزامه برده نقدا أكثر منه)، وهذا إيراد وجهه وفي محل النظر والاعتبار بالنظر للنتيجة النهائية، وهذا يعني منع جميع نماذج الصكوك في حقيقة الأمر، فكلها تنتهي إلى هذه النتيجة.

وقد سبق الجواب العام عن مثل هذا الإيراد في مقدمة الورقة، والجواب الخاص هنا: أن وكيل الخدمات قد تسلّم النقد في عقد بيع حقيقي صحيح باعتباره ثمن شراء أصول مدرة حقيقة وكان فيها بائعها، وانتقل ضمان هذه الأصول المدرة إلى المشتري (حملة الصكوك) وينبغي أن يؤكد في عقد البيع تحمّلهم تبعه هلاكها، ثم جرى توقيع عقد وكالة تقديم خدمات هذه الأصول مقابل عوض وكالة، مع وعد بشراء هذه الأصول برأس مالها في أحوال محددة، وإن منع الوعد بالشراء أو الضمان هنا إنما بابه الغرر أو في أقصى أحواله سد ذريعة الربا بالنظر الكلي للمعاملة، بينما ضمان وكيل الاستثمار مأخذ منع ضمانه ظاهر في الربا الصريح.

الفرق الثاني: الوكيل بالاستثمار لا تجري عليه أحكام الإجارة في الضمان ومنها تضمين الأجير المشترك، خلافا لوكيل الخدمات، جاء في المعيار الشرعي (٣٤) بشأن إجارة الأشخاص البند ٦/٤: "الأجير المشترك يضمن الهلاك مطلقا إلا إذا كان الهلاك بشيء عام غالب بحيث لا يمكن الاحتراز عنه، ولا يسري هذا على الوكيل بالاستثمار"^{١١٥}.

الأوراق النقدية المعاصرة، رأى جواز السندات بهذا المعنى. معاملات البنوك وأحكامها الشرعية ص ٢٢٢. ^{١١٥} وبعض الفقهاء المعاصرين، يرى تضمين الوكيل بالاستثمار ضمان تهمّة الذي يرتفع بإقامة البيّنة، قال: "ظهر لي صواب تخريج الحكم بتضمين الوكلاء بالاستثمار على تضمين الأجير المشترك حيث إن الوكيل بالاستثمار أجير مشترك". عيون المستجدات الفقهية ص ١٤٤ و ١٤٥ و ١٥٣ و ١٥٥ باختصار.

الفرق الثالث: الوكيل بالاستثمار يستقلّ بالتصرف - من حيث الأصل - كما هو شأن المضارب^{١١٦}، خلافاً لوكيل الخدمات فإنه مقيد في حدود الوكالة.

الفرق الرابع: الوكالة بالاستثمار لا يقيد محلها؛ لأن غرضها الاسترباح، خلافاً لوكالة الخدمات التي يحدّد محلها ويتقيد عملها من قبل الموكل لتنفيذ أعمال محددة، فالأصل فيها لزوم التقييد، خلافاً لعقد وكالة الاستثمار فالأصل فيها منع التقييد كما هو الشأن في عقد المضاربة؛ لأن هذا يزيد العقد غرراً بتقليل فرص الربح الذي هو مقصود العقد، فللعامل أن يستثمر فيما يراه محققاً لمصلحة موكله.

الفرق الخامس: لا يجوز عقد وكالة استثمار مع مؤسسات مالية تقليدية لما فيها من خلط الأموال واستثمارها مع الوعاء العام للمؤسسة التقليدية المشتمل على تعاملات محرمة، وعليه يحمل منع عامة الفقهاء من مشاركة غير المسلم إذا انفرد بالتصرف؛ لأنه يتعامل بالربا ولا يحتز مما يحتز منه المسلم. بينما يجوز التعاقد بوكالة الخدمات بعوض مع من يتعامل بالربا، كالتعاقد معها على قيادة تمويل جماعي وتحصيل الدفعات والتنفيذ على الرهون وإدارة العلاقة مع العميل وتوقيع المستندات وسداد الفواتير وتنفيذ الحوالات وفتح الاعتمادات المستندية، وعليه يحمل تعامل النبي صلى الله عليه وسلم مع اليهود وهم أكلة الربا. وهذا هو الفرق بين خصوص المشاركة ومطلق المعاملة مع أهل الربا.

هذا ما ظهر لي من الفروق في الوصف والآثار والأحكام، وهي متفاوتة قوة وضعفاً، وإن ضعف أحد الفروق أو بعضها لا يعود على أصل الفارق بين العقدين.

^{١١٦} في معيار المضاربة بند ٣/٩: "لا يحق لرب المال أن يطلب من المضارب أن يراجعه في كل شيء"، بينما في معيار الوكالة بالاستثمار بند ١/١٠: "إذا قيدت الوكالة بالاستثمار بالرجوع إلى الموكل فيجب مراعاة ذلك"، وقارن مع: بحث د. حسين حامد حسان في أبحاث مؤتمر شورى الفقهي الثالث ص ٦٠.

المسألة الرابعة: ضمان وكيل الخدمات

كان ينبغي أن تشمل هذه المسألة عددا من النقاط الداخلة في هذا العنوان من مثل:

١. ضمان وكيل الخدمات خسارة رأس مال الوعاء.
٢. ضمان نقص الربح (العوائد).
٣. الالتزام بالشراء بسعر السوق أو برأس المال أو بالمتبقي من أقساط الأجرة، والفرق بينه وبين بيع الوفاء.
٤. الفرق بين الضمان والالتزام بالشراء.
٥. الفرق بين الوعد بالشراء من وكيل الخدمات إذا كان مشاركا في الوعاء بموجب شركة ملك أو شركة عقد.
٦. حكم تحديد معادلة التعويض عن ضرر الرجوع عن الوعد بالشراء بأن يدفع مبلغا يماثل رأس المال.
٧. حكم ترتيب تمويل للوعاء ثم خصمه من سعر شراء الأصول عند تنفيذ الوعد.
٨. حكم إصدار خطابات ضمان لمديوني الوعاء أو كفالتهم بصفة مستقلة.
٩. الفروق بين أحكام صكوك المحافظ وصكوك الخدمات.

ولأن الورقة قد طال حجمها بما لم أكن أتوقع، وبما لا يناسب طبيعة هذه المحافل العلمية، حتى يتمكن المعقب والمداخل من القراءة والمناقشة والتقويم، ولضيق وقت تسليم الورقة، فقد جاءت في ظروف شهر رمضان وإجازة عيد الفطر المبارك، ولأن خطاب الاستكتاب -فيما يظهر لي- لم يقصد أصلا استيعاب كل هذه المسائل في البحث، فإني أتوقف هنا، وأرجو أن تبيّن مناسبة أخرى لتحريرها.

ولعلي أختم بالاكتماء بتتبع أصل فكرة هذه المسألة وجذورها التاريخية بحسب ما وقفت عليه وما ظهر لي، وفوق كل ذي علم عليم.

فكرة نموذج صكوك وكيل الخدمات

يعدّ الضمان أو الوعد بالشراء بالقيمة الاسمية من أكثر المسائل المثارة على هذا النموذج، وهي في الوقت نفسه من أهم مزاياه وأكثر مسوّغات ذبوعه في تطبيقات الصكوك كما سبق.

ويعدّ الدكتور حسين حامد حسان رحمه الله، هو عزّاب هذه الصيغة، والمؤثر في تصميم نماذجها، وهذا الذي يفسّر انتشار هذا النموذج في الجهات التي لفضيلته صلة بها، ولأهمية ذلك وأثره في تحرير مأخذ المسألة، فقد رأيت التوظيفة بعرض نصوص مستندات ما صدر عن تلك الجهات مما تيسر لي الوقوف عليه، وتأصيل مأخذها، تمهيدا لعرض الخلاف في هذه المسألة^{١١٧}.

١- قرارات اللجنة الشرعية للبنك الإسلامي للتنمية:

١. جاء في قرار اللجنة رقم ١٠/١٠ ش/د عام ١٤٢٣ (٢٠٠٣م) بشأن (الصكوك): "ثانيا: عملية البيع من البنك إلى المؤسسة الإسلامية لتنمية القطاع الخاص (المؤسسة) ليصبح البنك طرفا ثالثا لغرض الضمان: إذا ثبت أن للمؤسسة ذمة مالية عن البنك وأن الملكية مختلفة، كان البيع محققا للغرض، بأن يصير البنك طرفا ثالثا مستقلا عن الصكوك، في إصدارها وإدارتها، وعليه: يمكن أن يقدم ضمانا لسداد الديون (أقساط المراجعة وأقساط الإجارة)"^{١١٨}.

٢. وجاء في قرارها رقم ١٠/٢ ش/د عام ١٤٢٥ (٢٠٠٤) بشأن (بعض المسائل الشرعية الخاصة بالصكوك): "الضمان عنصر أساسي في الصكوك لطمأنة حملتها بإمكانية استرداد القيمة الاسمية للصك، ولكن بما أن العلاقة في الصكوك هي علاقة مشاركة بين حملتها وأن مصدر الصكوك هو بمثابة مدير الإصدار، فإنه لا يجوز تقديم ضمان مباشر من مدير الإصدار ولا من المشاركين فيه طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية، ولذا كان لا بد من البحث عن ضمانات أخرى لا تتنافى مع مقتضى المشاركة أو المضاربة أو الوكالة بالاستثمار. ولكي يتمكن البنك من تقديم الضمان يجب أن يصبح طرفا ثالثا (أجنبيا)^{١١٩}، أي ليس مديرا للصكوك (مضاربا أو وكيلًا) ولا مشاركا فيها، ولهذا الغرض

^{١١٧} كنت أنوي ذلك ولم أتمكن منه مع كل أسف، فقد مضى سيف الوقت.

^{١١٨} قرارات وتوصيات اللجنة الشرعية لمجموعة البنك الإسلامي للتنمية ص ١٤٩.

^{١١٩} قد يكون هذا متأثرا بفكرة الصدر في تخريج ضمان ودائع المضاربة عندما قال في البنك اللاربوي ص ٣٥ و ٤٤ و ٥٢ و ١٩٥: (لا بد من جعل البنك شخصا أجنبيا عن المضاربة لكي يمكن أن يتحمل ضمان المال) وذلك بالأبدا يكون عقد المضاربة بين البنك والعميل (المودع)، ولا مضاربة موازية بين البنك ومن يعهد إليه بالاستثمار (التاجر المحتاج للسيولة)، وإنما يكون البنك وسيطا بين العميل والتاجر، على أن يظهر هذا التخريج في الصياغة القانونية التي تحكم العلاقات بين الأطراف.

وقد أشار قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم ١٢٣ بشأن المضاربة المشتركة إلى مخالفة هذا الاجتهاد بقوله: (المستثمرون هم أرباب المال، والمتعهد باستثمار أموالهم هو المضارب (كالمصرف الإسلامي)، والعلاقة بينه وبينهم هي المضاربة؛ لأنه

يتم تكوين شركة ذات غرض خاص تنوب عن حملة الصكوك، تباع لها أصول البنك ويعهد إليها إدارة الصكوك نيابة عن حملة الصكوك)^{١٢٠}.

٣. وجاء في القرار السابق نفسه: (إيجاد الشركة ذات الغرض الخاص وبيع أصول الصكوك لها، يحوّل البنك إلى طرف ثالث يمكنه ضمان الصكوك شرعا، ويتحقق ذلك بالطريقة التالية: أن ينشئ البنك شركة ذات غرض خاص ليس له ملكية فيها، ولا يستحق شيئا من أرباحها، ولا يتولى إدارة الصكوك وجمع الأموال وغير ذلك من الأعمال الإدارية نيابة عن حملة الصكوك، فإذا تحققت هذه الشروط فلا مانع من أن يكون البنك ضامنا في هذه الحالة، ومع ذلك يستحق البنك أجر الخدمات التي يقدمها ما عدا الضمان، شريطة أن يكون الأجر في حدود أجر المثل)^{١٢١}.

٤. كما جاء في قرارها السابق إجازة نموذج بعنوان "ضمان طرف ثالث للصكوك" يعكس مضمون القرار، وجاء في آخر النموذج: "مستند مشروعية هذا الضمان: قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي بشأن سندات المقارضة"^{١٢٢}.

ويلاحظ أن القرارات السابقة متقدمة نسبيا، وكانت قرارات تأصيلية لم تتوجّه لإجازة إصدارات صكوك محددة، ولذا جاء فيها بعض القيود والكلمات التي قد لا تخدم هذا النموذج. بينما جاء القرار التالي متأخرا عام ١٤٣٠ (٢٠٠٩) وكان أكثر نضجا ووضوحا وإفصاحا في تحرير مأخذ جواز الضمان في هذا النموذج، وفيه إجازة برنامج خاص لصكوك البنك الإسلامي للتنمية القائمة على هذا النموذج:

٥. فقد جاء في قرار اللجنة رقم ١٠/٣/أ عام ١٤٣٠ (٢٠٠٩) بشأن (برنامج البنك لإصدار شهادات الاستثمار): "تاسعا: دور البنك: يعتبر البنك بائعا للمحفظة لحملة شهادات الاستثمار عن طريق ممثلهم وهو الأمين (Trustee)^{١٢٣}، ولا يعتبر البنك مصدرا لشهادات الاستثمار ولا مشاركا فيها

هو المنوط به اتخاذ قرارات الاستثمار، وإذا عهد المضارب إلى طرف ثالث بالاستثمار؛ فإنها مضاربة ثانية بين المضارب الأول وبين من عهد إليه بالاستثمار، وليست وساطة بينه وبين أرباب الأموال).

^{١٢٠} قرارات وتوصيات اللجنة الشرعية لمجموعة البنك الإسلامي للتنمية ص ١٥١.

^{١٢١} قرارات وتوصيات اللجنة الشرعية لمجموعة البنك الإسلامي للتنمية ص ١٥٢.

^{١٢٢} قرارات وتوصيات اللجنة الشرعية لمجموعة البنك الإسلامي للتنمية ص ١٥٦.

^{١٢٣} يأتي في هياكل الصكوك الشركة ذات الغرض الخاص (Spv) وأحيانا يأتي الأمين (Trustee)، وذلك حسب القانون الحاكم للصكوك أو بلد المصدر الذي يطبق فيه القانون، وبينهما فروق لها جذور تاريخية قانونية، وقد يكون البنك

ولا مديرا لها، فهو طرف ثالث أجنبي عن هذه الشهادات، وما يدفعه البنك من مبالغ للأمين لإنشاء الأمانة إنما هو على سبيل القرض. وفي حال تعيين الأمين وكيلا عنه سواء أكان البنك أم غيره، فإن على الوكيل القيام ببعض الأعمال مقابل أجر محددة مع مكافأة تتمثل فيما بقي من الربح يتم دفعها من حساب الربح في تاريخ الاستحقاق أو إذا تمت التصفية بعد دفع مصروفات ورسوم مدير الصفقة (أو من يقوم مقامه) والأمين والمصاريف والعمولات الأخرى وإجراء التوزيع الدوري على حملة شهادات الاستثمار. وتتمثل هذه الأعمال في تحصيل الأجرة وأقساط المراجعة والاستصناع، بصفته وكيلا عن الأمين، والإشراف على صيانة أصول المحفظة، وبيع أو (حسبما يقتضي الحال) شراء أصول إضافية للمحفظة إذا كلفه الأمين بذلك، والشريعة لا تمنع تكليف البنك بالقيام بهذه الأعمال مقابل أجر بمقتضى عقد مستقل^{١٢٤}.

٦. وجاء في القرار السابق نفسه: "عاشرا: تعهد البنك بالنسبة للمبلغ الاسمي الإجمالي ومبالغ التوزيع الدوري: نظرا لأن البنك ليس مصدرا لشهادات الاستثمار ولا مديرا لها ولا شريكا فيها، بل هو طرف أجنبي عنها، فإن له أن يبرم أي التزام يكون بمثابة ضمان المبلغ الاسمي الإجمالي لشهادات الاستثمار، وأي من مبالغ التوزيع الدوري بالنسبة لشهادات الاستثمار"^{١٢٥}.

٧. وجاء في قرار اللجنة رقم ١٠/٥٠ ش/د عام ١٤٣٣ (٢٠١٢): (سابعاً: وعد الوكيل إذا كان وكيلا في الاستثمار بشراء أصول الشهادات بالقيمة الاسمية لا يجوز، وما يترتب عليه من نتائج مثل مطالبة الوكيل بما نقص، ومنحه ما زاد لا يجوز. وأما إذا كانت الوكالة مقيدة بحيث تتحدد مهام الوكيل في تحصيل الأجرة أو الربح وتوزيعه على حملة الشهادات أو تسليمه إلى الأمين لتوزيعه، أو عمل التأمين على الأصول، فإنه يعدّ أجنبياً يجوز له الوعد بالشراء بالقيمة الاسمية، مع مراعاة أن الوعد يلزم الواعد دون المستفيد منه، وأنه إذا نكل فإن للمستفيد البيع للغير وتحميله ما نقص عن التكلفة، وإذا باع المستفيد من الوعد بزيادة فهي له لأنه باع ملكه).

٢- قرار هيئة الرقابة الشرعية لسوق دبي المالي في المعيار (الثاني) المتوافق مع أحكام الشريعة بشأن

راعى في إصداره اختلاف قوانين الدول الأعضاء في منظمة التعاون الإسلامي باعتباره عضواً فيها، مثل الاختلاف بين قوانين دول الخليج ودول المغرب العربي.

^{١٢٤} قرارات وتوصيات اللجنة الشرعية لمجموعة البنك الإسلامي للتنمية ص ١٦٢.

^{١٢٥} قرارات وتوصيات اللجنة الشرعية لمجموعة البنك الإسلامي للتنمية ص ١٦٣.

إصدار وتملك وتداول الصكوك:

١. جاء في البند ٧/٦/٢/٤ من هذا المعيار: (يجوز لبائع الخدمات أن يتعهد بمسند مستقل بشراء ما لم يستوف من هذه الخدمات أو للمدة الباقية من الخدمة، وذلك بالثمن العادل أو بسعر السوق، أو بما يتراضى عليه العاقدان، أو بقيمتها الاسمية. كما يجوز لحملة الصكوك التعهد بمسند مستقل ببيع ما لم يستوف من هذه الخدمات أو للمدة الباقية منها لبائع الخدمة بالثمن المشار إليه أعلاه).

٢. وجاء في البند ٢/٥: (صكوك الصناديق والمحافظ الاستثمارية: تصدر على أساس عقد شراء صندوق أو محفظة استثمارية متوافقة مع الشريعة الإسلامية تتمتع بشخصية اعتبارية وذمة مالية مستقلة عن منشئ الصكوك، وتتكوّن من أعيان ومنافع وديون ونقود وحقوق مالية).

٣- المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية:

١. جاء في المعيار الشرعي رقم (٥٦) بشأن ضمان مدير الاستثمار الصادر عام (٢٠١٦) في البند ٣/٤ بعد تعريف وكيل الخدمات الذي سبق نقله، بيان أحكامه في البند ٢/٣/٤ ومنها: يعدّ وكيل الخدمات طرفاً ثالثاً يجوز له الالتزام لرب المال بجبر الخسارة في رأس المال أو نقص الربح بالشروط الآتية:

١- ألا يكون وكيل الخدمات هو المتمول في العملية أو مدير استثمار أصالة، وفي حكم مدير الاستثمار في هذه الحال أن ينفذ خطة استثمارية أو أن يتخذ قرارات استثمارية.

٢- أن يكون الالتزام بعقد مستقل عن عقد وكالة الخدمات، بحيث لا يترتب على بطلان أحدهما بطلان الآخر.

٣- ألا يزداد في أجر وكيل الخدمات -إن كانت الوكالة بأجر- عن أجره المثل؛ منعا لأخذ مقابل على الالتزام الممنوع.

٢. يلاحظ أن المعيار الشرعي رقم (٥٦) بشأن ضمان مدير الاستثمار، السابق، لم يتناول موضوع التزام وكيل الخدمات بالشراء بالقيمة الاسمية، كما يظن بعض الباحثين، وإنما جعل تنظيم ذلك إلى معيار إعادة الشراء، واقتصر كما في البند ٢/٣/٤ على بيان حكم جبر الخسارة في رأس المال أو نقص الربح، دون بيان حكم التعهد بالشراء، وقد ذكر الضوابط الشرعية لذلك، ومنها ضابط

ألا يكون وكيل الخدمات هو المستفيد من السيولة. بينما يلاحظ أن البند ١/٤ الذي ينظم جواز ضمان الطرف الثالث عموماً، قد جعل منها جواز جبر الخسارة في رأس المال أو نقص الربح أو الشراء بقيمة محددة كالقيمة الاسمية.

٣. والذي جاء في المعيار الشرعي رقم (٥٨) بشأن إعادة الشراء، يشمل جواز وعد وكيل الخدمات بالشراء بالقيمة الاسمية، كما في البند ١/٥ (الوعد بإعادة الشراء) فإن ضوابطه تنطبق على وكيل الخدمات في هذا النموذج من الصكوك.

خلاصة وتعليق:

الذي يجمع هذه النصوص السابقة هو الاستناد إلى الاجتهاد المعاصر والذي بدأ من قرار مجمع الفقه الدولي، بضمان الطرف الثالث، وتوظيف هذا الاجتهاد في تسويق هذا النموذج وبنائه على هذا الأساس بما يتناسب مع الطبيعة الفنية للصكوك، فهو خلاف في تحقيق المناط.

وقد سبق في بداية الورقة بيان معنى الطرف الثالث أو (الغير) وعلاقته بالاستعمال القانوني الذي يراد به الشخص الأجنبي عن العقد، فليس هو طرفاً فيه، ولا خلفاً عاماً (كالورثة) ولا خاصاً (كالموهوب له)، ولا دائماً لأيهما^{١٢٦}، وهو من جهة الصناعة الفقهية ليس ضماناً ولا كفالة، فليس فيه ضم ذمة إلى ذمة، وليس للمستفيد مطالبة الضامن قضاءً على سبيل الكفالة، وإنما على سبيل تنفيذ الوعد الملزم، فهو تعبير معاصر شائع، وتسميته بالضمان تجوز ومسامحة في التعبير؛ لأنه ليس كفالة عن ديون؛ وإنما هو التزام عقدي بتقديم هبة أو تبرع، وهو ما عبر عنه المعيار الشرعي بشأن الضمانات، وتأصيله مقرر في محله ليس هذا محل بحثه.

ويلاحظ أنه لم يشترط أحد من المعاصرين -فيما أعلم- ألا يكون للضامن مصلحة من هذا الضمان، ولو قيل به لمنعت جميع تطبيقات ضمان الطرف الثالث بما فيها ضمان الحكومات لاستثمارات المواطنين، لما فيها من منافع تنموية واجتماعية وأمنية وسياسية تعود للدولة، وهذا الشرط فيه تضيق لهذا المخرج الشرعي.

كما يظهر لي أن شرط ألا يكون الضامن هو المتمول من العملية والذي جاء في معيار ضمان مدير

^{١٢٦} مصادر الحق في الفقه الإسلامي ٤٦/٥، نظرية العقد للسنةوري ٨٦٠/٢.

الاستثمار هو شرط مصلحي من قبيل سد الذرائع. مع أن هذا الشرط لا يسري على أحكام التعهد بالشراء كما أشرت إليه في الورقة، وإنما يقتصر على ضمان الخسارة.

وأصل ضمان وكيل الخدمات أنه لا يضمن هلاك الأصول التي في حيازته ولا يضمن موضوع عقده، وإنما يضمن موضوع عقد آخر وهو العلاقة التعاقدية التي لها طرفان ليس هو أحدهما. ومن نظائر جوازه بالتخريج على ضمان الطرف الثالث:

١. الشريك في شركة الملك، فيجوز أن يضمن الأصول بالقيمة الاسمية.
٢. المستأجر، فيجوز أن يضمن الأصول بالقيمة الاسمية.
٣. الوكيل بالبيع والشراء.

خاتمة

هذا ما تيسرت كتابته، فللقارئ غنمه، وعلى الكاتب غرمه، وحاذر أن تظن أني ممن يعتدّ به في هذا المجال، فإني والله في الحقيقة من جملة الجهال^{١٢٧}.

وبالله تعالى التوفيق.

^{١٢٧} استعارة من الشيخ المعلمي كما في آثاره ١٧/٨٤٣.

نتائج البحث

١. هذا الموضوع ليس له وجود سوى في منتج الصكوك في حدود اطلاع الباحث، وأكثر نماذج الصكوك شيوعاً وانتشاراً في أسواق المال الإسلامية، ثلاثة نماذج، وهي: نموذج صكوك الإجارة، ونموذج صكوك المراجعة والمضاربة، ونموذج صكوك وكالة الخدمات، وهو محل البحث.
٢. لا يمكن فهم تعقيد منتج الصكوك وتصوّر مسائله دون استيعاب خصائص الصكوك والتي يمكن اختصارها في ثلاث خصائص جوهرية وهي: المدة المؤقتة، والتداول، وضمان رأس المال وعوائده.
٣. المقرّر في الاجتهاد الفقهي الجماعي هو متابعة جمهور الفقهاء في أن المواطأة لا تعدو أن تكون من الشروط المتقدمة، وهي في أقصى أحوالها وعود مطلقة غير مؤثرة وغير لازمة.
٤. لا أعرف لجنة شرعية رجّحت اجتهاد ابن تيمية في قواعد الشروط والوعود ثم تمكّنت من تطبيقه في المعاملات التي نظرتها ووافقت على عقودها، وأطرد عليه عملها، وإن في قول جمهور أهل العلم فسحة في تصحيح تعاملات المؤسسات المالية بالشرط المذكور.
٥. منتج الصكوك - بهذا المعنى - باجتماع عقود ووعوده، ليس مأخذاً للنظر ولا مناطاً للمنع ولا محلاً للبحث، وهو لا يخرج عن نظائر أخرى في عقود التمويل أجازتها أغلب جهات الاجتهاد الجماعي، وهذا التقرير خاص في موافقة التطبيق له، فلا يحتجّ عليه بالتطبيق المخالف.
٦. إن النظر الكلي إلى منتج الصكوك باجتماع هذه العقود والوعود، ثم الحكم عليه بالمنع؛ نظراً لما تنتهي إليه، اجتهاد مقدرّ معتبر، إلا أن غالب الصناعة المالية الإسلامية على خلافه في كثير من عقودها وبدائلها الشرعية؛ لأن مجرد كون النتيجة النهائية مثل ما ينتج من عقد الربا؛ لا يحرم العملية، ما دامت النتيجة حصلت بعقود حقيقية مشروعة.
٧. وكيل الخدمات هو من تقتصر مهامه على تقديم خدمات غير استثمارية من نحو تأجير الأعيان أو التأمين عليها أو صيانتها أو تحصيل عوائدها وما شابه، ولا يكون مضارباً أو شريكاً مديراً أو وكيل استثمار، ولا ينفذ خطة استثمارية ولا يتخذ قرارات استثمارية.
٨. وكيل الخدمات في مسألة البحث هو مدير وعاء يشتمل على أصول مؤجرة أو مسوّق منافع (خدمات)، وقد سبق أن باع هذا الوعاء أو المنافع إلى حملة الصكوك، ثم توكل عنهم بإدارتها وتسويقها، ومن أبرز أمثله تصكيك محافظ التمويل، وتصكيك خدمات النقل والاتصالات.
٩. يكون المصدر فيها - بعد البيع - وكيلاً في تقديم خدمات للوعاء، فلا يكون طرفاً مباشراً في العلاقة

- الاستثمارية مع حملة الصكوك، وإنما يكون أجنبيا (طرفا ثالثا) عن هذه العلاقة التعاقدية، ويكون حملة الصكوك هم (الطرف الأول) ومن تقول إليهم هذه الأصول والخدمات هم (الطرف الثاني). ويقتصر دوره على أعمال محددة في إدارة هذا الوعاء.
١٠. أما وكيل الاستثمار فهو الذي يتسلم فيه الوكيل مبلغا نقديا محددًا لغرض استثماره، وهو الذي يستقلّ بإعداد خطة استثمارية واتخاذ قرارات استثمارية.
١١. وكيل الخدمات نوعان: وكيل إدارة محافظ التمويل، ووكيل إدارة خدمات الاتصالات والنقل.
١٢. يتوجّه في التخرّيج الفقهي لعقد الوكالة بالاستثمار أنه عقد مضاربة فاسدة، وأنه من قبيل عقود الإجازات، وهذا ما عليه عامة المعاصرين، وأنه من قبيل عقود المشاركات، وهو ما يرحّجه الباحث، وأنه من العقود المترددة التي تأخذ أحكام الإجارة وأحكام المضاربة.
١٣. يتوجّه في التخرّيج الفقهي لعقد وكالة الخدمات أنها عقد وكالة، وهو ما يرحّجه الباحث ولو كانت بعوض، وأنها عقد إجارة وهذا ما عليه عامة المعاصرين، وأنه ملحق بعقود المشاركات فهو من صور العقد وكالة بالاستثمار.
١٤. معيار التفريق بين وكيل الخدمات ووكيل الاستثمار هو طبيعة العمل بتقليب المال، الذي ينعكس على شكل العلاقة التعاقدية بأن يكون الوكيل طرفا مباشرة في العلاقة الاستثمارية مع حملة الصكوك، فيكون بذلك شبيها بالمضاربة والمشاركة التي منع لأجلها ضمان رأس المال، حذرا من شبهة الربا ومظنته.
١٥. ويظهر الفرق في أن وكالة الخدمات تقتصر على أفعال محددة، بينما يعتمد عقد الوكالة بالاستثمار على تسليم الموكل مبلغا من النقود إلى الوكيل على أن يرده نقدا بأكثر منه، بعد تنميته وتثميّره بطرق مباحة مثل المتاجرة به بشراء السلع وبيعها، مرارا وتكرارا بتقليبها.
١٦. من الفروق أن تضمين الوكيل بالاستثمار بابه الربا، بينما تضمين وكيل الخدمات بابه الغرر. والوكيل بالاستثمار لا تجرّي عليه أحكام الأجير المشترك، خلافا لوكيل الخدمات، والوكيل بالاستثمار مستقلّ بالتصرف، خلافا لوكيل الخدمات فإنه مقيد التصرف. والأصل في وكالة الخدمات لزوم التقييد، خلافا لعقد وكالة الاستثمار فالأصل فيها منع التقييد، ومن الفروق عدم جواز عقد وكالة استثمار مع مؤسسات مالية تقليدية لما فيها من خلط الأموال واستثمارها مع الوعاء العام للمؤسسة التقليدية المشتغل على تعاملات محرمة، وعليه يحمل منع عامة الفقهاء من

- مشاركة غير المسلم إذا انفرد بالتصرف. بينما يجوز التعاقد بوكالة الخدمات بعوض مع من يتعامل بالربا، وهذا هو الفرق بين خصوص المشاركة ومطلق المعاملة مع أهل الربا.
١٧. ضمان وكيل الخدمات يستند إلى الاجتهاد المعاصر والذي بدأ من قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي، بضمان الطرف الثالث، وتوظيف هذا الاجتهاد في تسويغ هذا النموذج وبنائه على هذا الأساس بما يتناسب مع المزايا الفنية للصكوك، فهو خلاف في تحقيق المناط.
١٨. لم يشترط أحد من المعاصرين -فيما أعلم- ألا يكون للضامن مصلحة من هذا الضمان، ولو قيل به لمنعت جميع تطبيقات ضمان الطرف الثالث بما فيها ضمان الحكومات لاستثمارات المواطنين، لما فيها من منافع تنموية واجتماعية وأمنية وسياسية تعود للدولة، وهذا الشرط فيه تضيق لهذا المخرج الشرعي.
١٩. شرط ألا يكون الضامن في وكالة الخدمات هو المتمول من العملية هو شرط مصلحي من قبيل سد الذرائع. مع أن هذا الشرط لا يسري على أحكام التعهد بالشراء، وإنما يقتصر على ضمان الخسارة.
٢٠. وكيل الخدمات لا يضمن هلاك الأصول التي في حيازته ولا يضمن موضوع عقده، وإنما يضمن موضوع عقد آخر وهو العلاقة التعاقدية التي لها طرفان ليس هو أحدهما. ومن نظائر جوازه بالتخريج على ضمان الطرف الثالث: الشريك في شركة الملك، والمستأجر، والوكيل بالبيع والشراء.