

Al Rajhi Bank مصرف الراجحي



إصدارات المجموعة الشرعية
(١٣)

العُقودُ المبتكرة لِلتمويل والاستثمار بالصُّكوكِ الإسلامية

تأليف
د. خالد بن سعود بن عبد الله الزود

العقود المبتكرة
للتمول والاسثمار
بالصكوك الإسلامية

ح) خالد سعود الرشود ١٤٣٤هـ

فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية أثناء النشر

الرشود، خالد سعود

العقود المبتكرة للتمويل والاستثمار بالصكوك الإسلامية/

خالد سعود الرشود؛ الرياض ١٤٣٤هـ

٨٤٦ صفحة ١٧×٢٤

ردمك: ٩-١٤٨٤-٠١-٦٠٣-٩٧٨

١. العقود (فقه إسلامي) ٢. المعاملات (فقه إسلامي)

٣. الاقتصاد الإسلامي أ. العنوان

ديوي ٢٥٣،١ ١٤٣٤/١٤٤٤

رقم الإيداع: ١٤٣٤/١٤٤٤

ردمك: ٩-١٤٨٤-٠١-٦٠٣-٩٧٨

جميع حقوق الطبع محفوظة للمجموعة (الشرعية)

الطبعة الأولى

١٤٣٤هـ - ٢٠١٣م

دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع



المملكة العربية السعودية ص.ب ٢٧٢٦١ الرياض ١١٤١٧

هاتف: ٩١٤٧٧٦ - ٩٦٨٩٩٤ فاكس: ٥٣٢٠٣

E-mail eshbelia@hotmail.com

Al Rajhi Bank مصرف الراجحي

إصدارات المجموعة الشرعية

[١٣]

العقود المبتكرة للتمول والاستثمار بالصكوك الإسلامية

نألف

د. خالد بن سعود بن عبد الله الرشود

دار كوز شيليا
للنشر والتوزيع

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

أصل هذا الكتاب

رسالة دكتوراه مقدمة إلى قسم الفقه المقارن بالمعهد العالي للقضاء.

وقد تكونت لجنة المناقشة من كل من :

د. يوسف بن عبدالله الشبيلي مشرفاً.

د. محمد بن إبراهيم السحيباني مشرفاً مساعداً.

أ. د. خالد بن علي المشيقح مناقشاً.

أ. د. عبدالله بن حمد العمار مناقشاً.

د. عبدالله بن ناصر السلمي مناقشاً.

وقد نال بها الباحث درجة الدكتوراه بدرجة امتياز مع مرتبة الشرف

الأولى.

المقدمة

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره ونستهديه، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأشهد أن محمداً عبده ورسوله، صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً. ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالاً كَثِيراً وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيباً﴾^(١) أما بعد:

فإن من منة الله سبحانه وتعالى علينا أن جعلنا من أمة محمد ﷺ، هذه الأمة المباركة التي اختصها الله بخير الرسل ﷺ، وخير الكتب، وخير الشرائع.

هذه الشريعة الخاتمة التي كملها الحكيم العليم الذي أحاط بكل شيء علماً كما قال ممتناً علينا: ﴿الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتِمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِيناً﴾^(٢)، فما من خير، ومصلحة للعباد في أمور دنياهم وأخراهم إلا وقد اشتملت عليه وبيته، وما من شر ومفسدة إلا وحذرت منه وحرمته وسدت الطرق المفضية إليه، كما قال سبحانه: ﴿وَنَزَّلْنَا عَلَيْكَ الْكِتَابَ تِبْيَانًا لِّكُلِّ شَيْءٍ وَهُدًى وَرَحْمَةً وَبُشْرَىٰ لِلْمُسْلِمِينَ﴾^(٣)، فالشريعة - بحمد الله - لا تزال مورداً عذبا، ومنهلاً صافياً في جميع نواحي الحياة، ومختلف جوانبها، ولا يزال الناس بحاجة إلى الرجوع إليها والنهل من معينها الذي لا ينضب، ولهذا فالأمانة الملقاة على عاتق العلماء عظيمة في استنباط الأحكام، ورفع الحرج والملام، وإيجاد الحلول لما يستجد من مسائل وحوادث. وقد كانت جامعة الإمام محمد بن سعود

(١) سورة النساء، الآية [١].

(٢) سورة المائدة، الآية [٣].

(٣) سورة النحل، الآية [٨٩].

الإسلامية أحد الصروح العلمية العظيمة، التي خرجت العلماء والفقهاء، الذين عم نفعهم، وعظم خيرهم، وذاع صيتهم، والذين من الله عليّ بأن أكون أحد تلامذتهم، وذلك بالتحاقني بقسم الفقه المقارن في المعهد العالي للقضاء في مرحلة الدكتوراة، ولما كان من متطلبات نيل شهادة العالمية العالية -الدكتوراه- في الفقه المقارن أن يسجل الطالب موضوعاً يبحثه في المدة المحددة. أخذت أبحث عن موضوع صالح لتسجيله في هذه المرحلة، وحرصت أن يكون موضوعاً يجمع بين التأصيل والتطبيق، ويعالج قضية مهمة أضيف بها إلى المكتبة الإسلامية جديداً ومفيداً، ويكون متعلقاً بأحد الضروريات الخمس وعصب الحياة وهو المال؛ وذلك لأن صلاح الدين مرتبط بصلاح معاش الناس وطيب مكاسبهم وانتظامها. وبعد البحث والتحري، وتأمل جملة من أبرز ما استجد في عالم الاقتصاد الإسلامي من منتجات وعقود، ومع حدوث الأزمة المالية العالمية الحالية، وجدت أنه لا بد أن يؤدي الفقيه فيها دوره؛ لبيان للعالم أجمع أن الأمان الذي ينشده إنما هو في تطبيق الشرع الحنيف، المنبثق من كتاب الله وسنة رسوله ﷺ، وبما أن أعظم أسباب هذه الأزمة هو تسنيد الديون (توريقها)، والذي لجأ إليه الغرب الرأس المالي -وتبعته مؤسسات اقتصادية كثيرة في الدول الإسلامية - لأجل استيعاب الأموال الضخمة التي تبحث عن سبل تنميتها، فأحببت أن أبحث موضوعاً يساهم في إيجاد الحلول المعاصرة برؤية شرعية أصيلة، لعقود حديثة، تخرج الاقتصاد العالمي من كبوته، وتثبت أن الشريعة الإسلامية لديها من الاتساع والشمولية، بحيث تستوعب تلك الأموال الضخمة في منافذ واضحة، وبغير انعكاسات سلبية، ووفق ضوابط شرعية تجمع الحسنيين:

١ - استيعاب تلك الأموال وتنميتها (الاستثمار).

٢ - تطوير البنية الاجتماعية والاقتصادية، التي تحتاج إلى كلفة عالية (التمويل) دون

الوقوع في المحذورات الشرعية. فوق اختيار على موضوع: «العقود المبتكرة للتمويل

والاستثمار بالصكوك الإسلامية»، فاستخرت الله سبحانه وتعالى، واستشرت جملة من أصحاب الفضيلة العلماء والمشايخ، وأهل الاختصاص والعاملين في مجال الاقتصاد الإسلامي؛ فصادف لديهم جميعاً استحساناً وتأييداً وتشجيعاً على المضي - قدماً في هذا الموضوع، وبذل الجهد والطاقة واستفراغ الوسع في بحثه والاستفادة منه، والإفادة به.

إيضاح فكرة الموضوع:

تنصب فكرة الموضوع على بيان الحكم الشرعي للتمويل والاستثمار في جملة من العقود الحديثة بالصكوك الإسلامية، في المجالات الاقتصادية الأساسية وهي: المجال العقاري، ويمثله تصكيك عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة. والمجال التجاري وتمثله عقود:

١ - توريق الديون.

٢ - الامتياز التجاري.

٣ - عقد الوكالة بالاستثمار.

٤ - الصكوك القابلة للتحويل أو التبديل بالأسهم.

وفي المجال الصناعي والزراعي وتمثله العقود التالية:

١ - عقد السلم.

٢ - عقد المساقاة.

٣ - عقد المزارعة.

ولأن تصكيك هذه العقود قد يؤدي في بعض الأحيان إلى وقوع النزاعات وضعت باباً

في بيان أبرز الأسباب المفضية للنزاع في هذه الصكوك وحكمها شرعاً.

وبناء عليه: فموضوع هذه الرسالة لا يتطرق إلى بحث التصكيك على وجه العموم أو

بحث الصكوك الإسلامية كعلم مستقل، كما لا يتطرق إلى بحث تلك العقود على وجه

الاستقلال بل يتعلق ببحث تصكيك هذه العقود من أجل الاستفادة منها في التمويل

والاستثمار.

الجديد في هذا الموضوع:

الموضوع يعد إضافة جديدة للمكتبة الإسلامية، يكمل فيه ما سبقه من بحوث في هذا الموضوع، لكن أبرز ما فيه من جديد ما يلي:

(١) صكوك عقد البوت:

إن تصكيك هذه العقود - المذكورة في هذه الخطوة - لا يكون إلا بمجموعة عقود مركبة، يدخل فيها عدة أشخاص، وتُحمل على عدة تكييفات. حيث تعتمد دراسة تصكيكها على تكييف علاقات هؤلاء الأشخاص مع بعضهم البعض، إضافة إلى توضيح علاقتهم بالمحل المعقود عليه الذي سيتم تصكيكه. فمثلا عقد البوت قبل تصكيكه يعتمد على طرفين الطرف الأول هو مدير المشروع والطرف الثاني وهو مالك العقار المراد بناءه وتشغيله فإذا كيفنا أن العلاقة بينهما هي علاقة استصناع فإنه يجب أيضا تكييف علاقة مدير المشروع - الذي يستفيد من الصكوك الإسلامية في تمويل ذلك المشروع - مع المكتبتين بهذه الصكوك هل هي شراكة في الاستصناع أم وكالة بأجر بأن يكون مدير المشروع أجيروا ومثلا للمكتبتين، وفي نفس الوقت صانعا إلى غير ذلك من الأمور التي تكشف عنها هذه الدراسة. وبهذا يتبين أن تصكيك هذا العقد لا يمثل صورة من تصكيك عقد الاستصناع أو صكوك الإجارة.

تنبيهات:

(أ) الفرق بين تصكيك هذا العقد وصكوك المنافع كالتي طرحها ابن لادن في وقف

الملك عبدالعزيز من أوجه:

١- من ناحية نظامية: فالنظام لا يسمح بتأجير الأصول العقارية قبل الشروع في بنائها

بينما تصكيك عقد البوت يتم بمجرد ترسية المشروع على "مدير المشروع".

٢- أن صكوك المنافع في حقيقتها - أعني هذا الطرح - لا علاقة لها بعقد البوت الذي

أنشئ به الوقف، فالصكوك المطروحة تمثل منفعة يستفيد منها مشتري الصك أو يبيعها

بخلاف صكوك عقد البوت فإنه لا يستفيد من المنفعة مباشرة بل عن طريق ما يدره الدخل الذي ينض من المشروع بعد تنفيذه بأموال المكتتبين. كما لا يحق للمكتتب الانتفاع من المشروع في عقد البوت مباشرة إلا مثل الأشخاص الآخرين بقيمتها. وحقه فيما يدر عليه المشروع من أرباح مقسمة على الصكوك.

٣- أن عقد البوت في أساسه يكون في المشاريع الضخمة التي تحتاج في تمويلها إلى تحالف مالي (كونسيرتيوم) فحملة الصكوك يحملون محل هذا التحالف بخلاف صكوك المنافع فالمنفعة التي فيها لا يكون الغرض منها التمويل، والقصود لها اعتبار في العقود، كما أن المنفعة في عقد البوت لم توجد بعد فلا يصح بيعها سواء بصكوك أو بغيرها وهذا وجه آخر في الاختلاف. إلى غير ذلك من الفروق التي تكشف عنها هذه الدراسة.

(ب) لا يعد تصكيك عقد البوت من قبيل صكوك الاستصناع وذلك لأن صكوك الاستصناع: «هي وثائق متساوية القيمة تصدر لاستخدام حصيلة الاكتتاب فيها في تصنيع سلعة، ويصبح المصنوع مملوكاً لحامل الصكوك»^(١). وأما في عقد البوت فالمصنوع - على فرض تكييف العقد أنه استصناع - لا يكون مملوكاً لمصدر الصكوك (مدير المشروع) فضلاً أن يكون مملوكاً لحملة الصكوك - كما هو معلوم في عقود البوت حيث يرجع البناء إلى مالك الأرض.

٢) صكوك عقد الامتياز التجاري:

و عقد الامتياز التجاري هو منح الغير حق الاستفادة من العلامة التجارية أو المعرفة أو الحق الفكري مقابل شروط معينة تتضمن شكل المنتج والبضائع المستوردة ونوعيتها

(١) ينظر: مقال في موقع <http://www.alaswaq.net/views> بتاريخ الأحد ١٧ صفر ١٤٢٩ هـ - ٢٤

فبراير ٢٠٠٨ م للكاتب: أحمد بن عبدالرحمن الجبير، وصحيفة الرياض بتاريخ الأحد ٢١ ربيع

الآخر ١٤٢٩ هـ - ٢٧ أبريل ٢٠٠٨ م - العدد ١٤٥٥٢.

وطريقة تقديمها والبائع لها إلى آخره.. فأطراف عقد الامتياز التجاري هما المرخص والمرخص له وبوجود التمويل عن طريق الصكوك الإسلامية ينجم طرف ثالث هم المكتتبون. مما يحتاج معه إلى دراسة العلاقة بين أطراف العقد ثم دراسة العلاقة بين المرخص له والمكتتبين وهو ما أحاول الوصول إليه عن طريق هذه الرسالة كما أن حق الامتياز التجاري ليس حقاً معنوياً صرفاً، بل فيه عدة مكونات كالأنظمة التسويقية والإدارية والسلعية والمحاسبية بل والانتاجية التي تنطوي كلها تحت العلامة التجارية المميزة، أو الحقوق الفكرية التي يحملها المرخص، فهذا حال العلاقة بين المرخص والمرخص له، وأما المكتتبون في الصكوك، فعلاقتهم تمتد بالمرخص مروراً بالمرخص له الذي يختلف حكمه بالنسبة إليهم.

٣- من الجديد في هذه الرسالة: تصكيك عقد التأمين، فعقد التأمين الآن بحاجة إلى مخرج شرعي وقابل للتطبيق، وبإمكانه الدخول في النظام الاقتصادي بلا كلفة إضافية على المنتج والمستفيد، وخارج عن الصورة النمطية للتأمين التقليدي، ففي هذه الرسالة حاولت إيجاد عقد شرعي مبتكر لتمويل عقد التأمين بالصكوك الإسلامية، ولا أعلم أحداً تطرق إلى ذلك من قبل.

٤- صكوك الوكالة بالاستثمار لم أجد من بحثها في رسالة أو كتاب مستقل رغم أهميتها.

٥- الصكوك القابلة للتحويل إلى أسهم والصكوك القابلة للتبديل إلى أسهم لم يتطرق أحد لبحثها.

٦- أبرز الأسباب التي تؤدي إلى وقوع النزاع في هذه العقود خاصة ودراستها شرعاً لا أعلم أحداً قد بحثها من قبل.

ومما سبق يتضح أن هذه العقود تمثل - بمكوناتها وأطرافها - علاقات عقدية جديدة لم يسبق بحثها.

أهمية الموضوع وأسباب اختياره:

تتجلى أهمية هذا الموضوع وأسباب اختياره من خلال النقاط الآتية:

- ١- أن هذا الموضوع يجمع بين الأصالة والمعاصرة ؛ مما يهيئ للباحث فرصة سبر أغوار كلام فقهاء الأمة، والتغلب في جنبات أسفارهم النفيسة؛ وذلك من خلال تحرير كلام أهل العلم في أحكام هذه العقود على وجه الأفراد والتركيب.
- ٢- يبحث في مسائل تعد من النوازل الحديثة في المجال الاقتصادي.
- ٣- يقدم مخارج شرعية في التمويل، يغني عن كثير من المعاملات المحرمة، وخاصة في تمويل المشاريع التي تحتاج إلى كلفة عالية، مثل المرافق العامة والمصانع والتأمين والمشاريع التجارية والصناعية والزراعية الضخمة.
- ٤- يقدم -أيضا- السبل الشرعية السليمة التي يمكنها استيعاب رؤوس الأموال الصغيرة التي تشكل في مجموعها مبالغ ضخمة، واستثمارها بمخاطر أقل.
- ٥- فتح آفاق شرعية جديدة لتحديث الاقتصاد الإسلامي.
- ٦- تطوير الصكوك الإسلامية بدمجها بعقود حديثة تلبي احتياجات النشاط الاقتصادي في البلاد الإسلامية.
- ٧- كون هذا الموضوع قابلا للتطبيق على الواقع.

أهداف البحث:

يمكن تلخيص أهداف هذا البحث في ثلاثة أمور:

- ١- إيجاد صيغ تمويلية واستثمارية جديدة بواسطة الصكوك الإسلامية.
- ٢- تخلص كثير من الصكوك من شوائب الربا المحرم؛ لتكون صكوكا إسلامية، وذلك بإخراجها عن إطار السندات التقليدية.
- ٣- بيان قوة الاقتصاد الإسلامي وقدرته على استيعاب العقود المستجدة.

الدراسات السابقة:

بعد البحث والتقصي وسؤال المختصين، والبحث في قاعدة بيانات مركز الملك فيصل للبحوث والدراسات الإسلامية، ومكتبة الملك فهد الوطنية، وقائمة الرسائل الجامعية المسجلة في المعهد العالي للقضاء، وكلية الشريعة بالرياض، والجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة... وغيرها لم أجد من بحث هذا الموضوع بصورته المتكاملة في رسالة علمية، ولا في بحث محكم، ولا في كتاب منشور.

إلا أن أبرز ما وجدت له صلة بموضوعي ما يأتي:

أولاً الكتب والدراسات:

١- رسالة بعنوان: «صكوك الإجارة دراسة فقهية تأصيلية تطبيقية»، وهي عبارة عن بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير من المعهد العالي للقضاء قسم الفقه المقارن، للباحث حامد بن حسن ميرة.

وصف البحث: جاء البحث في تمهيد وخمسة فصول، تكلم الباحث في التمهيد عن مشروعية الإجارة وتعريف صكوك الإجارة، كما تكلم في الفصل الأول عن الأوراق المالية وخصائصها وأنواعها، وتكلم في الفصل الثاني عن الأحكام والضوابط الفقهية لعقد الإجارة، وتكلم في الفصل الثالث على خصائص صكوك الإجارة وأنواعها وأحكامها الفقهية، وتكلم في الفصل الرابع عن إصدار وتداول صكوك الإجارة واستردادها، وفي الفصل الخامس قام بإعداد دراسة تطبيقية لصكوك الإجارة. (مرفق صورة من فهرس هذه البحث)

ما سأضيفه للموضوع: من خلال استعراض هذه البحث يظهر أن الباحث لم يخرج عما تناوله في عنوانه، فالبحث منصب على دراسة صكوك الإجارة، وبحثي هذا لم يتطرق لصكوك الإجارة، كما أوضحت ذلك في فكرة الموضوع، فهو بكلية في موضوع آخر يعد مكملًا لهذا الجانب.

٢-رسالة بعنوان: «صكوك الإجارة الحكومية وتأصيلها قانونيا لمحمد مبارك فضيل البصمان الرشدي».

وصف الرسالة: أطروحة مقدمة لكلية الدراسات العليا في الكويت لاستيفاء جزء من متطلبات درجة الماجستير- كما جاء على غلاف الرسالة- في القانون الخاص. وهي متعلقة -كما يتضح من العنوان- بصكوك الإجارة فضلا عن أن هذه الرسالة مبنية على النظرة القانونية الكويتية لصكوك الإجارة. وموضوعي سيتطرق إلى صكوك مختلفة عن صكوك الإجارة مع بيان أحكامها في الفقه الإسلامي.

٣- بحث باسم: «الصكوك التي تصدرها شركة المساهمة في النظام السعودي والفقه الإسلامي»، للباحث: محمد حامد السالمي، وهو بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير: بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المعهد العالي للقضاء، قسم السياسة الشرعية عام ١٤١٤ هـ.

وصف البحث: لم يتطرق الباحث للصكوك الإسلامية بالشكل الحالي، وإنما تطرق إلى الأسهم وغيرها وتحدث في الفصل الثالث منها- الفصل الأخير- عن السندات التقليدية وجعل فيه أربعة مباحث، تكلم فيها عن تعريف السندات وأسباب صدورها، وخصائصها وشروط إصدارها وأنواعها وتكلم في المبحث الرابع عن صحة السندات وتداولها، وانتهى فيه إلى أنها من قبيل الربا.

ما سأضيفه للموضوع: لاشك أن الصكوك الإسلامية تختلف عن السندات التقليدية، كما أن موضوع بحثي هذا هو التمويل والاستثمار بالصكوك الإسلامية في عقود معينة، ولا علاقة له بالسندات التقليدية؛ لذا فهو يعتبر بكمليته إضافة عليه. كما أن الباحث لم يتطرق للصكوك القابلة للتحويل أو التبديل بأسهم.

٤- رسالة بعنوان: «الصكوك الاستثمارية الإسلامية وعلاج مخاطرها»، للباحث: أحمد إسحاق الأمين الحامد، وهي مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في تخصص الاقتصاد والمصارف الإسلامية من جامعة اليرموك بالأردن.

وصف الرسالة: الرسالة تتكون من ثلاثة فصول، تكلم الباحث في الفصل الأول عن الصكوك الاستثمارية الإسلامية وأنواعها، ثم تكلم في الفصل الثاني عن مخاطر الصكوك الاستثمارية، كما تكلم في الفصل الثالث عن آليات علاج مخاطر الصكوك الاستثمارية الإسلامية وتطبيقاتها.

ما سأضيفه للموضوع:

(أ) تحدثت الرسالة عن الصكوك الإسلامية - بشكل عام - من وجهة نظر اقتصادية بحثه، وفي حال الحاجة إلى ذكر الحكم الفقهي فإن الباحث يذكر الحكم مباشرة دون تفصيل الخلاف والأدلة ودون ذكر التخريج الفقهي، وقد نص الباحث على ذلك في منهجه في أول الرسالة، ولهذا فإن هذه الرسالة ستشمل التخريجات الفقهية والتفصيل في أحكام تصكيك العقود المعينة فيه، فضلاً على أن هذه الرسالة ليست لبحث الصكوك كعلم مستقل - كما اسلفت في المقدمة.

(ب) أن هذه الرسالة، متعلقة ببيان مخاطر الصكوك الإسلامية وعلاجها من الناحية الاقتصادية كما جاء في العنوان، ولاشك أن موضوع هذا البحث يختلف عن مضمون هذه الرسالة التي تبحث المسائل المطروحة فيها فقهاً.

(ج) أن هذه الرسالة جاءت مختصرة جداً حيث بلغت (١٦٥) صفحة من القطع

المتوسط.

(د) سأتكلم -إن شاء الله- في بحثي هذا عن بعض العقود التي يمكن تمويلها واستثمارها بتصكيكها، في مجالات اقتصادية مختلفة -كما اسلفت في المقدمة.

٥- دراسة بعنوان: «صكوك الاستثمار الشرعية»، أعدها كل من وليد الشايحي وعبدالله الحججي: وصف الدراسة: ركزت على الجوانب الفنية لعملية إصدار وتداول الصكوك الاستثمارية الشرعية، دون أن تتناول الناحية الشرعية، فتناولت كيفية إصدار الصكوك الإسلامية بشكل عام من الناحية الشكلية والفنية، دون أن تتناول أحكام وشروط هذه الصكوك في الفقه الإسلامي.

ما سأضيفه للموضوع: لم تتطرق هذه الدراسة لعملية تصكيك العقود المذكورة في هذه الخطوة، والتي عازمت على بحثها في هذه الرسالة.

٦- بحث باسم: «عقد البناء و التشغيل ونقل الملكية الادارية (البوت BOT)»، للباحث عبدالعزيز عايش العتيبي، وهي بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير: من جامعة الامام محمد بن سعود الإسلامية ١٤٢٨ هـ، المعهد العالي للقضاء، قسم السياسة الشرعية.

وصف البحث: يتألف هذا البحث من تمهيد وثلاثة فصول، تكلم الباحث في التمهيد عن تعريف وأنواع عقد البوت وتمييزه عما يشابهه من عقود الامتياز، وعقد الفصل الأول في أركان عقد البوت، وخصائصه وتكييفه في الفقه والنظام، وجعل الفصل الثاني في التزامات وحقوق جهة الإدارة والمتعاقد في عقد البوت في الفقه والنظام، وجعل الفصل الثالث في: المسؤولية الناشئة عن الإخلال بعقد البوت وانتهائه، والفصل في النزاعات الناشئة عنه في الفقه والنظام.

ما سأضيفه للموضوع:

(أ) يلحظ أن الباحث لم يتكلم عن الصيغ الأخرى المشابهة لعقد البوت والتي تتبع نفس نهجه مثل عقود B.O.O.T عقود البناء - التملك - التشغيل - التحويل، وعقود

B.O.L.T بناء التملك المرحلي - التأجير التمويلي - والتمويل، وغيرها. وسأضيف ذلك في بحثي هذا- إن شاء الله - وذلك لتخليص عقد البوت عما يشابهه من العقود.

(ب) لم يتكلم عن آلية العمل بأسلوب البوت، فإنه بالنظر في الآلية وتحديدها، يمكن الوصول إلى التكييف الصحيح في عقد البوت.

(ج) لم يخرج (عقد البوت) على أقوال الفقهاء السابقين، مع ورود صيغ -عندهم- قريبة من عقد البوت، ولهذا لم يكن التكييف تاماً. وما قام به - عند التكييف - هو ذكر شروط العقود المكيف عليها العقد، ثم تطبيقها على العقد فقط.

(د) أهم هذه الملاحظات أن الباحث لم يتعرض لتصكيك عقد البوت وتمويله والاستثمار فيه بها.

(هـ) ركز الباحث على عقد البوت من الناحية القانونية، ومن الناحية الشرعية باعتبار المتعاقد هو الجهة الإدارية (الحكومة) دون النظر إلى الأشخاص الطبيعيين. ولهذا فإن استدراك هذه الملاحظات، مما سأضيفه على هذا البحث - إن شاء الله.

٧- كتاب: «عقد البوت» للقاضي اللبناني: إلياس ناصيف، تحدث فيه مؤلفه عن عقد البوت من الناحية القانونية، ولم يتطرق لحكمه الشرعي ولا تكييفه ولا تصكيكه. وهو أحد المراجع في بيان الصفات القانونية لأطراف عقد البوت. وقد أفاد منه الباحث في ذلك.

٨- كتاب من القطع الصغير بعنوان: «أحكام التمويل والاستثمار ببيع السلم في الفقه الإسلامي»، تأليف: حسن صلاح الصغير عبدالله ط/ دار الجامعة الجديدة.

وصف الكتاب وما سأضيفه للموضوع: تحدث فيه المؤلف عن أحكام السلم المعروفة في كتب الفقه ولم يتطرق لصكوك السلم إلا عندما تكلم عن بيع صكوك السلم والسلم المتوازي - كما أسماه -، وتكلم عن ذلك في حدود صفحتين من صفحة ٩٠-٩١ ويلاحظ عليه: أنه لم يعرض الخلاف الفقهي ولم يذكر أدلة الأقوال، ولم يقم بالتخريج على أقوال

الفقهاء السابقين، إنما قام بالنقل المجرد لأقوال ثلاثة من المجيزين لبيعها وهو ما سأضيفه في بحثي هذا - إن شاء الله - عند ذكر صكوك السلم.

٩- كتاب بعنوان: «أحكام ودیعة الصكوك في الفقه والقانون»، تأليف: إبراهيم بن أحمد بسطوي سي ط/ دار الجامعة الجديدة ٢٠٠٦ م.

وصف الكتاب: جاء الكتاب في ثلاثة فصول تحدث في الفصل الأول عن تكوين عقد ودیعة الصكوك وفي الفصل الثاني عن آثار عقد ودیعة الصكوك وفي الفصل الثالث عن انتهاء عقد ودیعة الصكوك وتكلم عن حكم الصكوك الإسلامية - بشكل عام - في الفقه في حدود ثلاثة أسطر في صفحة ١٤٨ حيث قال: «لم أجد - فيما أعلم - رأياً للفقه الإسلامي في ذلك ويمكن القول بالقياس أنها جائزة ومشروعة»، هكذا قال، ولا يخفى ما في هذا الكلام من القصور، مما يؤمل بهذه الرسالة إكمال ما نقص وإتمام ما انتهى إليه الآخرون - إن شاء الله - وما توفيقي إلا بالله عليه توكلت وإليه أنيب.

ثانياً) خطط الرسائل التي مازالت في طور البحث:

(١) تم تسجيل خطة بحث بعنوان: «الصكوك الاستثمارية دراسة تأصيلية»، للباحث: عبداللطيف عبداللطيف. وهي خطة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه بكلية الشريعة بالرياض عام ١٤٢٧ هـ. لم يتسن لي أخذ نسخة من الخطة، ولكنني تمكنت من الاطلاع عليها داخل الكلية وقمت برصدها كاملة - كتابة - في ورقات، وقد تضمنت تمهيدا وبابين وخاتمة وفهارس، عنوان التمهيد هو الأسواق المالية والأدوات المتداولة فيها، وعنوان الباب الأول: التصكيك والصكوك الاستثمارية وجاء في فصلين الفصل الأول بعنوان التصكيك وقسمه إلى أربعة مباحث، فالمبحث الأول: بعنوان حقيقة التصكيك والمبحث الثاني في أنواع التصكيك وقسمه إلى مطلبين: المطلب الأول: تصكيك الأصول والمطلب الثاني تصكيك الديون والمبحث الثالث بعنوان: أنواع الصكوك وجعله في خمسة مطالب:

المطلب الأول: الصكوك التقليدية. المطلب الثاني: الشهادات الاستثمارية. المطلب الثالث: صكوك المشتقات المالية. المطلب الرابع: الصكوك القابلة للتحويل. المطلب الخامس: الصكوك الاستثمارية. المبحث الرابع بعنوان: المؤسسات المعنية بالتصكيك وإجراءاته. المبحث الخامس: عوامل نجاح التصكيك وعيوبه. الفصل الثاني: تصوير صكوك الاستثمار وفيه أربعة مباحث المبحث الأول: بعنوان حقيقة صكوك الاستثمار المبحث الثاني: أنواع صكوك الاستثمار المطلب الأول: الصكوك القابلة للتداول وفيه أربعة مسائل. المسألة الأولى: صكوك المضاربة. المسألة الثانية: صكوك المشاركة الاستثمارية. المسألة الثالثة: صكوك الاجارة الاستثمارية. المسألة الرابعة: صكوك المزارعة والمساقاه والمغارسة الاستثمارية. المطلب الثاني: الصكوك المقيدة التداول وفيه ثلاث مسائل. المسألة الأولى: صكوك السلم. المسألة الثانية صكوك الاستصناع. المسألة الثالثة: صكوك المربحة. المبحث الثالث: في خصائص صكوك الاستثمار ومجالات تطبيقها. المبحث الرابع في مخاطر صكوك الاستثمار.

الباب الثاني: أحكام صكوك الاستثمار وفيه عشرة فصول.

الفصل الأول: في حكم التصكيك. الفصل الثاني: في التخريج الفقهي في الصكوك الاستثمارية. الفصل الثالث: في المعايير الشرعية في صكوك الاستثمار. الفصل الرابع: الاحكام الخاصة بكل نوع من انواع الصكوك وفيه سبعة مباحث.

المبحث الأول: الاحكام الخاصة لصكوك المضاربة. والمبحث الثاني في الاحكام الخاصة في صكوك المشاركة. والمبحث الثالث: الاحكام الخاصة في صكوك الاجارة المبحث الرابع: الاحكام الخاصة في صكوك المزارعة والمساقاة والمغارسة. المبحث الخامس: الاحكام الخاصة في صكوك السلم. المبحث السادس: الاحكام الخاصة في صكوك الاستصناع. المبحث السابع: الاحكام الخاصة في صكوك المربحة.

الفصل الخامس: احكام الضمان والاطفاء في صكوك الاستثمار

الفصل السادس: احكام اصدار صكوك الاستثمار

الفصل السابع: الاكتتاب والتداول والاسترداد في صكوك الاستثمار وفيه ثلاثة مباحث. المبحث الأول: بعنوان الاكتتاب في صكوك الاستثمار. المبحث الثاني: التداول في صكوك الاستثمار وفيه مطلبان: المطلب الأول: حقيقة التداول في صكوك الاستثمار المطلب الثاني: القيود على تداول صكوك الاستثمار المبحث الثالث: استرداد صكوك الاستثمار.

الفصل الثامن: في أحكام زكاة صكوك الاستثمار.

الفصل التاسع: في أحكام جريان بعض العقود على صكوك الاستثمار وفيه أربعة مباحث. الأول: في أحكام الرهن في صكوك الاستثمار والثاني في أحكام الحوالة في صكوك الاستثمار والثالث في عقود الإرفاق والتبرعات في صكوك الاستثمار والرابع في أحكام إيداع صكوك الاستثمار وتضمن الفصل العاشر الرقابة في صكوك الاستثمار.

وصف مخطط هذا البحث وما سأضيفه عليها في رسالتي هذه:

١- تم إعداد مخطط الباحث: عبداللطيف للحديث عن صكوك الاستثمار بشكل عام كورقة مالية.

٢- سأتكلم في رسالتي هذه عن تصكيك عقود لم ترد في هذه الخطة كتصكيك عقد البوت والفرنشايز والوكالة بالاستثمار والتأمين والصكوك القابلة للتحويل إلى أسهم أو التبديل إلى أسهم وقد أشار إليها الباحث إشارة بجعلها من أنواع الصكوك بشكل عام وذلك في المطلب الرابع من المبحث الثالث من الفصل الأول من الباب الأول ولم يبين خصائصها ولا الفرق بين النوعين ولا حكمها ولا تكييفها ولم يضع عنواناً لدراسة تطبيقية لمثل هذه الصكوك مما سأتكلم عنه في هذه الرسالة كما لم يتكلم عن الفصل في

المنازعات الناشئة عن تصكيك هذه العقود وغيرها، الذي عقدت له بابا خاصا في خطة هذه الرسالة.

٣- بعض الصكوك التي اشتركت الرسالتان في ذكرها مثل صكوك السلم والمزارعة والمساقاة، فإن الباحث قد أجمل أحكام المزارعة والمساقاة والمغارسة في مبحث واحد والتي سأفصلها في هذه الرسالة. وأما بالنسبة لصكوك السلم فسأتطرق لها من جهة تمويل المصانع والاستثمار فيها. ولا استطيع تحديد ما سأضيفه عليها لأن المخطط المجرى لا يكفي في إظهار مكنونه، خصوصا أن تلك المسألة من المسائل المستجدة التي تختلف فيها أنظار الباحثين، كما أن الهدف الأساس الذي عقد عليه الباحثان رسالتيهما غير مشترك، حيث إن تلك الرسالة منصبة على دراسة الصكوك بوجه عام، ودراستي منصبة على تركيز البحث على أنواع معينة من العقود، وحكم تصكيكها لأجل الاستفادة من ذلك في التمويل والاستثمار.

٢) تم تسجيل خطة بحث بعنوان: «عقود التمويل المستجدة بالمصارف الإسلامية»، للباحث: حامد ميرة. وهي خطة مقدمة لنيل درجة الدكتوراة في قسم الفقه المقارن بالمعهد العالي للقضاء، وتفضل الباحث -جزاه الله خيرا- بتزويدي بنسخة من مخطط بحثه، جاء فيه:

التمهيد:

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: التعريف بمفردات العنوان، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: التعريف بعقود التمويل المستجدة.

المطلب الثاني: التعريف بالمصارف الإسلامية.

المبحث الثاني: أنواع عقود التمويل المصرفي من حيث موافقتها لضوابط العقود في

الشريعة الإسلامية، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: التمويل بالعقود الموافقة للضوابط الشرعية.

المطلب الثاني: التمويل بالقروض الربوية، وفيه فرعان:

الفرع الأول: حقيقة القرض الربوي.

الفرع الثاني: الفرق بين التمويل الربوي والتمويل المباح.

المطلب الثالث: التمويل بالحيل الربوية.

وفيه أربعة فروع:

الفرع الأول: تعريف الحيل الربوية.

الفرع الثاني: أركان الحيلة الربوية.

الفرع الثالث: الفرق بين الحيل الربوية، والمخارج الشرعية.

الفرع الرابع: حكم الحيل الربوية.

الباب الأول: العقود المستجدة في التمويل بالمربحة.

وفيه تمهيد، وثلاثة فصول:

تمهيد في التعريف بالمربحة المصرفية.

الفصل الأول: المربحة بربح متغير.

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: التعريف بالمربحة بربح متغير.

المبحث الثاني: حكم المربحة بربح متغير.

المبحث الثالث: دراسة تطبيقية لأحد عقود المربحة بربح متغير.

الفصل الثاني: تمويل الاستثمار بالأسهم (Islamic Margin).

وفيه تمهيد، وثلاثة مباحث:

تمهيد في التعريف بعقود التمويل بالهامش.

المبحث الأول: التعريف بعقد تمويل الاستثمار بالأسهم (Islamic Margin).

المبحث الثاني: حكم عقد تمويل الاستثمار بالأسهم.

المبحث الثالث: دراسة تطبيقية لأحد عقود تمويل الاستثمار بالأسهم.

الفصل الثالث: شراء المديونيات المؤجلة على الغير. وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: التعريف بشراء المديونيات المؤجلة على الغير.

المبحث الثاني: حكم شراء المديونيات المؤجلة على الغير.

المبحث الثالث: دراسة تطبيقية لأحد عقود شراء المديونيات المؤجلة على الغير.

الباب الثاني: العقود المستجدة في التمويل بالإجارة.

وفيه تمهيد، وثلاثة فصول:

تمهيد في التعريف بعقود التمويل بالإجارة.

الفصل الأول: التأجير المقترن بوعده بالتملك بأجرة متغيرة.

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: التعريف بالتأجير المقترن بوعده بالتملك بأجرة متغيرة.

المبحث الثاني: حكم التأجير المقترن بوعده بالتملك بأجرة متغيرة.

المبحث الثالث: دراسة تطبيقية لأحد عقود التأجير المقترن بوعده بالتملك بأجرة

متغيرة.

الفصل الثاني: شراء محافظ الأعيان المؤجرة تأجيراً مقترناً بوعده بالتملك. وفيه ثلاثة

مباحث:

المبحث الأول: التعريف بشراء محافظ الأعيان المؤجرة تأجيراً مقترناً بوعده بالتملك.

المبحث الثاني: حكم شراء محافظ الأعيان المؤجرة تأجيراً مقترناً بوعده بالتملك.
المبحث الثالث: دراسة تطبيقية لأحد عقود شراء محافظ الأعيان المؤجرة تأجيراً مقترناً بوعده بالتملك.

الفصل الثالث: صكوك الحقوق المعنوية. وفيه ثلاثة مباحث:
المبحث الأول: التعريف بصكوك الحقوق المعنوية.
المبحث الثاني: حكم صكوك الحقوق المعنوية.
المبحث الثالث: دراسة تطبيقية لأحد إصدارات صكوك الحقوق المعنوية.
الباب الثالث: العقود المستجدة في التمويل ببطاقات الائتمان (Credit Card).
وفيه تمهيد، وثلاثة فصول:
تمهيد في التعريف ببطاقات الائتمان.
الفصل الأول: بطاقات التقسيط ذات الدين المتجدد "الائتمان المدار". وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: التعريف ببطاقات التقسيط ذات الدين المتجدد.
المبحث الثاني: حكم بطاقات التقسيط ذات الدين المتجدد.
المبحث الثالث: دراسة تطبيقية لأحد بطاقات التقسيط ذات الدين المتجدد.
الفصل الثاني: بطاقات التقسيط ذات الرسوم الثابتة. وفيه ثلاثة مباحث:
المبحث الأول: التعريف ببطاقات التقسيط ذات الرسوم الثابتة.
المبحث الثاني: حكم بطاقات التقسيط ذات الرسوم الثابتة.
المبحث الثالث: دراسة تطبيقية لأحد بطاقات التقسيط ذات الرسوم الثابتة.
الفصل الثالث: بطاقات التقسيط ذات المديونية المقدمة. وفيه ثلاثة مباحث:
المبحث الأول: التعريف ببطاقات التقسيط ذات المديونية المقدمة.

المبحث الثاني: حكم بطاقات التقسيط ذات المديونية المقدمة.

المبحث الثالث: دراسة تطبيقية لأحد بطاقات التقسيط ذات المديونية المقدمة.

الباب الرابع: العقود المستجدة في التمويل بالسلم والاستصناع والقروض المتبادلة.

وفيه تمهيد، وفصلان:

تمهيد في التعريف بالسلم والاستصناع، والقروض المتبادلة.

الفصل الأول: السلم والاستصناع بسعر السوق يوم التسليم. وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: التعريف بالسلم والاستصناع بسعر السوق يوم التسليم.

المبحث الثاني: حكم السلم والاستصناع بسعر السوق يوم التسليم.

المبحث الثالث: دراسة تطبيقية على السلم والاستصناع بسعر السوق يوم التسليم.

الفصل الثاني: السحب على المكشوف بحساب النقاط. وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: التعريف بالسحب على المكشوف.

المبحث الثاني: حكم السحب على المكشوف.

المبحث الثالث: دراسة تطبيقية لأحد عقود السحب على المكشوف.

الخاتمة: وتتضمن أهم النتائج، والتوصيات.

وصف مخطط هذا البحث وما سأضيفه عليها في رسالتي هذه:

١- تضمن مخطط هذه الرسالة الكلام عن التمويل في المصارف الإسلامية، بينما

سيكون الكلام في هذه الرسالة عن التمويل والاستثمار بتصكيك عقود مخصوصة، في

مجالات متنوعة.

٢- يلحظ من عناصر المخطط بعاليه أنه لم يتطرق لبحث تصكيك العقود المذكورة في

رسالتي وإنما اقتصر على أوجه مختلفة في عقود التمويل لدى المصارف الإسلامية وهذا أمر

واضح بالفرق، لا يخفى على من يقرأ المخططين.

٣- في الفصل الثالث من الباب الثاني عقده الباحث بعنوان: صكوك الحقوق المعنوية، وهذه الصكوك تختلف عن تصكيك عقد الفرنشايز من وجهين:

(أ) أن عقد الفرنشايز عبارة عن عقد خاص يشتمل على عدة أمور تزيد على مجرد الحق المعنوي، سبق أن أوضحت ذلك في المقدمة.

(ب) أن عقد الفرنشايز يشترك فيه عدة أطراف كما سبق أن بينت في المقدمة كما أن الذي يتم تصكيكه ليس هو العلامة التجارية وذلك لأنها تبقى في -عقد الفرنشايز- ملك للمرخص ولا تنتقل إلى حملة الصكوك ولا إلى المرخص له بخلاف صكوك الحقوق المعنوية فإنها تنتقل إلى حملة الصكوك.

هذه أبرز الفروق، وغيرها كثير يتضح في الدراسة إن شاء الله.

منهج البحث:

يتبين منهجي في البحث بالنقاط الآتية:

١. أقوم بتصوير المسألة المراد بحثها تصويراً دقيقاً قبل بيان حكمها؛ ليتضح المقصود من دراستها -إن احتاجت المسألة إلى تصوير-.

٢. إذا كانت المسألة من مواضع الاتفاق، فإني أذكر حكمها مقروناً بالدليل، أو التعليل -إن وجد-، مع التوثيق من مظانه المعتبرة.

٣. إذا كانت المسألة من مسائل الخلاف؛ فإني أسلك في بحثها ما يلي:

(١) أقوم بتحرير محل الخلاف إذا كانت بعض صور المسألة محل خلاف، وبعضها محل اتفاق.

(٢) أقوم بذكر الأقوال في المسألة، وبيان من قال بها من أهل العلم، مع العناية بعرض الخلاف حسب الاتجاهات الفقهية، مراعيّاً في ذلك الأقدم فالأقدم من الناحية التاريخية.

(٣) الاقتصار على المذاهب الفقهية المعتبرة، وإذا لم يوقف على المسألة في مذهب ما فيسلك بها مسلك التخريج.

- ٤) أذكر الأقوال في المسألة، مقدماً القول المرجوح في نظري، ثم الذي يليه وهكذا.
- ٥) أقوم بتوثيق الأقوال من مصادرها الأصلية.
- ٦) أقوم بسرّد أدلة كل قول، مع بيان وجه الاستدلال، وذكر ما يرد عليها من مناقشات، وما يجاب به عنها.
- ٧) الترجيح، مع بيان سببه، وذكر ثمرة الخلاف _ إن وجدت _ .
٤. الاعتماد على أمّات المصادر، والمراجع الأصلية؛ تحريراً، وجمعاً، وتوثيقاً، وتخريجاً.
٥. التركيز على موضوع البحث، وتجنب الاستطراد.
٦. العناية بضرب الأمثلة خاصة الواقعية.
٧. العناية بدراسة ما جد من القضايا مما له صلة واضحة بالبحث.
٨. أقوم بعزو الآيات وذلك بذكر اسم السورة، ورقم الآية في الحاشية، وذلك بعد ضبطها بالشكل ورسمها بالرسم العثماني.
٩. أقوم بتخريج الأحاديث، التي ترد في ثنايا البحث من مصادرها الأصلية، وإثبات الكتاب والباب والجزء والصفحة، وبيان ما ذكره أهل الشأن في درجتها - إن لم تكن في الصحيحين أو أحدهما - فإن كان الحديث فيهما، أو في أحدهما فإني أكتفي بعزو الحديث إليهما، أو إلى أحدهما.
١٠. أقوم بتخريج الآثار من مصادرها الأصلية، والحكم عليها.
١١. توثيق المعاني من معاجم اللغة المعتمدة، وتكون الإحالة عليها بالمادة، والجزء، والصفحة.
١٢. العناية بقواعد اللغة العربية، وقواعد الإملاء، والخط، وعلامات الترقيم، ومنها: علامات التنصيص للآيات الكريمة، وللأحاديث الشريفة والآثار، ولأقوال العلماء، وتمييز العلامات أو الأقواس فيكون لكل منهم علامته الخاصة.

١٣. أترجم ترجمة مختصرة للأعلام الذين يرد ذكرهم في البحث بذكر اسم كل منهم، ونسبه، وتاريخ وفاته، وأهم مؤلفاته، ومصادر ترجمته. عدا من كان من المعاصرين فلن أترجم لهم؛ تجنباً للإطالة، ولعدم توفر المصادر التي يمكن أن تترجم لهم، أو لكثير منهم، وأقتصر- في الترجمة على غير المشهورين كالخلفاء الأربعة والأئمة الأربعة، ومن كان مشهوراً فقد أغنت شهرته عن ترجمته.

١٤. تكون الخاتمة متضمنة أهم النتائج والتوصيات التي أتوصل إليها من خلال

البحث.

١٥. تذييل البحث بمجموعة من الملاحق التي تكمل البحث، وتحقق المقصود منه

- إن وجدت -.

١٦. أتبّع ذلك بالفهارس الفنية التي تبين ما تضمنته الرسالة، وهي كما يأتي^(١):

(أ) فهرس الآيات القرآنية: ويرتب على أسماء السور، مراعيّاً ترتيب المصحف في

السور والآيات، مع ذكر أرقام الصفحات التي يرد ذكر الآية فيها.

(ب) فهرس الأحاديث والآثار: ويرتب على الأحرف الهجائية، مع الاكتفاء برقم

الصفحة التي ورد تخريج الحديث أو الأثر فيها.

(ج) فهرس الأعلام المترجم لهم: ويرتب على الأحرف الهجائية، مراعيّاً شهرة العلم

أولاً، دون النظر إلى أداة التعريف، وما شابهها مما يقع في صدر الاسم.

(د) فهرس المراجع: ويذكر فيه اسم الكتاب ومؤلفه، وتاريخ النشر، والناشر،

والطبعة، ومكان النشر، مع مراعاة الترتيب الهجائي لأسماء المصادر.

(هـ) فهرس الموضوعات.

(١) هذا ما كان في الرسالة، أما الناشر فقد اقتصر على فهرس المصادر والمراجع، وفهرس الموضوعات.

خطة البحث:

وتشتمل على: مقدمة، وتمهيد، وأربعة أبواب، وخاتمة، وفهارس.

المقدمة:

وتشتمل على ما يلي:

١. أهمية الموضوع، وأهم أسباب اختياره.

٢. أهداف البحث.

٣. الدراسات السابقة.

٤. منهج البحث.

٥. خطة البحث.

التمهيد:

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: التعريف بمفردات العنوان، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف العقود المبتكرة للتمويل والاستثمار بالصكوك الإسلامية

باعتبار أجزائها. وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: المقصود بالعقود المبتكرة.

الفرع الثاني: معنى التمويل والاستثمار.

الفرع الثالث: معنى الصكوك.

المطلب الثاني: تعريف الصكوك الإسلامية باعتبارها علما ولقبا.

المبحث الثاني: أنواع وخصائص الصكوك الإسلامية، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: أنواع الصكوك الإسلامية.

المطلب الثاني: خصائص الصكوك الإسلامية.

المبحث الثالث: أحكام المعايير العامة للصكوك، وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: حكم التوزيع الدوري على حملة الصكوك.

المطلب الثاني: حكم ضمان استرداد رأس المال.

المطلب الثالث: حكم اشتراط الحافز لمدير العملية.

المطلب الرابع: حكم اشتراط القرض عند نقص الربح عن النسبة المعينة.

المطلب الخامس: حكم تعهد المدير بشراء الأصول بالقيمة الاسمية.

الباب الأول: صكوك عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة (B.O.T)^(١) في المجال

العقاري.

وفيه تمهيد و فصلان:

تمهيد: وفيه تعريف عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة، وأركانه وخصائصه،

وسلبياته، وإيجابياته، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعاريف عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة.

المطلب الثاني: أركان عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة، وخصائصه، وسلبياته،

وإيجابياته، والعقود المشابهة له، وفيه أربعة فروع:

الفرع الأول: أركان عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة.

الفرع الثاني: خصائص عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة.

الفرع الثالث: سلبيات وإيجابيات عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة.

الفرع الرابع: العقود المشابهة لعقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة.

(١) وهذا الإصطلاح هو اختصار لثلاث كلمات انجليزية هي: البناء (build) والتشغيل (operate)

ونقل الملكية (transfer) ويقابلها بالفرنسية مصطلح (c.e.f). ينظر عقد b.o.t لإلياس ناصيف

الفصل الأول: تكييف عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة، و حكمه.

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: آلية العمل بأسلوب عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة.

المبحث الثاني: تكييف العقد شرعا

المبحث الثالث: حكمه.

الفصل الثاني: صكوك التمويل والاستثمار بعقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة.

وفيه خمسة مباحث:

المبحث الأول: تعريف صكوك التمويل بعقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة،

وأهميتها، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف صكوك التمويل بعقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة.

المطلب الثاني: أهمية صكوك التمويل بعقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة.

المبحث الثاني: التكييف الشرعي لتصكيك عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة

وحكمه. وفيه مطلبان:

المطلب الأول: التكييف الشرعي لتصكيك عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة.

المطلب الثاني: حكم تصكيك عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة.

المبحث الثالث: شروط عقد إصدار صكوك التمويل بعقد امتياز البناء والتشغيل

والإعادة. وفيه مطلبان:

المطلب الأول: شروط عقد إصدار صكوك التمويل بعقد امتياز البناء والتشغيل

والإعادة.

المطلب الثاني: الشروط في عقد إصدار صكوك التمويل بعقد امتياز البناء والتشغيل

والإعادة.

المبحث الرابع: حكم تداول صكوك التمويل بعقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة.
 المبحث الخامس: استرداد صكوك التمويل بعقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة وانتهاءها. وفيه مطلبان:
 المطلب الأول: استرداد صكوك التمويل والاستثمار بعقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة.
 المطلب الثاني: انتهاء صكوك التمويل والاستثمار بعقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة.

الباب الثاني: صكوك العقود في المجال التجاري:

وفيه تمهيد وأربعة فصول:
 التمهيد وفيه: بيان المقصود بالمجال التجاري وأهميته.
 الفصل الأول: توريق الديون وأحكامه: وفيه تمهيد.
 وأربعة مباحث:
 التمهيد: في تعريف توريق الديون ودوافعه وعلاقته بالصكوك الإسلامية.
 وفيه ثلاثة مطالب:
 المطلب الأول: تعريف توريق الديون.
 المطلب الثاني: دوافع توريق الديون.
 المطلب الثالث: علاقة توريق الديون بالصكوك الإسلامية.
 المبحث الأول: أنواع توريق الديون وأساليبه ومخاطره. وفيه ثلاثة مطالب:
 المطلب الأول: أنواع التوريق.
 المطلب الثاني: أساليب التوريق.
 المطلب الثالث: مخاطر التوريق.

المبحث الثاني: تكييف توريق الديون شرعا وحكمه وفيه مطلبان.

المطلب الأول: إجراءات توريق الديون.

المطلب الثاني: التكييف الشرعي لتوريق الديون، وحكمه شرعا.

المبحث الثالث: حكم تداول صكوك التوريق.

المبحث الرابع: استرداد صكوك التمويل والاستثمار بعقد التوريق وانتهاءها. وفيه

مطلبان:

المطلب الأول: استرداد صكوك التمويل والاستثمار بعقد التوريق.

المطلب الثاني: انتهاء صكوك التمويل والاستثمار بعقد التوريق.

الفصل الثاني: صكوك عقد الامتياز التجاري (franchise).

وفيه تمهيد وأربعة مباحث:

التمهيد: في تعريف عقد الامتياز التجاري ومتعلقاته وبيان أركانه وأنواعه: وفيه أربعة

مطالب:

المطلب الأول: تحديد ماهية عقد الامتياز التجاري

المطلب الثاني: تعريف متعلقات عقد الامتياز التجاري وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: تعريف العلامة التجارية.

الفرع الثاني: تعريف الرسم والنموذج الصناعي.

الفرع الثالث: تعريف براءة الاختراع.

المطلب الثالث: أركان عقد الامتياز التجاري.

المطلب الرابع: أنواع عقد الامتياز التجاري.

المبحث الأول: الالتزامات المترتبة على طرفي عقد الامتياز التجاري، وأساليب منح

الامتياز التجاري وتكييفه في الفقه. وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: الالتزامات المترتبة على المرخص.

المطلب الثاني: الالتزامات المترتبة على المرخص له.

المطلب الثالث: أساليب منح الامتياز.

المطلب الرابع: تكييف عقد الامتياز التجاري في الفقه.

المبحث الثاني: استثمار وتمويل عقد الامتياز التجاري بالصكوك وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: طريقة تصكيك عقد الامتياز التجاري.

المطلب الثاني: تكييف العلاقة بين أطراف عقد صكوك الامتياز التجاري في الفقه.

المطلب الثالث: حكم التمويل والاستثمار بالصكوك في عقد الامتياز التجاري.

المبحث الثالث: حكم تداول هذا النوع من الصكوك.

المبحث الرابع: استرداد صكوك التمويل والاستثمار بعقد الامتياز التجاري

وانتهاؤها. وفيه مطلبان:

المطلب الأول: استرداد صكوك التمويل والاستثمار بعقد الامتياز التجاري.

المطلب الثاني: انتهاء صكوك التمويل والاستثمار بعقد الامتياز التجاري.

الفصل الثالث: صكوك الوكالة بالاستثمار.

وفيه تمهيد وأربعة مباحث:

التمهيد: في تعريف صكوك الوكالة بالاستثمار، ومشروعية الوكالة وأركانها، وفيه

ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف صكوك الوكالة بالاستثمار.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: تعريف الوكالة.

الفرع الثاني: تعريف صكوك الوكالة الاستثمار باعتبارها علما ولقبا.

المطلب الثاني: مشروعية الوكالة.

المطلب الثالث: أركان الوكالة.

المبحث الأول: أطراف صكوك الوكالة بالاستثمار وتكييفها الفقهي وحكمها وفيه

أربعة مطالب:

المطلب الأول: أطراف صكوك الوكالة بالاستثمار.

المطلب الثاني: تكييف صكوك الوكالة بالاستثمار.

المطلب الثالث: حكم صكوك الوكالة بالاستثمار.

المطلب الرابع: الشروط والضوابط اللازم توافرها في هذه الصكوك.

المبحث الثاني: التمويل والاستثمار في عقد التأمين بواسطة صكوك الوكالة بالاستثمار،

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف التأمين وأنواعه وحكمه وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: تعريف التأمين.

الفرع الثاني: أنواع التأمين.

الفرع الثالث: حكم التأمين.

المطلب الثاني: الصيغة المبتكرة لتمويل عقد التأمين بصكوك الوكالة بالاستثمار

وأطرافها، وفيه فرعان:

الفرع الأول: الصيغة المبتكرة لتمويل عقد التأمين.

الفرع الثاني: أطراف هذا العقد وتكييف كل طرف.

المطلب الثالث: حكم التأمين بهذه الصيغة.

المبحث الثالث: حكم تداول صكوك الوكالة بالاستثمار واستردادها وانتهاءها، وفيه

مطلبين:

المطلب الأول: حكم تداول صكوك الوكالة بالاستثمار. وفيه فرعان:

الفرع الأول: حكم تداول صكوك الوكالة بالاستثمار التأمينية.

الفرع الثاني: حكم تداول صكوك الوكالة بالاستثمار العادية.

المطلب الثاني: استرداد صكوك الوكالة بالاستثمار وانتهاءها وفيه فرعان:

الفرع الأول: استرداد صكوك الوكالة بالاستثمار.

الفرع الثاني: انتهاء صكوك الوكالة بالاستثمار.

المبحث الرابع: دراسة تطبيقية لصكوك الوكالة بالاستثمار (إن وجدت لها صكوك).

الفصل الرابع: الصكوك القابلة للتحويل إلى أسهم (Convertible sukuk) والصكوك

القابلة للتبديل بأسهم (Exchangeable sukuk).

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: تعريف الشركة المساهمة والأسهم وبيان خصائصه والفرق بين الأسهم

و الصكوك أو السندات.

وفيه مطلبان: المطلب الأول: تعريف الشركة المساهمة والأسهم وبيان خصائصه وفيه

ثلاثة فروع:

الفرع الأول: تعريف الشركة المساهمة.

الفرع الثاني: تعريف السهم.

الفرع الثالث: خصائص السهم

المطلب الثاني: الفرق بين الأسهم والسندات.

المبحث الثاني: تعريف الصكوك القابلة للتحويل إلى أسهم والصكوك القابلة للتبديل

بأسهم والفرق بينهما وخصائص هذا النوع من الصكوك وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف الصكوك القابلة للتحويل إلى أسهم والصكوك القابلة للتبديل بأسهم والفرق بينهما.

المطلب الثاني: خصائص وضوابط هذا النوع من الصكوك.

المبحث الثالث: تكييف الصكوك القابلة للتحويل إلى أسهم والصكوك القابلة للتبديل بأسهم وحكمها شرعا.

المبحث الرابع: دراسة تطبيقية للصكوك القابلة للتحويل إلى أسهم والصكوك القابلة للتبديل بأسهم.

الباب الثالث: صكوك العقود في المجال الصناعي والزراعي.

وفيه تمهيد وثلاثة فصول:

التمهيد في بيان أهمية التمويل والاستثمار في المجالين الصناعي والزراعي.

الفصل الأول: التمويل والاستثمار بصكوك عقد السلم.

وفيه تمهيد ومبحثان:

التمهيد: في بيان علاقة عقد السلم بالمجال الصناعي وتعريف عقد السلم والصكوك

فيه ومشروعيته وشروطه وتحتة خمسة مطالب:

المطلب الأول: علاقة عقد السلم بالمجال الصناعي.

المطلب الثاني: تعريف عقد السلم.

المطلب الثالث: تعريف صكوك عقد السلم باعتبارها علما ولقبا.

المطلب الرابع: مشروعية عقد السلم.

المطلب الخامس: شروط عقد السلم.

المبحث الأول: إصدار وتداول صكوك السلم واستردادها، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: إصدار صكوك السلم وفيه فرعان:

الفرع الأول: عقد إصدار صكوك السلم.

الفرع الثاني: شروط عقد إصدار صكوك السلم.

المطلب الثاني: حكم تداول صكوك السلم.

المطلب الثالث: استرداد صكوك السلم وانتهاءها وفيه فرعان:

الفرع الأول: استرداد صكوك السلم.

الفرع الثاني: انتهاء صكوك السلم.

المبحث الثاني: دراسة تطبيقية لصكوك السلم.

الفصل الثاني: التمويل والاستثمار بصكوك عقد المساقاة.

وفيه تمهيد و مبحثان:

التمهيد: في تعريف المساقاة والصكوك فيها ومشر-وعيتها وشروطها وتحتة أربعة

مطالب:

المطلب الأول: تعريف المساقاة.

المطلب الثاني: تعريف صكوك المساقاة باعتبارها علما ولقبا.

المطلب الثالث: مشروعية المساقاة.

المطلب الرابع: شروط المساقاة.

المبحث الأول: إصدار وتداول صكوك المساقاة واستردادها، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: إصدار صكوك المساقاة وفيه فرعان:

الفرع الأول: عقد إصدار صكوك المساقاة.

الفرع الثاني: الشروط في عقد إصدار صكوك المساقاة.

المطلب الثاني: حكم تداول صكوك المساقاة.

المطلب الثالث: استرداد صكوك المساقاة وانتهاءها وفيه فرعان:

الفرع الأول: استرداد صكوك المساقاة.

الفرع الثاني: انتهاء صكوك المساقاة.

المبحث الثاني: دراسة تطبيقية لصكوك المساقاة (إن وجدت لها صكوك).

الفصل الثالث: التمويل والاستثمار بصكوك عقد المزارعة.

وفيه تمهيد ومبحثان:

التمهيد: في تعريف المزارعة والصكوك فيها ومشروعيتها وشروطها، وتحت أربعة

مطالب:

المطلب الأول: تعريف المزارعة.

المطلب الثاني: تعريف صكوك المزارعة باعتبارها علما ولقبا.

المطلب الثالث: مشروعية المزارعة.

المطلب الرابع: شروط المزارعة.

المبحث الأول: إصدار وتداول صكوك المزارعة واستردادها، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: إصدار صكوك المزارعة وفيه فرعان:

الفرع الأول: عقد إصدار صكوك المزارعة.

الفرع الثاني: الشروط في عقد إصدار صكوك المزارعة.

المطلب الثاني: حكم تداول صكوك المزارعة.

المطلب الثالث: استرداد صكوك المزارعة وانتهاءها، وفيه فرعان:

الفرع الأول: استرداد صكوك المزارعة.

الفرع الثاني: انتهاء صكوك المزارعة.

المبحث الثاني: دراسة تطبيقية لصكوك المزارعة (إن وجدت لها صكوك).

الباب الرابع: أحكام المنازعات في صكوك هذه العقود.

وفيه فصلان:

الفصل الأول: اختصاص النظر في صكوك هذه العقود.

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: الاختصاص المكاني في الفقه والنظام، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: الاختصاص المكاني في الفقه.

المطلب الثاني: الاختصاص المكاني في النظام.

المبحث الثاني: الاختصاص النوعي في الفقه والنظام، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: الاختصاص النوعي في الفقه.

المطلب الثاني: الاختصاص النوعي في النظام.

الفصل الثاني: أبرز أسباب المنازعات الناشئة عن هذه الصكوك وحكمها في الفقه.

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: إفلاس مُصدر الصكوك.

المبحث الثاني: هلاك المعقود عليه.

المبحث الثالث: هلاك المال.

المبحث الرابع: تعذر إتمام العقد بعد إتمام بيع هذه الصكوك.

خاتمة: وفيها أبرز النتائج والتوصيات.

الملاحق: وتتضمن صوراً لبعض العقود المطبقة - إن وجدت.

الفهارس وتتضمن:

- فهرس الآيات.

- فهرس الأحاديث والآثار.
 - فهرس الأعلام.
 - فهرس المراجع والمصادر.
 - فهرس الموضوعات.
- وهذا أوان الشروع في المقصود.

للتواصل مع المؤلف

جوال: ٠٥٠٤٦٦٧٨٥٥

Email: Khalidssrr@msn.com

Twitter: @Khalidssrr

التمهيد

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: التعريف بمفردات العنوان.

المبحث الثاني: أنواع وخصائص الصكوك الإسلامية.

المبحث الثالث: أحكام المعايير العامة للصكوك.



المبحث الأول التعريف بمفردات العنوان

وفيه مطلبان:

المطلب الأول تعريف العقود المبتكرة للتمويل والاستثمار بالصكوك الإسلامية باعتبار مفرداتها

وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: المقصود بالعقود المبتكرة:

ويندرج تحت هذا الفرع ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: معنى العقود لغة واصطلاحاً:

ويندرج تحتها فقرتان:

أولاً: معنى العقود لغة:

جمع عقد والعقد في اللغة: الربط والشد والضمان والعهد قال في القاموس: عقد الحبل والبيع والعهد: شده^(١). ويطلق أيضاً على الجمع بين أطراف الشيء يقال: عقد الحبل إذا جمع أحد طرفيه على الآخر وربط بينهما^(٢). وفي المصباح: قيل: عقدت البيع ونحوه وعقدت اليمين وعقدتها بالتشديد تأكيداً وعاقدته على كذاً وعقدته عليه بمعنى: عاهدته ومعقد الشيء مثل مجلس: موضع عقده وعقدة النكاح وغيره: إحكامه وإبرامه والجمع عقود^(٣)، ومنه قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ...﴾^(٤)، وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ﴾^(٥) أي: أحكامه والمعنى: لا تعزموا على عقدة النكاح في زمان العدة^(٦).

(١) القاموس المحيط للفيروز آبادي ١/ ٢٩٩ باب: الدال، فصل: العين.

(٢) لسان العرب لابن منظور ٣/ ٢٩٨. باب الدال فصل العين.

(٣) المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي ٢/ ٤٢١ مادة عقد ط/ دار الفكر.

(٤) سورة المائدة، الآية [١].

(٥) سورة البقرة، الآية [٢٢٥].

(٦) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٣/ ١٩٢ ط/ دار عالم الكتب.

ثانياً: وفي الاصطلاح يطلق العقد على معنيين:

(أ) المعنى العام: فيراد بالعقد، ما يعقده العاقد على أمر يفعله هو أو يعقد على غيره فعله على وجه إلزامه إياه^(١) فيسمى البيع والنكاح والإجارة وسائر عقود المعاوضات عقوداً؛ لأن كل واحد منهما قد ألزم نفسه التمام عليه والوفاء به وأسمى اليمين على المستقبل عقداً؛ لأن الحالف قد ألزم نفسه الوفاء بما حلف عليه من فعل أو ترك والشركة والمضاربة ونحوها تسمى أيضاً عقوداً لما وصفنا من اقتضاءها الوفاء بما شرطه على كل واحد من الربح والعمل لصاحبه وألزمه نفسه وكذلك العهد والأمان؛ لأن معطيها قد ألزم نفسه الوفاء بها^(٢).

ومن هذا الإطلاق العام قول الألويسي^(٣) في تفسير قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٤):
المراد بها يعم جميع ما ألزم الله عباده وعقد عليهم من التكاليف والأحكام الدينية وما يعقدونه فيما بينهم من عقود الأمانات والمعاملات ونحوهما مما يجب الوفاء به^(٥).

(١) أحكام القرآن لأبي بكر الجصاص ٤١٦/٢.

(٢) ينظر: أحكام القرآن للجصاص ٤١٦/٢، أحكام القرآن لابن العربي ٨/٢، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٢٣/٦.

(٣) هو محمود بن شكري بن عبدالله بن محمود بن شهاب الدين البغدادي الألويسي ولد في بغداد (١٢٧٣ - ١٣٤٢ هـ)، وكان من المتمسكين بمنهج السلف الصالح، وكان إماماً وخطيباً لجامع أبي حنيفة في الأعظمية ببغداد لمدة أربعين عاماً، ودرس في مدارس بغداد وتخرج على يديه نخبة من العلماء من مؤلفاته: تفسير روح المعاني، مادل عليه القرآن مما يعضد الهيئة الجديدة، غاية الأماني في الرد على النبهاني، فصل الخطاب في شرح مسائل الجاهلية لمحمد بن عبد الوهاب، وغيرها من المؤلفات، ينظر: الأعلام للزركلي ٥٣/٨، البغداديون أخبارهم ومجالسهم تأليف إبراهيم بن عبدالغني الدروبي ط/ مطبعة الدروبي بغداد.

(٤) سورة المائدة، الآية [١].

(٥) تفسير روح المعاني لمحمود شكري الألويسي ٤٨/٦ ط/ دار إحياء التراث العربي.

(ب) المعنى الخاص: وبهذا المعنى يطلق العقد على ما ينشأ عن إرادتين لظهور أثره الشرعي في المحل أيعرف العقد بناء على هذا المعنى بأنه: ربط أجزاء التصرف بالإيجاب والقبول^(١).

وبهذا المعنى - أيضا - عرفه الزركشي^(٢) بقوله: «ارتباط الإيجاب بالقبول الالتزامي، كعقد البيع والنكاح وغيرهما»^(٣). وموضوع البحث هنا العقد بالمعنى الخاص.

المسألة الثانية: معنى المبتكرة:

قال ابن منظور^(٤): «والباكور من كل شيء: المعجل المجيء والإدراك، والأنثى باكورة وباكورة الثمرة منه. والباكورة: أول الفاكهة. وقد ابتكرت الشيء إذا استوليت

(١) ينظر البحر الرائق شرح كنز الدقائق لزين الدين بن إبراهيم بن محمد الشهير بابن نجيم ٢٧٦/٥ ط/ دار المعرفة، حاشية رد المحتار على الدر المختار لمحمد أمين بن عمر عابدين ٢/ ٦٧٥ ط/ دار عالم الكتب.

(٢) هو محمد بن بهادر بن عبد الله، أبو عبد الله، بدر الدين، الزركشي (٧٤٥ - ٧٩٤ هـ). فقيه شافعي أصولي. تركي الأصل، مصري المولد والوفاء. له تصانيف كثيرة في عدة فنون. من تصانيفه: "البحر المحيط" في أصول الفقه، و "إعلام الساجد بأحكام المساجد"، و "الديباج في توضيح المنهاج" في الفقه، "المنثور في القواعد" ويعرف بقواعد الزركشي. ينظر: الدرر الكامنة لابن حجر العسقلاني ٣/ ٣٩٧، الأعلام للزركلي ٦/ ٢٨٦.

(٣) المنثور في القواعد ٢/ ٣٩٧.

(٤) هو محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل الأنصاري، الرويفعي الإفريقي (٦٣٠ - ٧١١ هـ). الإمام اللغوي الحجة. خدم في ديوان الإنشاء بالقاهرة، ثم ولي القضاء في طرابلس، وعاد إلى مصر. فتوفي بها. قال الصفدي: لا أعرف في كتب الأدب شيئاً إلا وقد اختصره. من تصانيفه: "لسان العرب" و "مختار الأغاني"، و "مختصر- تاريخ دمشق لابن عساكر". ينظر: فوات الوفيات للكتبي ٤/ ٤٩٦، والأعلام للزركلي ٧/ ٣٢٩.

على باكورتته، وابتكر الرجل: أكل باكورة الفاكهة^(١). فهذا الاشتقاق اللفظي يدلنا على المعنى المراد وهو أن المبتكر يراد به من سبق غيره إلى الشيء، والمبتكر هو الشيء المسبوق إليه سواء أكان ذلك في المحسوسات أم المعنويات وسواء أكان في الأمور الحسنة أو القبيحة، فعلى هذا فهو متضمن لمعنى الاختراع والتجديد ومنه قول العراقي^(٢) في ألفيته منوها عن وضع الحديث:

لَهُمْ حَدِيثًا فِي فَضَائِلِ السُّورِ فَبَسَّسَ مَا ابْتَكَرَ^(٣)
وعلى هذا المعنى سار كثير من الفقهاء كقول القليوبي^(٤) في حاشيته: وَفِي هَذَا تَرْشِيحٌ

(١) لسان العرب ٧٧/٤ وينظر: الصحاح للجوهري باب الرأ والقاموس المحيط للفيروز آبادي باب الرأ فصل الباء.

(٢) هو عبد الرحيم بن حسين بن عبد الرحمن، أبو الفضل، زين الدين، (٧٢٥ - ٨٠٦ هـ). كردي الأصل، من كبار المحدثين الحفاظ، شافعي، أصولي لغوي، من مؤلفاته: "الألفية في علوم الحديث"، و"فتح المغيث شرح ألفية الحديث". و"المغني عن حمل الأسفار في تخريج ما في الإحياء من الآثار". و"نظم الدرر السنية في السيرة الزكية". ينظر: حسن المحاضرة في تاريخ مصر والقاهرة للسيوطي ١/٢٠٤، الضوء اللامع لأهل القرن التاسع للسخاوي ٤/١٧، معجم المؤلفين لعمر رضا كحالة ٥/٢٠٤.

(٣) تمت البيت والذي قبله، قوله:

نَحْوُ أَبِي عِصْمَةَ إِذْ رَأَى الْوَرَى زَعَمَ نَأْوَا عَنِ الْقُرْآنِ، فَافْتَرَى
لَهُمْ حَدِيثًا فِي فَضَائِلِ السُّورِ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ، فَبَسَّسَ ابْتِكَارَ
ينظر: فتح المغيث بشرح ألفية العراقي في علوم الحديث لأبي عبد الله محمد السخاوي ١/٣٩٣ ط/وزارة الشؤون الإسلامية بالسعودية.

(٤) هو أحمد بن أحمد بن سلامة، شهاب الدين القليوبي (ت ١٠٦٩ هـ). فقيه شافعي. من أهل قليوب في مصر. له حواش وشروح ورسائل. من مصنفاته: رسالة في فضائل مكة والمدينة وبيت المقدس، و"الهداية من الضلالة" في معرفة الوقت والقبلة، وحاشية على شرح المنهاج. ينظر: الأعلام للزركلي، وخلاصة الأثر في أعيان القرن الحادي عشر للمحبي ١/١٧٥.

إِلَى أَنَّ الرَّافِعِيَّ^(١) أَوَّلَ مَنْ ابْتَكَرَ تَرْجِيحَ وَاحِدٍ مِنَ الْخِلَافَاتِ الْمُتَعَدِّدَةِ وَتَبِعَهُ النَّوَوِيُّ^(٢) عَلَيْهِ مَعَ زِيَادَةِ تَمْيِيزِ الْأَقْوَالِ وَغَيْرِهَا^(٣). وَقَالَ ابْنُ السَّمْعَانِيِّ^(٤): لَا يُعْلَمُ قَبْلَ الشَّافِعِيِّ بِهِ تَصَرُّيحًا وَهُوَ رَحِمَهُ اللَّهُ قَدْ ابْتَكَرَ هَذِهِ الْعِبَارَةَ وَذَكَرَهَا فِي كُتُبِهِ^(٥).

(١) هو عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم، الرافعي، أبو القاسم (٥٥٧ - ٦٢٣ هـ). من أهل قزوين من كبار الفقهاء الشافعية. ترجع نسبته إلى رافع بن خديج الصحابي. من مصنفاته: الشرح الكبير الذي سماه: "العزیز شرح الوجیز للغزالي"، وقد تورع بعضهم عن إطلاق لفظ العزیز مجرداً على غير كتاب الله فقال: "فتح العزیز في شرح الوجیز"، و"شرح مسند الشافعي". ينظر: طبقات الشافعية للسبكي ١١٩/٥، فوات الوفيات لمحمد بن شاکر الکتبی ٣/٢، الأعلام للزركلي ١٧٩/٤.

(٢) هو يحيى بن شرف بن مري بن حسن، النووي (أو النواوي) أبوزكريا، محيي الدين (٦٣١ - ٦٧٦ هـ). من أهل نوى من قرى حوران جنوبي دمشق. علامة في الفقه الشافعي والحديث واللغة، تعلم في دمشق وأقام بها زمناً. من تصانيفه (المجموع شرح المذهب) لم يكمله، و"روضة الطالبين"، و"المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج"، ينظر: طبقات الشافعية للسبكي ١٦٥/٥، والأعلام للزركلي ١٨٥/٩، والنجوم الزاهرة ٢٧٨/٧.

(٣) حاشية قليوبي وعميرة ٣/١.

(٤) هو منصور بن محمد عبد الجبار، أبو المظفر، المعروف بابن السمعاني. (٤٢٦ - ٤٨٩ هـ) من أهل مرو. كان فقيهاً أصولياً مفسراً محدثاً متكلماً. تفقه على أبيه في مذهب أبي حنيفة حتى برع، ثم ورد بغداد ومنها إلى الحجاز، ولما عاد إلى خراسان دخل مرو وألقى عصا السفر، رجع عن مذهب أبي حنيفة وقلد الشافعي لمعنى من المعاني، وتسبب ذلك في قيام العوام عليه، فخرج إلى طوس ثم قصد نيسابور... من تصانيفه: "القواطع في أصول الفقه"، و"البرهان" في الخلاف وهو يشتمل على قريب من ألف مسألة خلافية، و"تفسير القرآن" ينظر: طبقات الشافعية لابن السبكي ٢١/٤، والنجوم الزاهرة في ملوك مصر والقاهرة لابن تغري بردي ١٦٠/٥، ومعجم المؤلفين لكحالة ٢٠/١٣.

(٥) البحر المحيط للزركشي، كتاب التعادل والترجيح ٧/٤٠٤.

المسألة الثالثة: المقصود بالعقود المبتكرة:

هي العقود الجديدة المعاصرة، التي لم يسبق تناولها عند الفقهاء السابقين، على النحو الوارد في هذا البحث.

الفرع الثاني: معنى التمويل والاستثمار.

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: معنى التمويل:

مصدر مَوَّلَ يَمُولُ تمويلاً، ومول: الميم والواو واللام كلمة واحدة، هي تَمَوَّلَ الرَّجُلُ: اتَّخَذَ مَالاً، وَمَالَ يَمَالُ: كَثُرَ مَالُهُ^(١). والمال: مَا مَلَكَتَهُ مِنْ كُلِّ شَيْءٍ^(٢)، ويقال: تَمَوَّلَ فلان مَالاً إِذَا اتَّخَذَ قَنْبِيَةً؛ ومنه قول النبي ﷺ: (فَلْيَأْكُلْ مِنْهُ غَيْرُ مُتَمَوِّلٍ مَالاً، وَغَيْرُ مُتَأَثِّلٍ مَالاً)^(٣)، والمعنيان مُتَقَارِبَانِ، وَتَمَوَّلَ مثله، وَمَوَّلَهُ غيره. وفي الحديث: (مَا جَاءَكَ مِنْهُ وَأَنْتَ غَيْرُ مُشْرِفٍ عَلَيْهِ فَخُذْهُ وَتَمَوَّلْهُ)^(٤)، أي اجعله لك مَالاً. والفرق بين التمول والتمويل، أن: تَمَوَّلَ الرجل صار ذا مالٍ وَمَوَّلَهُ غيره تَمَوِّلاً^(٥). فعلى هذا فالتمويل هو أن يعطي غيره المال أو يعطيه غيره وتمول هو صيرورته ذا مال سواء بكد نفسه أو إعطاء غيره. وبناء على هذا، يمكن الوصول إلى معنى التمويل، المراد به هنا: أنه حصول الإنسان على المال من غيره.

(١) معجم مقاييس اللغة لابن فارس باب الميم والواو وما يثلثهما ٢٢٩/٥.

(٢) القاموس المحيط فصل الميم ١٦٧/٣.

(٣) رواه البخاري في صحيحه، كتاب الوصايا، باب نفقة القيم في الوقف ٢٦٧٨ ومسلم في كتاب الوصية، باب الوقف برقم ٤١٧٨.

(٤) قوله: «تَمَوَّلْهُ» عند مسلم برقم ٢٣٩٥ وأصل الحديث في الصحيحين بدون هذه اللفظة رواه البخاري، كتاب الزكاة باب: من أعطاه الله شيئاً بغير مسألة برقم ١٤٥٥ ومسلم في كتاب الزكاة،

باب: إباحة الأخذ لمن أعطي بغير مسألة برقم ٢٣٥٨.

(٥) مختار الصحاح باب الميم ص ٥٩٦.

المسألة الثانية: معنى الاستثمار:

ويتضمن فقرتين:

معنى الاستثمار في اللغة:

مصدر استثمر يستثمر، وهو للطلب بمعنى طلب الاستثمار، وأصله من الثمر، وهو له عدة معانٍ منها ما يحمله الشجر وما ينتجه، ومنها الولد حيث يُقال: الولد ثمرة القلب، ومنها أنواع المال.

ويقال: ثمر - بفتح الميم - الشجر ثمرًا أي أظهر ثمره، وثمر الشيء أي نضج وكمل، ويقال: ثمر ماله أي كثر، وأثمر الشجر أي بلغ أوان الإثمار، وأثمر الشيء أي أتى نتيجه، وأثمر ماله - بضم اللام - أي كثر، وأثمر القوم: أطعمهم الثمر، ويقال: استثمر المال وثمره - بتشديد الميم - أي استخدمه في الإنتاج، وأما الثمرة فهي واحدة الثمر فإذا أضيفت إلى الشجر فيقصد بها حمل الشجر، وإلى الشيء فيراد بها فائدته، وإلى القلب فيراد بها مودته وجمع الثمرة: ثمر - بفتح الثاء والميم - وثمر - بضمهما - ثمار وأثمار^(١).

وأما لفظ الاستثمار فلم يرد في كتب اللغة بمعناه الاقتصادي، ولذلك جاء في المعجم الوسيط: الاستثمار: استخدام الأموال في الإنتاج إما مباشرة بشراء الآلات، وإما بطريقة غير مباشرة ك شراء الأسهم والسندات^(٢). ثم وضع رمز (مج) الذي يدل على أن هذا المعنى هو من وضع مجمع اللغة.

الاستثمار في الاصطلاح:

الاستثمار لفظ محدث، كما مر في المعنى اللغوي له، لكن ورد لفظ "الثمار" في عُرف الفقهاء عندما تحدثوا عن السفية والرشيد فقالوا: الرشيد هو القادر على تثمار أمواله وإصلاحها، والسفيه هو غير ذلك، وجاء عن الإمام مالك: «أن الرشيد: تثمار المال، وإصلاحه فقط»^(٣)، وأرادوا بالثمار ما نطلق عليه الاستثمار اليوم.

(١) لسان العرب، ٤/ ١٠٦ ط. دار المعارف، المعجم الوسيط مادة: "ثمر" (١/ ١٠٠).

(٢) المعجم الوسيط (١/ ١٠٠) مادة: "ثمر".

(٣) بداية المجتهد، ط. الحلبي (٢/ ٢٨١)، ينظر: الهداية للمرغيناني ٧/ ٣٩٨، الحاوي للهاوردي

١٠/ ٢٣٠، المبدع شرح المقنع ٢/ ٣٩٩.

وعلى هذا يمكن تعريف الاستثمار بأنه: طلب تنمية المال وتكثيره، على الوجه المشروع.

الفرع الثالث: معنى الصكوك:

جمع صك، والصاد والكاف أصل يدل على تلاقي شيئين بقوة وشدة، حتى كأن أحدهما يضرب الآخر. من ذلك قولهم: صَكَّكْتُ الشيءَ صَكًّا، والصَّكَّكُ: أن تصطك رُكبتا الرَّجُل، وصَكَّ الباب: أغلقه بعنفٍ وشدة^(١). وقد يطلق الصَّكُّ على: الكتاب، فارسيٍّ معرَّب، وجمعه أَصْكَ وصُكُوكٌ وصِكاك، وكانت الأرزاق تسمى صِكاكاً لأنها كانت تُخَرَّجُ مَكْتُوبَةً^(٢)، ومنه الأثر: في النهى عن شراء الصِّكاك والقُطُوط^(٣)، وفي حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال لَمَرُوانَ: (أَحْلَلْتَ بَيْعَ الصِّكاكِ)^(٤)، والصكاك جمع صك، وهو الورقة المكتوبة بدين، ويجمع أيضاً على صكوك، والمراد هنا: الورقة التي تخرج من ولي الأمر بالرزق لمستحقه؛ بأن يكتب فيها للإنسان كذا وكذا من طعام أو غيره، فيبيع صاحبها ذلك لإنسان قبل أن يقبضه^(٥).

(١) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٣/ ٢٧٦.

(٢) لسان العرب كتاب الكاف باب الصاد ١٠/ ٤٥٦.

(٣) رواه ابن أبي شيبة في المصنف، كتاب البيوع، باب: بيع صكاك الرزق ٥/ ١٢٥، برقم ١٦٨٢٧: عن الزهري أن ابن عمر وزيد بن ثابت كانا لا يريان بأسا بشرى الرزق إذا أخرجت القطوط، وهي الصكاك، ويقولون: لا تبعه حتى تقبضه.، ورواه عبد الرزاق في مصنفه ٨/ ٢٨، كتاب البيوع: باب الأرزاق قبل أن تقبض، عن الزهري أن زيد بن ثابت وابن عمر كانا لا يريان بيع القطوط - إذا خرجت - بأسا، قالوا: ولكن لا يحل لمن ابتاعها أن يبيعها حتى يقبضها. اهـ. والقطوط: جمع قط، وهو الكتاب والصك يكتب للإنسان فيه شيء يصل إليه. والقِطُّ: النَّصيب. وأراد بها الأرزاق والجوائز التي كان يكتبها الأمراء للناس إلى البلاد والعَمَل. ينظر: النهاية في غريب الحديث لابن الأثير ٤/ ٨١.

(٤) رواه مسلم في كتاب البيوع، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض برقم ٣٨٠٣.

(٥) شرح النووي على صحيح مسلم ١٠/ ١٣٧.

المطلب الثاني

تعريف الصكوك الإسلامية باعتبارها علما ولقبا

عرفها مجمع الفقه الإسلامي بأنها: أوراق مالية متساوية القيمة تمثل أعياناً، ومنافع، وخدمات معاً - أو إحداهما، مبنية على مشروع استثماري يدر دخلاً^(١).

يؤخذ على هذا التعريف:

- ١- أنه غير مانع من دخول الصكوك المخالفة للشرعية الإسلامية فيه.
- ٢- أنه لا يلزم في الصكوك من تساوي قيمتها أثناء تدوالها، بل إن التساوي يكون عند الإصدار^(٢).

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، العدد ١٥ الجزء ٢ ص ٣٠٩ والبحوث المنشورة حول الموضوع ص ١٣ - ٣٠٨.

(٢) نص قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره الرابع بجدة في المملكة العربية السعودية ١٤٠٨ قرار رقم: ٣٠ (٤/٣) بشأن سندات المقارضة وسندات الاستثمار، الفقرة ج من العنصر- الثالث: على بيع الصكوك يكون بما يترضى عليه الطرفان (البائع والمشتري). اهـ وينظر المعيار الشرعي رقم (١٧) البند رقم ٥/٢/٥ من المعايير الشرعية التي تصدر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية الذي قرر: أن استرداد الصكوك يكون بسعر السوق أو بما يتفق عليه الطرفان اهـ. وذلك لأن كل صك - بما يمثله من أعيان أو منافع أو خدمات أو ديون أو منها جميعاً أو من بعضها - هو وثيقة ملكية مستقل بذاته عن مصدره، يحدد سعره المتبايعان؛ وهذا يرجع إلى طبيعة الصكوك الإسلامية؛ حيث إنها أنواع متعددة تمثل عقوداً مختلفة مخرجة على أبواب الفقه المعروفة، فتساوي القيمة في الإصدار الواحد خلال فترة سريانه، يختلف من عقد إلى عقد، كما أن من الفروق الجوهرية بين الصكوك والأسهم، أن هيكل إصدار الصكوك يجعل العائد عليها وثمرتها في السوق أقل تقلباً. ينظر: بحث بعنوان: الصكوك الإسلامية وتطبيقاتها للقري ص ٣)، فلهذا فإن قيمة الصكوك تختلف حسب الكمية المتداولة، وكيفية تدوالها والتصرف فيها، وهذا يختلف من مالك إلى آخر، كما أن من شروط البيع: أن يكون عن تراضي: لقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَتْ فِتْنَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]، ولا يجوز إلزام البائع أو المشتري بقيمة معينة، لا يبيع إلا بها، فإذا كان كذلك فلا يلزم مالك الصك بالبيع بالقيمة السوقية بل بما يراه محققاً لمصلحته بأقل أو أكثر من سعر السوق، ولهذا يرى الباحث أن القيمة السوقية للصكوك استرشادية لا إلزامية، ويرجع إليها عند الاختلاف في القيمة.

وعرفها أحد الباحثين بأنها: أوراق مالية ذات مدة قابلة للتداول تثبت ملكية حاملها لأصل مولد لدخل دوري^(١).

يؤخذ على هذا التعريف إضافة إلى ماسبق:

١ - أنه لم يبين حقيقة ما تمثله تلك الصكوك ؛ إذ أنها لم تعد من الأموال إلا بسبب ما تمثله من أعيان أو منافع أو خدمات.

٢ - أنه قيد الصكوك بكونها ذات مدة، بمعنى أنه لا بد من تحديد مدة معينة لإطفاء الصكوك وهذا غير لازم، عند الإصدار^(٢).

وعرفها أحد الباحثين أيضاً بأنها: وثائق متساوية عند إصدارها، تمثل حصصاً شائعة في ملكية أعيان أو منافع أو خدمات، أو في موجودات مشروع معين أو نشاط استثماري خاص^(٣).

ويلحظ على هذا التعريف:

- (١) أنه غير مانع من دخول الصكوك المخالفة للشريعة الإسلامية فيه.
- (٢) أن فيه تكراراً لأن موجودات مشروع معين أو نشاط استثماري خاص، لا تخرج عن كونها أعياناً أو منافع أو خدمات، سواء أكانت الحصص تمثلها على سبيل الأفراد أم بالاجتماع بينها أو بين بعضها.

(١) ينظر بحث بعنوان: الصكوك الإسلامية وتطبيقاتها: للدكتور محمد علي القري بن عيد ص/ ٢ مقدم للدورة التاسعة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي.

(٢) ينظر: المعيار الشرعي رقم (١٧) البند رقم ١٠ / ١ / ٥ من المعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ص ٢٤٩.

(٣) ينظر صكوك الإجارة لحامد ميرة ص ٨٨.

التعريف المختار للصكوك الإسلامية:

أنها: إثباتات (قيود أو وثائق) متساوية عند إصدارها، تمثل حصصاً شائعة في ملكية أعيان أو منافع أو خدمات على سبيل الأفراد أو الاجتماع بينها أو بين بعضها، مبنية على مشروع استثماري مباح شرعاً يدر دخلاً.

المبحث الثاني أنواع وخصائص الصكوك الإسلامية

وفيه مطلبان:

المطلب الأول أنواع الصكوك الإسلامية:

- ١- صكوك لأمالك موعود باستئجارها، بغرض بيعها و استيفاء ثمنها من حصيلة الاكتتاب فيها، وتصبح مملوكة لحملة الصكوك .
- ٢- صكوك ملكية المنافع: وهي وثائق متساوية القيمة يصدرها مالك عين موجودة بغرض إجارة منافعها، واستيفاء أجرتها من حصيلة الاكتتاب وتصبح منفعة مملوكة لحملة الصكوك .
- ٣- صكوك ملكية منافع الأعيان الموجودة أو (الموصوفة في الذمه): وهي وثائق متساوية القيمة يصدرها مالك منفعة موجودة (مستأجر) بغرض إعادة إيجارها و استيفاء أجرتها من حصيلة الاكتتاب فيها، وتصبح منفعة مملوكة لحملة الصكوك .
- ٤- صكوك ملكية الخدمات من طرف معين أو (من طرف موصوف في الذمه): وهي وثائق متساوية القيمة تصدر بغرض تقديم الخدمة من طرف معين واستيفاء الأجرة من حصيلة الاكتتاب فيها، وتصبح تلك الخدمات مملوكة لحملة الصكوك .
- ٥- صكوك السلم: وهي وثائق متساوية القيمة تصدر لتحصيل رأس مال السلم، وتصبح سلعة السلم مملوكة لحامل الصكوك .
- ٦- صكوك الاستصناع: وهي وثائق متساوية القيمة تصدر لاستخدام حصيلة الاكتتاب فيها في تصنيع سلعة، ويصبح المصنوع مملوكاً لحامل الصكوك .
- ٧- صكوك المراجعة: وهي وثائق متساوية القيمة تصدر لتمويل شراء سلعة مربحة، وتصبح سلعة المراجعة مملوكة لحامل الصكوك .

- ٨- صكوك المشاركة: وهي وثائق متساوية القيمة تصدر لاستخدام حصيلتها في إنشاء مشروع، أو تمويل نشاط على أساس المشاركة، ويصبح المشروع ملكاً لحامل الصكوك، وتدار صكوك المشاركة على أساس الشركة أو على أساس المضاربة .
- ٩- صكوك الشركة: وهي وثائق مشاركة تمثل مشروعات تدار على أساس الشركة بتعيين أحد الشركاء لإدارتها .
- ١٠- صكوك المضاربة: وهي وثائق مشاركة تمثل مشروعات تدار على أساس المضاربة بتعيين مضارب من الشركاء لإدارتها .
- ١١- صكوك الوكالة بالاستثمار: وهي وثائق مشاركة تمثل مشروعات تدار على أساس الوكالة بالاستثمار ويعين وكيل من حملة الصكوك لإدارتها .
- ١٢- صكوك المزارعة: وهي وثائق متساوية القيمة تصدر لاستخدام حصيلة الاكتتاب فيها في تمويل مشروع للمزارعة، ويصبح لحملة الصكوك حصة في المحصول .
- ١٣- صكوك المساقاة: وهي وثائق متساوية القيمة تصدر لاستخدام الاكتتاب فيها في سقي أشجار مثمرة، ورعايتها على أساس عقد المساقاة، ويصبح لحملة الصكوك حصة من الثمرة .
- ١٤- صكوك المغارسة: وهي وثائق متساوية القيمة تصدر لاستخدام الاكتتاب فيها في غرس أشجار على أساس عقد المغارسة، ويصبح لحملة الصكوك حصة في الأرض و الغرس^(١) .

(١) ينظر: تصنيف هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (AAOIFI)، ومقال بعنوان: "الصكوك الإسلامية" للمستشار المالي أحمد بن عبد الرحمن الجبير منشور في جريدة الرياض العدد ٣٢٠٥٥١ وتاريخ ٢٤/٢/٢٠٠٨م. وبحث بعنوان "الصكوك الإسلامية" للدكتورة صفية أبو بكر ص ٨-١٢ مقدم لمؤتمر المصارف الإسلامية بين الواقع والمأمول المنعقد في دبي ٣١ مايو - ٣ يونيو ٢٠٠٩م، وسيأتي تعريف بعض هذه الصكوك في موضعه.

المطلب الثاني

خصائص الصكوك الإسلامية:

الخصيصة الأولى: الصك يعد سنداً لإثبات حق، يصدر باسم مالكه أو لحامله، بفئات متساوية.

الخصيصة الثانية: الصك يمثل حصة شائعة في ملكية أصول مالية سواء كانت أعياناً أو منافعاً أو خدمات، ولا يمثل ديناً بفائدة، لحامله في ذمة مصدره.

الخصيصة الثالثة: الصكوك تصدر عن جهة مالكة لأصول مالية ترغب في بيعها واستيفاء ثمنها من حصيلة الصكوك، وتمثل هذه الصكوك حصة شائعة في هذه الأصول بعد شرائها، أو يصدر عن الجهة التي ترغب في استثمار حصيلة هذه الصكوك^(١).

الخصيصة الرابعة: أنها تنتهي باسترداد حامل الصك لرأسه في نهاية المدة المحددة للصكوك وفي التطبيقات الصحيحة، لا يكون ذلك على أساس الضمان (أي أن يضمن مصدر الصكوك رأس المال)، وإنما مرده طبيعة الاستثمار وهيكل الإصدار ويستثنى من ذلك حالات التعدي والتفريط^(٢).

الخصيصة الخامسة: لا تتضمن الصكوك الإسلامية ضماناً لرأس المال المدفوع -قيمة الإصدار-، ولا الأرباح.

الخصيصة السادسة: كونها خاضعة لأحكام الشريعة الإسلامية بصفة عامة، فإذا خرجت عن هذا الإطار؛ فليست من الصكوك الإسلامية.

(١) ينظر: بحث بعنوان: "صكوك الاستثمار الإسلامي" ص ١ للدكتور: حسين حامد حسان مقدم للدورة التاسعة عشرة بمجمع الفقه الإسلامي.

(٢) ينظر بحث بعنوان: "الصكوك الإسلامية وتطبيقاتها المعاصرة" ص ٢ للدكتور: علي القرني مقدم للدورة التاسعة عشرة بمجمع الفقه الإسلامي.

الخصيصة السابعة: أن المقصود من إصدارها هو التمويل بالنسبة للمصدر، واستثمار رؤوس الأموال بالنسبة لحامل الصك، وبالتالي فهي تدر دخلاً متوقعاً، بعد البدء في المشروع.

الخصيصة الثامنة: قابلية الصكوك الإسلامية للتداول في الجملة، وذلك بالتصرف فيها بكافة الطرق الشرعية، كالبيع والرهن والهبة، وغيرها.

الخصيصة التاسعة: إصدار الصكوك الإسلامية يرتب علاقات شرعية متعددة بين المشاركين في عملية الإصدار، فعلاقة حملة الصكوك بمصدرها تتحدد على أساس العقد الشرعي الذي تصدر الصكوك على أساسه.

الخصيصة العاشرة: تصدر الصكوك لآجال متفاوتة، وقد تصدر دون تحديد أجل في بعض الحالات، وذلك حسب طبيعة عقود الاستثمار التي تصدر الصكوك على أساسها.

الخصيصة الحادية عشرة: حملة الصكوك يتحملون الغرم ويشاركون في الغنم^(١).

* * * * *

(١) ينظر بحث بعنوان: "صكوك الاستثمار الإسلامي" للدكتور: حسين حامد حسان مقدم للدورة التاسعة عشرة بمجمع الفقه الإسلامي ص ٨-١١ بتصرف، واختصار وينظر قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم ١٧٨ (٩/٤) في دروته التاسعة عشرة البند ثانياً.

المبحث الثالث

أحكام المعايير العامة للصكوك

وجد لكثير من الصكوك الإسلامية معايير تحاكي فيها السندات التقليدية - وليست صبغة عامة في جميع الصكوك - ذكرها بعض الباحثين^(١)؛ ولهذا قسمت هذا المبحث بحسب المعايير إلى خمسة مطالب:

المطلب الأول

حكم التوزيع الدوري على حملة الصكوك

وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: المقصود بهذا المعيار:

هو أن يكون احتساب الأرباح لحملة الصكوك، مبنيًا على سعر مؤشر معين كاللايبور والسايبور وغيرها^(٢)، وتتميز هذه المؤشرات أنها غير ثابتة، وغير مستقرة^(٣). إذ إنها

(١) ينظر: بحث بعنوان "الصكوك وتطبيقاتها المعاصرة" للقاضي تقي الدين عثمان ص ٢ مقدم للدورة التاسعة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي الدولي.

(٢) المقصود باللايبور (LIBOR) والمؤشرات المماثلة: - هو اختصار للجملية التالية:

(The London Inter bank offer Rate)

وتعني معدل سعر الإقراض بين البنوك في لندن، ويتحدد اللايبور بواسطة البنوك الكبرى في لندن، عند احتسابها الفائدة على الودائع فيما بينها، ويحدد هذا السعر يوميا من الساعة الحادية عشر - لآجال تتراوح بين شهر واثنى عشر شهرا، وتسمى النسبة التي تضاف على هذا السعر بالهامش spread، وتتوقف نسبة الهامش على مدى ظروف السوق النقدي، ومدى توافر السيولة لدى البنوك، ونسبة التضخم وأجل الائتمان الممنوح، وتتراوح نسبة الهامش عادة بين ٢٥٪ و ٢٪، هذا مع العلم بأن فكرة سعر اللايبور قد اتسعت لتشمل أسعارا أخرى مثيله، مثل السايبور: sibor أي سعر الإقراض بين البنوك السعودية، والكايبور: Kibor أي سعر الإقراض بين البنوك الكويتية. ينظر بحث بعنوان: "نحو مؤشر إسلامي للمعاملات المالية الآجلة" للدكتور حسين شحاتة، منشور في حولية البركة، العدد الرابع عام ١٤٢٣هـ ص ٢١١.

(٣) المرجع السابق.

تختلف من وقت لآخر حسب توفر السيولة لدى البنوك، ومدى قياس النقد في محيط السوق الذي تمثله تلك المؤشرات.

ولهذا فإنه يمكن تقسيم واقع الصكوك من حيث اعتمادها على بيان نسبة الربح في نشرة الإصدار إلى أربعة أقسام:

١- أن يلتزم قابض المال بواسطة الصكوك بتوفير عائد معين، مرتبط بمؤشر فائدة، على رأس مال الصك^(١).

٢- أن يتعهد مصدر الصك بضمان الربح لحملة الصكوك^(٢) من غير ارتباط بمؤشر فائدة. ويلاحظ في النوعين السابقين النص على التوزيع الدوري للأرباح.

٣- الوعد غير الملزم بدفع الربح بنسبة معلومة^(٣).

٤- توقع الربح: بأن يذكر في الصك بأن مصدر الصك يتوقع نسبة في الربح قدرها كذا^(٤).

الضلع الثاني: الدوافع الحاملة على تبني هذا المعيار في الصكوك الإسلامية؛

يرجع اعتماد هذا المعيار في الصكوك الإسلامية - من وجهة نظر الباحث - إلى سببين أحدهما يشد الآخر:

(١) ينظر نشرة الإصدار المختصرة لصكوك درة الخليج بالبحرين وصكوك التأجير الإسلامية الحكومية بالبحرين.

(٢) ينظر: نشرة الإصدار المختصرة والهيكل التمويلي لصكوك شركة لاجون سيتي بدولة الكويت.

(٣) ينظر نشرة الإصدار المختصرة لصكوك التأجير الإسلامية الصادرة عن وزارة المالية والاقتصاد الوطني بالسودان.

(٤) ينظر نشرة الإصدار المختصرة لصكوك الاستثمار الحكومية الصادرة عن شركة السودان للخدمات المالية.

السبب الأول: أن الصكوك الإسلامية تعد في الأصل بديلاً - مصبوغاً بصبغة شرعية - عن السندات التقليدية^(١)، التي تمثل قناة من قنوات الاستثمار والتمويل المعاصر، وتم نقلها من الصورة التقليدية إلى الصورة الشرعية، مع الإبقاء على بعض العناصر - وإن كانت مخالفة للأحكام الشرعية - التي تمثل إحدى الركائز الأساسية في تلك السندات، ولم تستطع تلك الصكوك الفكك منها؛ بسبب تلك المنظومة الفكرية، التي تعتمد اعتقاد الحكم قبل النظر في الدليل، أو على كون السندات التقليدية هي المرجع في تصور العمل بتلك الصكوك، أو أن النظم والقوانين التي تعمل من خلالها تلك الصكوك؛ تلزم باتباع ذات النهج المطبق في السندات التقليدية.

ولهذا فإنه بالنظر إلى السند نجد أنه ينبغي على ثلاثة عناصر:

العنصر الأول: المقرض وهو حامل السند. والعنصر الثاني: المقترض وهو مصدر السند والذي يلتزم بدفع أرباح دورية على فترات محددة (سنوية أو نصف سنوية في

(١) السند هو: شهادة يلتزم المصدر بموجها أن يدفع لحاملها القيمة الاسمية عند الاستحقاق، مع دفع فائدة متفق عليها منسوبة إلى القيمة الاسمية للسند، أو ترتيب نفع مشروط سواء أكان جوائز توزع بالقرعة أم مبلغاً مقطوعاً أم حساباً. (ينظر قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم: ٦٠ / ١١) بشأن السندات، المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية ١٤١٠ / ١٩٩٠ م)، وأبرز الفروق بين السندات التقليدية والصكوك الإسلامية مايلي:

١ - أن قيمة الصكوك الإسلامية الاسمية ليست مضمونة على المصدر ومن ثم لا تكون ديناً في ذمة المصدر.

٢ - العائد على الصكوك ليس فائدة مرتبة على القيمة الاسمية وإنما هي ربح مصدره النشاط الذي استخدمت فيه أموال حملة الصكوك. أو الإيراد المتولد من الأصول التي يملكونها بموجب الصكوك. (ينظر بحث بعنوان: الصكوك الإسلامية وتطبيقاتها للدكتور: علي القرني ص ٣٥) - أن حقيقة السندات توثيق لقروض نقدية لازمة الرد مع زيادة، بينما تمثل الصكوك الإسلامية عقود معاوضات شرعية معرضة للربح والخسارة.

الغالب)، تبعا لقيمة السند وطريقة إصداره، ولا يتوقف دفع هذه الأرباح على حصول الربح في المشروع الذي أصدرت السندات لتمويله، بل يلتزم بدفعها على كل حال. والعنصر- الثالث: هو السند الذي يثبت حقا لمالكه في الأرباح إضافة إلى قيمة السند الأصلية، التي تتغير نتيجة العرض والطلب باعتبارها ورقة مالية تمثل حقا معيناً^(١).

ولذلك فإن السند يعد في حقيقته قرضا بفائدة^(٢) وهو عين ربا النسيئة المحرم شرعاً^(٣). ومن هذا المنطلق تم استقاء نظرية التوزيع الدوري للأرباح وفقا لمؤشر اللابور، أو غيره من المؤشرات، في معزل عن الربح الفعلي للنشاط الاستثماري.

السبب الثاني: أن الصكوك تؤدي -في حقيقتها- ذات الغرض الذي تؤديه السندات، وهو الاستثمار والتمويل. والاستثمار هو حاجة مشتري الصك، والتمويل هو حاجة المصدر، ولا يتحقق التمويل إلا بالإقدام على الاستثمار في تلك الصكوك، ولا يوجد ما يغري المستثمر بتلك الصكوك؛ إلا ضمان الربح وفق نسبة متفق عليها سلفاً، تضمن عدم تحايل الجهة المصدرة، في إنقاص الربح المستحق، أو ادعاء خسارة رأس المال، ولهذا تم اللجوء إلى هذا المعيار في الصكوك الإسلامية.

(١) ينظر الأسواق المالية وأدواتها المشتقة، محمد محمود حبش ص ١١٧، أساسيات الاستثمار العيني والمالي د. ناظم محمد الشمري وطاهر فاضل البياتي، وأحمد زكريا صيام، ٢١٥. بتصرف واختصار.

(٢) ينظر في توصيف حقيقة السند: معجم الاقتصاد لكريستوفر باس وآخرين ترجمة عمر الأيوبي ص ٤٧، والموسوعة الاقتصادية، للدكتور راشد البراوي ص ٣١٤.

(٣) وذهب إلى تحريم السندات إصداراً وتداولاً عامة أهل العلم المعاصرين إلا من شذ، وبتحريمه صدر مجمع الفقه الإسلامي الدولي في قراره رقم ٦٠ (١١/٦) للاستزادة ينظر: أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة، للدكتور مبارك آل سليمان ١/ ٢٢٤.

الفرع الثالث: حكم هذا المعيار:

لا يمكن إصدار حكم عام على جميع أنواع الصكوك، التي تتعامل بهذا المعيار؛ وذلك لأن كل نوع من أنواع الصكوك يمثل عقداً في حد ذاته، فبينما أجاز بعض الباحثين اعتماد مؤشر اللابور في صكوك الإجارة^(١)، نجد أن بعضهم الآخر منع الاعتماد على هذا المعيار في تحديد نسبة الربح بشكل عام في الصكوك دون الدخول في التفاصيل^(٢)، ويمكن القول - بوجه عام - : إنه إذا كان توزيع أرباح الاستثمار على حاملي الصكوك، مبنياً على تلك المؤشرات، ولم يبين على مقدار الربح الفعلي، كما أن تلك الأرباح غير متعلقة بالنشاط الاستثماري، وإنما يكون ارتباط نسبة الربح (المؤشر) بالمبلغ المدفوع مقابل تلك الصكوك بغض النظر عن ماهية النشاط الاستثماري وأرباحه الفعلية - سواء كان متعلقاً بالأعيان أو المنافع أو الخدمات - ؛ مما يقلب العقد في حقيقته إلى عقد قرض ربوي يماثل السندات التقليدية^(٣). ويمكن بيان المماثلة من وجهين:

الأول: ضمان الربح:

ففي تعهد مصدر الصكوك بدفع الربح بناء على المؤشر مشابهة لالتزام مصدر السند الربوي بدفع فائدة دورية على القيمة الإسمية للسند، معتمداً في ذلك على تلك المؤشرات، كما أن هذا الربح الحاصل، إنما هو في مقابل رأس المال المدفوع، فيكون ضمانه ولزوم تحققه؛ مؤدياً إلى لزوم ضمان رأس المال؛ لأن الربح في الأصل لا يسمى ربحاً إلا إذا وجد رأس المال، فإذا نقص رأس المال، أو لم يمكن استرداده؛ لم يسم ربحاً، قال ابن

(١) ينظر: صكوك الإجارة وتطبيقاتها لحامد ميرة ٢٢٩-٢٣٣.

(٢) ينظر: بحث بعنوان "الصكوك وتطبيقاتها المعاصرة" للقاضي تقي الدين عثمانى ص ٢ مقدم للدورة

التاسعة عشرة في مجمع الفقه الإسلامي الدولي ص ٥.

(٣) المرجع السابق.

قدامة^(١): «الربح هو الفاضل عن رأس المال. وما لم يفضل فليس بربح. ولا نعلم في هذا خلافاً»^(٢) اهـ وإذا كان كذلك فإن ضمان ربح معين - على رأس المال - معلوم أو سيؤول إلى العلم؛ يقودنا إلى معرفة حقيقة العقد، وهو قرض بربح معين مؤجل، وهو الربا بعينه، ولا يغير من هذه الحقيقة، تسمية ذلك ربحاً، فإن الكفار سمو الربا بيعاً فأنكر الله تعالى عليهم ذلك^(٣): ﴿الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذَٰلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُولَٰئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ﴾^(٤)، وذلك لأن اشتراط ضمان الربح يقطع الشركة فيه

(١) هو عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة (ت ٦٢٠ هـ). من أهل جماعيل من قرى نابلس بفلسطين. خرج من بلده صغيراً مع عمه عندما ابتليت بالصليبيين، واستقر بدمشق، واشترك مع صلاح الدين في محاربة الصليبيين. رحل في طلب العلم إلى بغداد أربع سنين ثم عاد إلى دمشق. قال ابن غنيمه: «ما أعرف أحداً في زمانى أدرك رتبة الاجتهاد إلا الموفق»، وقال عز الدين بن عبد السلام: «ما طابت نفسي بالإفتاء حتى صار عندي نسخة من المغني للموفق ونسخة من المحلى لابن حزم»، من تصانيفه "المغني في الفقه شرح مختصر الحرقى" و"الكافي"، و"المقنع" و"العمدة" وله في الأصول "روضة الناظر". ينظر: ذيل طبقات الحنابلة لابن رجب ص ١٣٣ - ١٤٦، والبداية والنهاية لابن كثير في حوادث سنة ٦٢٠ هـ، وتقديم "كتاب المغني" لمحمد رشيد رضا، والأعلام للزركلي ١٩١/٤.

(٢) المغني لابن قدامة ١٠٩/٧.

(٣) قال الجصاص (أحكام القرآن ١/ ٦٤١): وأما قوله تعالى: ﴿ذَٰلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا﴾ حكاية عن المعتقدين لإباحته من الكفار أفزعوا أنه لا فرق بين الزيادة المأخوذة على وجه الربا وبين سائر الأرباح المكتسبة بضروب البياعات أو جهلوا ما وضع الله أمر الشريعة عليه من مصالح الدين والدنيا؛ فذمهم الله على جهلهم وأخبر عن حالهم يوم القيامة وما يحل بهم من عقابه.

(٤) سورة البقرة، الآية [٢٧٥].

(الربح)؛ إذ قد يربح المال وقد لا يربح، وإن ربح فقد يكون مثل المشروط أو أقل منه، وحينها لا يكون هناك شركة فعلية بين الطرفين، وهذا الشرط يبطل عقد الشركة قياساً على تحريم اشتراط جزء معلوم من الربح، بل ضمان الربح أشد في النهي؛ لكون الزائد على رأس المال لازم في ذمة الشريك، ويجب سداذه، سواء ربح المال أم خسر، أما اشتراط جزء معلوم من الربح فلا يضمن إلا عند تحقق الربح؛ وقد نص جمع من أهل العلم على بطلان اشتراط جزء معلوم من الربح، جاء في المدونة: «قلت: أرأيت إن أخذ المال على أن لرب المال درهما من الربح خاصاً وما بقي بعد ذلك فهو بينهما فعمل على ذلك فربح أو وضع؟ قال: يكون الربح لرب المال والنقصان عليه ويكون للعامل أجر مثله^(١). وجاء فيها أيضاً: وقد ذكر الليث بن سعد^(٢) عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن^(٣) أنه كان يقول في رجل دفع إلى رجل مالا قراضاً يتجر فيه سنة ثم يتحاسبان فيكون الربح بينهما. قال: لا يحل أن

(١) المدونة ٣/٦٤٦.

(٢) هو الليث بن سعد بن عبد الرحمن الفهمي، بالولاء، أبو الحارث. (٩٤ - ١٧٥ هـ) إمام أهل مصر في عصره حديثاً وفقهاً. قال ابن تغري بردي: "كان كبير الديار المصرية، وأمير من بها في عصره، بحيث إن القاضي والنائب من تحت أمره ومشورته". أصله من خراسان. ومولده في قلقشندة، ووفاته بالفسطاط. وكان من الكرماء الأجواد. وقال الشافعي: الليث أفقه من مالك، إلا أن أصحابه لم يقوموا به. له تصانيف. ينظر: ووفيات الأعيان ١/٤٣٨، وتذكرة الحفاظ ١/٢٠٧، الأعلام ٦/١١٥.

(٣) هو ربيعة بن فروخ، التيمي - تيم قريش - بالولاء، أبو عثمان. إمام حافظ فقيه مجتهد، من أهل المدينة، من أهل الرأي، قيل له "ربيعة الرأي" لقوله بالرأي فيما لا يجد فيه حديثاً أو أثراً. كان صاحب الفتيا بالمدينة، وعليه تفقه الإمام مالك. توفي بالهاشمية من أرض الأنبار بالعراق (عام ١٣٦ هـ). قال مالك: «ذهبت حلاوة الفقه منذ مات ربيعة». ينظر: تذكرة الحفاظ للذهبي ١/١٤٨، وتاريخ بغداد للخطيب البغدادي ٨/٤٢٠، وتهذيب التهذيب لابن حجر العسقلاني ٣/٢٥٨، الأعلام للزركلي ٣/٤٢.

يضرب للمقارض أجلاً ولا يشترط في ربحه خاصة مضمونة لأحدهما دون صاحبه»^(١).
وقال السرخسي^(٢): «ولو قال: على أن ما رزق الله تعالى في ذلك من شيء فللمضارب من ذلك مائة درهم فهذه مضاربة فاسدة؛ لأن هذا الشرط يوجب قطع الشركة بينهما في الربح مع حصوله، فربما لا يربح إلا مقدار المائة فيأخذه من شرط له ويحيب الآخر وفي هذا الشرط عيب يمكن التحرز عنه أيضاً وربما يربح أقل من مائة درهم فلا يسلم جميع المائة لمن شرط له مع حصول الربح؛ فلهذا فسد العقد»^(٣). وقال ابن قدامة رحمه الله: «متى جعل نصيب أحد الشركاء دراهم معلومة أو جعل مع نصيبه دراهم مثل أن يشترط لنفسه جزءاً وعشرة دراهم بطلت الشركة». قال ابن المنذر^(٤): «أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على إبطال القراض إذا شرط أحدهما أو كلاهما لنفسه دراهم معلومة». ومن حفظ

(١) المرجع السابق ٦٤٧/٣.

(٢) هو محمد بن أحمد بن أبي سهل، أبو بكر، السرخسي من أهل (سرخس) بلدة في خراسان. ويلقب بشمس الأئمة (ت ٤٨٣ هـ). كان إماماً في فقه الحنفية، علامة حجة متكلماً ناظراً أصولياً مجتهداً في المسائل. أخذ عن الحلواني وغيره. سجن في جب بسبب نصحه لبعض الأمراء، وأمل كثيراً من كتبه على أصحابه وهو في السجن، أملاها من حفظه. من تصانيفه: "المبسوط" في شرح كتب ظاهر الرواية، في الفقه، و"الأصول" في أصول الفقه، "شرح السير الكبير" للإمام محمد بن الحسن. ينظر: الجواهر المضية في طبقات الحنفية لعبد القادر القرشي الحنفي ٢٨/٢، والفوائد البهية في تراجم الحنفية للكنوي ص ١٥٨، والأعلام للزركلي ٦/٢٠٨.

(٣) المبسوط ٢٢/٢٢.

(٤) هو محمد بن إبراهيم بن المنذر (٢٤٢ - ٣١٩ هـ). نيسابوري. من كبار الفقهاء المجتهدين. لم يكن يقلد أحداً، وعده الشيرازي في الشافعية، لقب بشيخ الحرم، أكثر تصانيفه في بيان اختلاف العلماء، من تصانيفه: المبسوط في الفقه، و"الأوسط في السنن"، و"الإجماع والاختلاف"، و"الإشراف على مذاهب أهل العلم" و"اختلاف العلماء". ينظر: تذكرة الحفاظ ٣/٤، ٥، وطبقات الشافعية ٢/١٢٦، والأعلام للزركلي ٦/٨٤.

ذلك عنه مالك والأوزاعي^(١) والشافعي وأبو ثور^(٢) وأصحاب الرأي^(٣).

وبخصوص صكوك الإجارة التي تعتمد مؤشر الفائدة في تحديد العائد، فإن مصدر الصك في هذا العقد يعد بائعا العين أو المنفعة على حملة الصكوك^(٤)، ثم ينقلب إلى مستأجر بنفس العقد فيستأجر مقام بيعه (أو تأجيرها) بأجرة مبنية على سعر الفائدة (المؤشر)، ويتعهد مصدر الصكوك بشراءها بعد أن باعها، عند نهاية المدة الإجرارية. وقد اختلف الفقهاء المعاصرون في حكم هذا النوع من الصكوك على قولين:

الأول: الجواز: وقال به الدكتور عبد الستار أبو غدة^(٥)، والدكتور حسين حامد حسان^(٦).

دليله:

(١) هو عبد الرحمن بن عمرو بن يُحْمَد الأوزاعي (٨٨ - ١٥٧ هـ). إمام فقيه محدث مفسر.. نسبته إلى "الأوزاع" من قرى دمشق. وأصله من سبي السند. نشأ يتيمًا وتأدب بنفسه، فرحل إلى البصرة والبصرة، وبرع. وأرادته المنصور على القضاء فأبى، ثم نزل بيروت مرابطاً وتوفي بها. ينظر: البداية والنهاية ١٠/ ١١٥، وتهذيب التهذيب ٦/ ٢٣٨.

(٢) أبو ثور هو إبراهيم بن خالد بن أبي اليمان و "أبو ثور" لقبه (١٧٠ - ٢٤٠ هـ). أصله من بني كلب. من أهل بغداد. فقيه من أصحاب الإمام الشافعي. قال ابن حيان: «كان أحد أئمة الدنيا فقها وورعا وفضلا، صنف الكتب وفرع على السنن»، وقال ابن عبد البر: «كان حسن الطريقة فيما روى من الأثر إلا أن له شذوذاً فارق فيه الجمهور»، له كتب منها كتاب ذكر فيه اختلاف مالك والشافعي. ينظر: تذكرة الحفاظ للذهبي ٢/ ٨٧، وتهذيب التهذيب لابن حجر ١/ ١١٨، والأعلام للزركلي ١/ ٣٠.

(٣) المغني ٥/ ٢٣، وينظر الإجماع لابن المنذر، ص ١٢٤.

(٤) ينظر البند رقم ٢/ ٥/ ١/ ٥ من المعيار رقم ١٧ من معايير المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية والإسلامية، ص ٢٤٩، وينظر صكوك الإجارة لحامد ميرة ص ٣٢٨.

(٥) ينظر: فتوى اللجنة الشرعية لصكوك التأجير الإسلامية بالبحرين المؤرخة في ١٩/ ١٠/ ١٤١٩.

(٦) ينظر تعقيب على بحث: إجارة العين لمن باعها د حسين حامد حسان ص ٥-١٠.

أن الأصل في العقود والشروط الإباحة، وهذه الصكوك إنما هي مجموعة من العقود المستوفية لشروطها، ثم اجتماعها بهذه الصيغة مغاير للقرض بزيادة؛ إذا البيع ثم الإجارة ثم البيع ليست في حقيقتها قرضا ولا تماثل القرض؛ وذلك لما بين القرض والإجارة من البون الشاسع، والفرق الكبير في الشروط والمقتضيات^(١).

نوقش: بأن العقود المركبة المجتمععة وإن كانت آحادها صحيحة ومشروعة فإنها إذا اجتمعت وتركبت على وجه محرم أو يؤول إلى محرم حرمت^(٢)، كما سيأتي بيانه في أدلة القول الثاني.

الثاني: التحريم، وقال به جمع من المعاصرين ومنهم: د الصديق الضير، والشيخ عبدالله المنيع^(٣)، ود نزيه حماد^(٤).

أدلته:

(١) أن هذه الصيغة من صكوك الإجارة إنما هي ضرب من ضروب العينة^(٥) المحرمة شرعا، وذلك لأن مصدر الصكوك قد باع عينا بثمان حال، استعاد ملكيتها ممن باعها منه

(١) المرجع السابق.

(٢) ينظر: الموافقات للشاطبي ١٩٢/٣، صكوك الإجارة لحامد ميرة ص ٤٠٦.

(٣) ينظر: تعقيب د الصديق الضير على بحث: اشتراط الإجارة في عقد البيع ص ١٢، ومقال للشيخ عبدالله المنيع في جريدة الرياض العدد ١٥١٠٠ وتاريخ ١١/٨/١٤٣٠ هـ في الملحق الاقتصادي ص ٣.

(٤) ينظر: بحثه بعنوان: إجارة العين لمن باعها ص ٩-١٤.

(٥) بيع العينة له صور عديدة لكن أشهرها: أن يبيع سلعة بثمان مؤجل ثم يشتريها ممن باعها منه نقدا قبل حلول الأجل بأقل من ثمن البيع الأول. ينظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٨٨/٣، الإنصاف للمرداوي ٣٣٦/٤، المبدع لابن مفلح ٤/٤٩، حاشية ابن القيم على السنن ٩/٢٤٩، مشارق الأنوار للقاضي عياض ١٠٧/٢.

بشمن مؤجل مقسط يزيد عن الثمن الحال^(١)، ويكون البيع الثاني مشروطاً في الصك، والعين وجودها كعدمها. وقد اتفق أهل العلم على تحريم بيع العينة إذا كان البيع الثاني مشروطاً في العقد الأول^(٢).

نوقش: بأن من شروط العينة المحرمة ألا يتغير المبيع تغيراً يكون نقص الثمن من أجله، والصورة التي بين أيدينا من صكوك الإجارة، يفصل العقد الثاني عن العقد الأول مدة طويلة، قد تصل إلى عشر سنوات، كفيلة بتغير حال المبيع، ثم إنه قد تم الفصل بين البيعة الأولى والثانية بعقد أجنبي طويل الأمد، فينتفي وصف العينة بهذا الاعتبار^(٣).

أجيب عنه: بأن العينة إنما حرمت لأجل كونها ذريعة للربا، ولهذا فإن الفقهاء ذكروا من الدلائل التي يظهر معها انتفاء الحيلة بأن تتغير العين تغيراً منقوصاً لقيمتها، يذهب الحيلة فيها، وهو ما لا ينطبق على صكوك الإجارة؛ إذ لم تغير المدة الطويلة من مقصد العقد، وهو القرض بزيادة^(٤)، فهو وإن كان تطبيق العقد يستمر مدة طويلة، فإن عقودهم وشروطه تمت بمجرد إبرام تلك العقود، التي تضمنت اشتراط البيع الثاني في البيع الأول.

(٢) أن هذه الصيغة من الصكوك مركبة من جملة من العقود والوعود الصورية المفرغة من محتواها، والمقصود بها أداء وظيفة تمويلية محددة؛ ولهذا فإن قيام المالك أو المؤجر ببيع العين أو المنفعة التي يملكها في سلعة معينة مدة الإجارة، ثم يتعهد بشراء ما قام ببيعه، لكن مع إضافة ربح للمستأجر سمي بواسطة هذا العقد أجرة، فإن هذه الصورة تجعل

(١) ينظر: إجارة العين لمن باعها دنزيه حماد ص ٩-١١، ١٣.

(٢) نقل الاتفاق على ذلك السبكي في تكملة المجموع ١٥٧/١٠، وشيخ الإسلام ابن تيمية في مجموع

الفتاوى ٧٤/٢٨، وابن حزم في المحلى ٤٧/٩.

(٣) ينظر: اشتراط الإجارة في عقد البيع د عبد الله العمار ص ٤٣.

(٤) ينظر: صكوك الإجارة لحامد ميرة ص ٤٠٨.

هذه العقود عقوداً صورياً غير مقصودة بالمعاملة^(١)، وإنما المراد من هذه العقود هو الإقراض بفائدة، وهي الغاية التي تؤديها السندات التقليدية.

الترجيح:

يظهر - والله أعلم - رجحان القول بتحريم هذه الصورة من الصكوك، لقوة أدلته، ولما توجه على أدلة المجيزين من مناقشة.

وأما إذا كان مصدر الصكوك وكيلاً لحملة الصكوك فإن الوكيل مثل الشريك في الحكم - في تحريم ضمان الربح - سواء في تأجير المنفعة أو الاستثمار بالبيع والشراء أو غيرها؛ لأن الشريك بالعمل، أو المضارب في حقيقته وكيل، قال ابن قدامة رحمته الله: «ولأن الشريك والمضارب وكيلاً في شراء ما شاء»^(٢). وقد وافق ابن قدامة - على هذا المعنى الذي ذكره - كثير من الفقهاء^(٣). ولا أعلم من خالف في ذلك؛ فلهذا لا يصح أن يضمن الوكيل ربحاً معيناً على رأس المال، سواء كان أجيراً أو مشاركاً في الربح.

الثاني: نسبة الربح إلى رأس المال:

وذلك بأن يقدر الربح بالنسبة إلى رأس المال، دون النظر إلى الربح الفعلي، فيقال مثلاً: للملكي الصكوك كذا نقطة فوق نسبة الالايبور، التي يعتمد حسابها على مقدار رأس المال، فإذا حدد الالايبور سعر الفائدة بـ ٥٪ مثلاً فإن المقصود هو ٥٪ من رأس المال أو من

(١) المرجع السابق ص ٤١٢.

(٢) المغني لابن قدامة ٥/ ٥٥.

(٣) ينظر عند الحنفية: بدائع الصنائع للكاساني ٦/ ٨٦، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ٤/ ٧٧، العناية شرح الهداية للبايزي ٥/ ٥٠٥، وعند المالكية: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لمحمد بن عرفة الدسوقي ٣/ ٥٢٤ وعند الشافعية: الغرر البهية شرح البهجة الوردية لزكريا الأنصاري ٣/ ٢٨٩، وعند الحنابلة إضافة للمغني (المرجع السابق): مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى لمصطفى الرحيباني ٣/ ٥٢٤.

القيمة الإسمية للصك فلو كان يملك صكوكا بمقدار ألف (عملة) فإنه يستحق ربحا قدره خمسون (عملة) دون النظر في مقدار الربح الفعلي المتحقق، وهذا مشابه لسعر الكوبون في السندات التقليدية (coupon rate)^(١)، وهذا هو محل الإشكال في هذه المعاملة، ولهذا لجأوا في حال زيادة الربح الفعلي عن نسبة المؤشر أو نقصانها، إلى حجز الزيادة كاحتياطي؛ لسد النقص في نسبة الربح عن المؤشر - عند نقصانها -، واشترط ذلك على حاملي الصكوك^(٢).

المخرج الشرعي لتصحيح هذا المعيار يكون بأمور:

١ - أن يكون التوزيع الدوري للأرباح مرتبطا بالربح الفعلي، الناتج عن النشاط الاستثماري، دون النظر إلى تلك المؤشرات، ولأمانع أن تكون قسمة الربح بين حاملي الصكوك خلال مدة معينة موضحة في العقد، سواء كانت سنوية أو نصف أو ربع سنوية وأما بالنسبة لصكوك الإجارة فلا بد أن يكون العقد صحيحا ظاهرا وباطنا بأن يكون حملة الصكوك فعلا مالكين للعين المؤجرة أو المنفعة، ولا يشترط على البائع إعادة شرائها بعد نهاية مدة الإجارة.

٢ - الأصل في مدير المشروع الاستثماري الأمانة، سواء أكان مضارباً أم وكيلًا وهذا مما لا أعلم فيه خلافا بين أهل العلم من المذاهب الأربعة^(٣)، وبالتالي فإن السيرة العملية

(١) المقصود به: الفائدة على سند معبرا عنه كنسبة سنوية من القيمة الاسمية. ينظر: (ماذا تعرف عن الاستثمار في الأوراق المالية والبورصات والمشتقات - المسار الأمريكي والبورصات الناشئة، للدكتور جلال بنا ص ١٤٢).

(٢) ينظر بحث بعنوان (الصكوك الإسلامية وتطبيقاتها المعاصرة) للدكتور الدكتور محمد علي القرني بن عيد مقدم للدورة التاسعة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي ص ٢٠-٢١.

(٣) ينظر المدونة ٣/ ٢٧١، ٦٦١ الأم للشافعي ٨/ ٢٠٩ المبسوط لشمس الدين السرخسي- ١١/ ١٧٦، ١٦٧، كشف القناع لمنصور البهوتي ٣/ ١٩٣.

السابقة لمصدر الصكوك، تشجع على الاستئثار معه، وليس مقدار الربح المضمون؛ بطريقة تقلب حقيقة العقد، كما أن ماهية المشروع والدراسات المبنية عليه تحدد مقدار ربحيته المتوقعة، دون الحاجة للمؤشر الذي وضع أساساً لبيان سعر الفائدة الربوية.

٣- لا مانع شرعي من قيام مؤسسات متخصصة في بيان صدقية المشاريع، ومدى نجاحها، بناء على معايير رسمية دقيقة، على أن تقوم هذه المؤسسات بتقدير الأرباح التي يمكن أن تنتج من هذه المشاريع (بالتوقع)، وتكون تبعة مراقبة استثمار أموال الإصدار عليها، كما أن عليها التحقق من مقدار الأرباح الفعلية، لكن يلزم في هذه الحال أن تكون تلك المؤسسات تابعة لمؤسسات اقتصادية معتمدة وذات ملاءة مالية، من أجل تدعيم الثقة في الإصدار.

وهذا يؤدي هذه المؤسسات المهمة التي تؤديها مؤسسات التصنيف الائتماني العالمية، فضلاً عن مهامها الرقابية.

المطلب الثاني

حكم ضمان استرداد رأس المال

وفيه فرعان:

الفرع الأول: سبب وجود هذا المعيار:

إن معرفة سبب اعتماد هذا المعيار في الصكوك، يعين على الوصول إلى حكمه الشرعي. ولهذا فالسبب في وجود هذا المعيار: أن كثيراً من الاقتصاديين يرى أن الصكوك التي لا يجري تصنيفها لا يمكن تداولها، والصكوك التي لا يجري تداولها ليست صكوكاً بالمعنى الفني للكلمة، والتصنيف المعروف هو الذي تصدره جهات التصنيف العالمية يكون مبنياً على المخاطر الائتمانية: أي قدرة مصدر الصكوك على رد رأس المال لحملة الصكوك. ولا سبيل لتصنيف قدرته على رد رأس المال إلا أن يكون هذا الرأس مال ديناً في ذمته، فإذا كانت الصكوك محلها الأصول العقارية أو المنافع أو الحقوق كانت الحيلة لجعل

رأس المال ديناً في ذمته أن يقوم بإصدار وعد ملزم بشرائها بنفس ثمن بيعها، فيكون رد رأس المال التزاماً عليه قابلاً للتصنيف الائتماني (لأنه دين أو شبيه بالدين) بطريقة لا تختلف كثيراً عن السندات التقليدية^(١). ولهذا لا يمكن أن يخضع الصك للتصنيف الائتماني إلا إذا كان فيه تأمين لرأس المال بضمان رده عند إطفاء الصك، وفائدة هذا التصنيف؛ أنه يقوم بقياس مدى الثقة في تلك الصكوك المطروحة للاستثمار، وبالتالي يكون الدافع لدى المستثمر في شراء تلك الصكوك من عدمه.

ويرى الباحث: أن الصكوك الإسلامية يجب أن تخرج عن إطار السندات التقليدية، بجميع مؤشرات وتصنيفاتها؛ حتى تتمكن من إثبات شرعيتها، وتكون خطأ مستقلاً لا يلتقي ولا يتماس مع السندات التقليدية الربوية؛ ولذلك فإن التصنيف الائتماني المبني على قدرة المقترض على رد القرض، لا ينطبق على الصكوك الإسلامية؛ لأنها لا تمثل قروضا، وإنما تمثل عملاً استثمارياً مبنياً على المتاجرة التي تهدف إلى الربح.

الفرع الثاني: حكم ضمان رأس المال:

ينقسم ضمان رأس المال في الصكوك إلى قسمين:

القسم الأول: أن يكون شرطاً على سبيل الإلزام مثبتاً في هيكل الصك على

مصدره:

بأن يوجد شرط في هيكل الصك يلزم المصدر بدفع قيمة الصك في تاريخ معين، أو يلزم حامل الصك ببيعه، فإنه لا يخلو من أمرين:

(١) أن يضمن المصدر استرداد الصك بقيمته الاسمية^(٢).

(٢) أن يلتزم المصدر بشراء الأصول التي تمثلها تلك الصكوك بقيمتها السوقية أو بالقيمة العادلة: فهذه المسألة محل خلاف بين المجامع الفقهية على قولين:

(١) ينظر: بحث بعنوان "الصكوك الإسلامية وتطبيقاتها المعاصرة" ص ١٨.

(٢) سيأتي تفصيله في المطلب الخامس.

الأول: في الصكوك القابلة للتداول يجوز أن يتعهد مصدر الصك في نشرة إصدار الصكوك، بشراء ما يعرض عليه من هذه الصكوك، بعد إتمام عملية الإصدار، بسعر السوق. وهو قول المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية^(١). وهذا القول قيّد جواز هذا الالتزام - فيما يظهر للباحث - بأربعة قيود:

١- أن يكون التعهد في الصكوك القابلة للتداول. وهذا القيد يخرج: صكوك السلم، فقد حدد المجلس عدم جواز تداولها مطلقاً^(٢). أما الاستصناع: فقد قرر المجلس أنه يجوز تداول أو استرداد صكوك الاستصناع إذا تحولت النقود إلى أعيان مملوكة لحملة الصكوك في مدة الاستصناع، أما إذا دفعت حصيلة الصكوك ثمناً في استصناع مواز أو تم تسليم العين المصنعة للمستصنع فإن تداولها يخضع لأحكام التصرفات في الديون^(٣).

٢- أن يكون التعهد بشراء ما يعرض عليه من قبل حاملي الصكوك، وليس فيه إلزام حاملي الصكوك بالبيع.

٣- أن يكون بعد إتمام عملية الإصدار: وذلك لأنه إذا كان قبل إتمامها؛ فإن العملية يترتب عليها محاذير منها:

- (أ) كونه بيع نقد بنقد؛ لأن الصك لم ينشأ قبل إتمام عملية الإصدار، فيكون مادفعه البائع مقابل شراء حصة نقدية، فيشترط فيها ما يشترط في الصرف من التماثل والتقابض.
- (ب) كونه داخلاً في بيع مالا يملك: لأن حامل الصك، قبل إتمام عملية الإصدار، لم تثبت ملكيته على الصك، وبالتالي لم تثبت ملكيته لما يمثله الصك.

(١) توصيات المجلس الشرعي بهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية المنعقد بدولة البحرين

بتاريخ ١٤٢٩/١/٦ هـ المادة ٥/٢/٢ من المعيار رقم ١٧.

(٢) المصدر السابق، المادة ٥/٢/١٤ من المعيار رقم ١٧.

(٣) المصدر السابق، المادة ٥/٢/١٣ من المعيار رقم ١٧.

(ج) كونه داخلا في بيع الغرر: لأن الصك قبل إتمام عملية الإصدار، تغلب عليه الجهالة المؤثرة، التي تؤدي إلى الغرر.

٤- أن يكون الشراء بالقيمة السوقية: أي قيمة الصك في السوق وقت الشراء.

القول الثاني: لا يجوز أن تشتمل نشرة الإصدار ولا صك المقارضة -الصادر بناء عليها - على نص يلزم بالبيع، ولو كان معلقاً أو مضافاً للمستقبل. وإنما يجوز أن يتضمن صك المقارضة وعداً بالبيع وفي هذه الحالة لا يتم البيع إلا بعقد - جديد - بالقيمة المقدرة من الخبراء ويرضى الطرفين. وهذا نص قرار مجمع الفقه الاسلامي الدولي^(١). ونجد أن هذا القول نص في المقارضة (المضاربة)، ويدخل فيه صكوك المشاركة والوكالة بالاستثمار لما بينت سابقا.

وقد تضمن هذا القول - فيما يظهر للباحث - أربعة قيود:

- ١- أن عدم جواز الالتزام، خاص بالبيع، دون الشراء، بمعنى عدم جواز إلزام حملة الصكوك بالبيع.
 - ٢- أنه يجوز الوعد بالبيع من قبل حملة الصكوك في نشرة الإصدار.
 - ٣- أن يكون ذلك بالقيمة المقدرة من الخبراء، المرضية للطرفين.
 - ٤- أن يتم البيع بعقد جديد منفصل عن نشرة الإصدار وغير متعلق بها.
- ويتضح مما سبق، اتفاق القولين وعدم تعارضهما وبالتالي يمكن الجمع بين القولين بأن يقال:

يجوز أن يتعهد مصدر الصكوك بشرائها بالشروط الآتية:

- ١- أن يكون التعهد أو الالتزام في الصكوك القابلة للتداول.
- ٢- أن يكون التعهد بشراء ما يعرض عليه من قبل حاملي الصكوك.

(١) قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد بجدة رقم ٣٠ (٤ / ٣) الفقرة (٥) من العنصر الرابع.

- ٣- أن يكون الشراء بالقيمة السوقية، أو بما يتفقان عليه.
- ٤- أن يكون الشراء بعد إتمام عملية الإصدار.
- ٥- أن يكون بعقد مستقل عن نشرة الإصدار.
- ٦- ألا يتضمن التعهد بالشراء أي إلزام لحامل الصك ببيعه سواء صراحة أو ضمناً، كأن يقترن التعهد بتاريخ معين، فإذا اقترن التعهد بتاريخ معين فإن فيه محذوران:
- (أ) أنه كالإلزام لحامل الصك ببيعه لمصدره؛ وذلك لأن اقتران التعهد بتاريخ معين، دافع لحامل الصك إلى المبادرة بالبيع قبل ذلك التاريخ، فيؤدي ذلك إلى ذات النتيجة التي يؤديها شرط البيع على حامل الصك؛ وبما أن القاعدة الشرعية قد نصت على أن: «لوسائل أحكام المقاصد»^(١)، ولما كانت المقاصد لا يتوصل إليها إلا بأسباب وطُرُق تُفْضِي-إليها، كانت طرقها وأسبابها تابعة لها معتبرة بها، فوسائل المحرمات والمعاصي في كراهتها والمنع منها بحسب إفضائها إلى غاياتها وارتباطاتها بها، ووسائل الطاعات والقُرْبَات في محبتها والإذن فيها بحسب إفضائها إلى غايتها؛ فوسيلة المقصود تابعة للمقصود، وكلاهما مقصود، لكنه مقصودٌ قصدَ الغايات، وهي مقصودة قصد الوسائل؛ فإذا حَرَّمَ الربُّ تعالى شيئاً وله طرق ووسائل تُفْضِي إليه فإنه يجرمها ويمنع منها، تحقيقاً لتحريمه، وتثبيتاً له، ومنعاً أن يقرب حِمَاه، ولو أباح الوسائل والذرائع المُفْضِيَة إليه لكان ذلك نقضاً للتحريم، وإغراء للنفوس به، وحكمته تعالى وعلمه يأبى ذلك كل الإباء^(٢)، ولهذا فإذا كانت الغاية وهي اشتراط البيع على حامل الصك محرمة؛ فإن الوسيلة التي تؤدي إليه تأخذ نفس الحكم،

(١) ينظر: قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام ٥٣/١، إعلام الموقعين لابن القيم

١٠٣/٢، وأشار إلى هذا المعنى ابن قدامة بقوله: ووسائل الحرام حرام أهد المغني ٧٥/٤، الفروق

٣٣/٢، فتاوى السبكي ٣٤٢/٢، القواعد لابن رجب ص ١٥٩.

(٢) إعلام الموقعين ١٠٣/٢.

وبالتالي يكون ظاهر هذه المعاملة عكس العينة^(١) وهي من صور العينة، بأن يقوم البائع بشراء ما قام ببيعه، ممن باعه منه، بثمن أعلى - ولو افترضنا أنه أقل فإن جمعه مع حصيلة العائد يكون أعلى من قيمة الصك الاسمية - مما باعه به، ويكون مصدر الصك كالمقترض، من حملة الصكوك، وعندها يصبح مايمثله الصك من عمل مشروع، صورة لا حقيقة. ولهذا اتفق أهل العلم على تحريم بيع العينة إذا كان البيع الثاني مشروطاً في العقد الأول^(٢).

(ب) أنه يكون داخلاً في النهي عن البيعتين في بيعه^(٣)، جاء في المدونة^(٤): «إنما البيعتان في بيعه إذا ملك الرجل السلعة بثمنين عاجل وآجل». اهـ ومصدر الصك، ملك الصك ومايمثله ذلك الصك، ثم باعه بثمنٍ حال على حملة الصكوك، ثم تعهد بشرائه منهم بتاريخ معين يلزم حملة الصكوك بالبيع له - ضمناً - بثمن آخر، غالباً ما يكون أعلى من القيمة الاسمية للصك، وإن لم يكن كذلك، فإن مجموع العائد والقيمة الأخيرة، يشكل قيمة أعلى من القيمة الاسمية للصك، فإن كان أقل لم يكن الاستثمار في هذا الصك منتجاً.

(١) عكس العينة: أن يبيع سلعة بثمن حال ثم يشتريها ممن باعها منه بثمن مؤجل أكثر من الثمن الأول. ينظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣/ ٨٨، الإنصاف للمرداوي ٤/ ٣٣٦، المبدع لابن مفلح ٤/ ٤٩، حاشية ابن القيم على السنن ٩/ ٢٤٩، مشارق الأنوار للقاضي عياض ٢/ ١٠٧.

(٢) سبق بيان الناقلين لهذا الاتفاق في حاشية رقم (٢) ص ٧٤.

(٣) ونصه: (نهى النبي ﷺ عن بيعتين في بيعه) رواه أحمد برقم (٩٥٨٢)، (١٠٥٤٢)، والترمذي في السنن: كتاب البيوع، باب ما جاء في النهي عن بيعتين في بيعه برقم (١٢٣١) وقال: في الباب عن عبد الله بن عمرو، وابن عمر، وابن مسعود، ورواه النسائي في السنن الكبرى: كتاب البيوع، باب النهي عن بيعتين في بيعه برقم (١٠٦٦٠)، وابن حبان في صحيحه: كتاب البيوع، باب ذكر الزجر عن بيع الشيء - بأئة دينار نسيئة بتسعين ديناراً نقداً (٤٩٧٣)، قال عنه ابن عبد البر في التمهيد (٢٤/ ٢٨٨): «وهذا الحديث يتصل ويستند من حديث ابن عمر وأبي هريرة وابن مسعود عن النبي ﷺ من وجوه صحاح، وهو حديث مشهور عند جماعة الفقهاء»، وحسنه الألباني في إرواء الغليل ٥/ ١٥٠.

(٤) المدونة لسحنون ٣/ ٢٠.

قال الشافعي رحمه الله تعالى: «ومن ابتاع بنصف درهم طعاما على أن يعطيه بنصف درهم طعاما حالا أو إلى أجل أو يعطي بالنصف ثوبا أو درهما أو عرضا فالبيع حرام لا يجوز وهذا من بيعتين في بيعة»^(١) اهـ؛ لأن الشرط صير البيع الثاني ملزما فيدخل في النهي، وهكذا التعهد الذي في الصكوك، فإنه يلزم الحامل للصك بالبيع الثاني ضمنا في عقد البيع الأول.

وقال أيضا: «وإذا تباع الرجلان بيعتين في بيعة فالبيعتان جميعا مفسوختان بما انعقدت. وهو أن يقول أبيعك على أن تبيعني»^(٢). اهـ، فبناء عليه، فوجود شرط في العقد يلزم - أو يؤدي إلى إلزام - حامل الصك بالبيع؛ يبطل العقد لكونه داخل في النهي.

وقال السرخسي رحمه الله تعالى: «وإذا اشتراه على أن يقرض له قرضا أو يهب له هبة أو يتصدق عليه بصدقة أو على أن يبيعه بكذا وكذا من الثمن فالبيع في جميع ذلك فاسد لنهي النبي ﷺ عن بيع وسلف»^(٣) وعن بيعتين في بيعة»^(٤). اهـ. وقال ابن قدامة رحمه الله

(١) الأم للشافعي ٧٨/٣.

(٢) المرجع السابق ٣٠٥/٧.

(٣) ولفظه: (لَا يَحِلُّ سَلْفٌ وَبَيْعٌ وَلَا شَرْطَانِ فِي بَيْعٍ وَلَا رِبْحٌ مَا لَمْ تَضْمَنْ وَلَا بَيْعٌ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ)، رواه أبوداود في سننه: كتاب الإجارة، باب في الرجل يبيع ماله عند برقم ٣٥٠٤، والترمذي في سننه: كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ماله عند برقم (١٢٣٤) وقال: هذا الحديث حسن صحيح. ورواه النسائي في سننه: كتاب البيوع، باب بيع ماله عند البائع (٦٢٠٤) والحاكم في المستدرک: كتاب البيوع برقم (٢١٨٥) وقال: هذا حديث صحيح على شرط جملة من أئمة المسلمين. ووافقه الذهبي (التلخيص ١٧/٢) ورواه البيهقي في السنن الكبرى: كتاب البيوع، باب من قال لا يجوز بيع العين الغائبة برقم (١٠١٩٩)، وصححه ابن حزم في المحلى بالآثار (٥٢٠/٨) وقال: «هذا صحيح وبه نأخذ». وصححه الألباني في الجامع الصغير برقم (٧٦٤٤).

(٤) المبسوط ١٦/١٣.

تعالى: «إذا قال بعتك بكذا على أن آخذ منك الدينار بكذا لم ينعقد البيع وكذلك إن باعه بذهب على أن يأخذ منه دراهم بصرف ذكره». وجملته أن البيع بهذه الصفة باطل لأنه شرط في العقد أن يصارفه بالثمن الذي وقع العقد به والمصارفة عقد بيع فيكون بيعتان في بيعة قال أحمد: «هذا معناه» (وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيعتين في بيعة)، وهكذا كل ما كان في معنى هذا، مثل أن يقول بعتك داري هذه على أن أبيعك داري الأخرى بكذا أو على أن تبيعني دارك أو على أن أؤجرك أو على أن تؤجرني كذا أو على أن تزوجني ابنتك أو على أن أزوجك ابنتي ونحو هذا فهذا كله لا يصح. قال ابن مسعود رضي الله عنه: (الصفقتان في صفقة ربا)^(١). اهـ فابن قدامة رحمته الله علل تحريم هذا البيع بكونه قد اشترط عقدا آخر في العقد الأول بذات المحل، فيكون داخلا في النهي.

ويدخل في هذا النهي بيع الأعيان والمنافع والشركات، فحكمها واحد، قال الشافعي رحمه الله تعالى: الشركة والتولية بيع من البيوع يحل فيه ما يحل في البيوع ويحرم فيه ما يحرم في البيوع^(٢) اهـ.

القسم الثاني: أن يكون شراء الصكوك على سبيل الوعد:

ويأتي على ضربين:

(١) الوعد غير الملزم: فإذا كان على سبيل الوعد غير الملزم، فلا أعلم أحدا من أهل

(١) المغني ٤/ ١٦١، والحديث: رواه أحمد في مسنده برقم (٣٧٨٣) مرفوعا، وكذا البزار في مسنده برقم (٢٠٧١)، وقال ابن حجر في كتابه الدراية في تخريج أحاديث الهداية عن الحديث (١٥٢/٢): الحديث رواه أحمد والعقيلي والبزار والطبراني في الأوسط من حديث ابن مسعود، وأخرجه أبو عبيدة وابن حبان والطبراني والعقيلي عن ابن مسعود موقوفا، قال العقيلي: وهو أصح. اهـ وهذا هو الذي يظهر من صنيع ابن قدامة حيث جعله موقوفا.

(٢) الأم ٣/ ٧٨.

العلم المعاصرين خالف في جوازه^(١)؛ لكون الوعد ليس عقدا ولا شرطا، ولذلك من الفقهاء من أجاز بيع العبد بشرط العتق إذا كان على سبيل الوعد من المشتري^(٢)، وسمي شرطا على سبيل التجوز.

فهنا العقدان منفصلان لا علاقة لأحدهما بالآخر، ولذلك فليس من قبيل اشتراط عقد في عقد، وإنما من قبيل اجتماع عقدين في عقد دون شرط^(٣).

(٢) الوعد الملزم: إذا كان الأمر المذكور في العقد له صفة الإلزام في المستقبل فهي حقيقة الشرط^(٤)، وذلك لأن العبرة في العقود بالمعاني لا بالألفاظ المباني^(٥)، وإذا كان كذلك فهو يأخذ حكم الشرط في الجواز وعدمه، على التفصيل الذي مر بيانه في القسم الأول.

(١) ينظر: قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد بجدة رقم ٣٠ (٤/٣) الفقرة (٥) من العنصر- الرابع، توصيات المجلس الشرعي بهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية المنعقد بدولة البحرين بتاريخ ١٤٢٩/١/٦ هـ المادة ٥/٢/٢ من المعيار رقم ١٧.

(٢) ينظر: المبسوط ١٦/١٣، فتح القدير لابن الهمام ٤٤٥/٦.

(٣) ينظر: العقود المالية المركبة د عبدالله العمراني ص ٢٤٥. وقد رجح الباحث في ص ١٣١ صحة اجتماع عقدين في عقد دون شرط.

(٤) ينظر: شرح الكوكب المنير للفتوح ص ٨٧-٨٨، شرح التلويح على التوضيح ٢٢٩-٢٣٣. غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر للحموي ٢/٢٢٥.

(٥) ينظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٢٠٧-٢٠٨، الفروق للقرافي ١/٣٩، ٣/١٤٣، المنشور في القواعد للزركشي ٢/٣٧١-٣٧٤ إعلام الموقعين ٣/١٠٦-١٠٧، القواعد لابن رجب ص ٤٠٥٠.

المطلب الثالث

حكم اشتراط الحافز لمدير العملية:

ويتضمن فرعان:

الفرع الأول: معنى الحافز لغة واصطلاحاً وتكييفه شرعاً:

وفيه ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: معنى الحافز لغة:

من الحفز والحَفَزُ: حَثُّ الشيء من خلفه سَوَقاً وغير سوق^(١)، وحفزه يَحْفِزُهُ: دَفَعَهُ من خَلْفِهِ، وتحفز في مَشْيَتِهِ: احْتَثَّ، واجْتَهَدَ^(٢).

المسألة الثانية: معنى الحافز في الصكوك الإسلامية اصطلاحاً:

لم أجد من عرفه، ويمكن استخلاص معناه من سياق إيرادها لدى الباحثين ومن اشتقاقه اللغوي بأنه: «ما يشترط دفعه لمدير العملية -زائداً عن مستحقاته- في نشرة الإصدار إذا زادت الأرباح عن النسبة المقررة، كدافع للإنجاز وتحقيق الأرباح».

المسألة الثالثة: تكييفه شرعاً:

يكيف شرعاً بأنه من باب الجعالة^(٣).

(١) لسان العرب كتاب الزاي فصل الحاء ٥/ ٣٢٧.

(٢) القاموس المحيط فصل الحاء ٢/ ٤٤.

(٣) الجعالة في اللغة بالضم - وحكي التثليث: ما جعل للإنسان من شيء على الشيء يفعل به. ينظر: المصباح المنير للفيومي ص ٤٠. وفي الإصطلاح جاء في مقدمات ابن رشد ٢/ ٦٣٠: أن يجعل للرجل جعلاً على عمل يعمل به إن أكمل العمل وإن لم يكمله لم يكن له شيء وذبح عناؤه باطلاً. قال في الإنصاف (٦/ ٣٨٩): قال في الرعاية: وهي أن يجعل زيد شيئاً معلوماً لمن يعمل له عملاً معلوماً أو مجهولاً مدة مجهولة. قال الحارثي: وهي في اصطلاح الفقهاء: جعل الشيء من المال لمن يفعل أمر كذا اهـ. ينظر طلبه الطلبة للنسفي ص ٢١٠، ١٥٤، التعريفات للجرجاني وحدود ابن عرفة ص ٥٦٧، وتحرير ألفاظ التنبيه للنووي ص ٢٠٦، والمطلع للبعلي ص ٢٨١.

ووجه هذا التكييف ما يلي:

أولاً: أن هذه المعاملة من عقود المعاوضات فأخرج عقود غير المعاوضة، ثم العقود عليه هنا هو المنفعة، فأخرج البيع؛ لأن العقد عليه في البيع أعيان، وأخرج الشر-كات؛ لأن العوض هنا محدد بما زاد على النسبة المقررة، كما أن مقتضى- الشركة الاشتراك في الربح^(١) ولا شركة في الحافز، فأنحصر- التكييف في الإجارة أو الجعالة، ومن شروط الإجارة: العلم بمقدار العمل أو مدته^(٢)، والعمل - محل البحث - مجهول وغير مقدر بمدة، فلم يبق إلا أن يكون من قبيل الجعالة.

ثانياً: أن أركان الجعالة هي: المتعاقدان والعمل والجعل^(٣) وزاد الشافعية: الصيغة^(٤)؛ وقد توافرت هذه الأركان في هذه المعاملة على النحو التالي:

الأول: المتعاقدان: هما مدير العملية - أو من ينوب عنه - وحامل الصك.

الثاني: الصيغة: وهي ذلك الشرط الموجود في نشرة الإصدار بتعليق حصول الجعل (الحافز) على الوصول إلى ربح معين.

(١) ينظر: تبين الحقائق للزيلعي ٣/ ٣٢٠، حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٢/ ١٦٨ منتهى الإرادات للبهوتي ٢/ ٢٥٢٠٩.

(٢) ينظر: بدائع الصنائع للكاساني ٤/ ١٨٤، وحاشية الدسوقي ٤/ ١٢ والمهذب للشيرازي ١/ ٣٩٦، ٣٩٨، وكشاف القناع للبهوتي ٤/ ٥، ٧.

(٣) ينظر: التاج والإكليل ٧/ ٥٩٥ الفواكه الدواني ٢/ ١٠٩-١١٠، أسنى المطالب للأنصاري ٢/ ٤٣٩، تحفة المحتاج للهيثمي ٦/ ٣٦٥.

(٤) ينظر: أسنى المطالب للأنصاري ٢/ ٤٣٩ تحفة المحتاج للهيثمي ٦/ ٣٦٥، حاشيتا قليوبي وعميرة ٣/ ١٣٢.

الثالث: العمل: فيصح في الجعالة أن يكون مجهولاً^(١)، وهو في هذه المعاملة مجهول؛ حيث لم يبين مقداره ومدته، بل علق استحقاق الحافز على الوصول إلى نتيجة معلومة وهي ذلك الزائد عن نسبة الربح المحددة.

الرابع: الجعل: وهو الحافز في هذه المعاملة، وقد اشترط من أجاز عقد الجعالة^(٢): أن يكون معلوماً، إلا ما استثنى، فقال المالكية^(٣): «يستثنى من ذلك ثلاث حالات: الأولى: أن يجاعل غيره على أن يغرس له أصولاً حتى تبلغ حداً معيناً فتكون هي (أي الزيادة) والأصل بينهما، فإنه يجوز.

الثانية: أن يجاعله على تحصيل الدين بجزء (أي معلوم كثلث أو ربع مما يحصله)، فإنه جائز على الأظهر عند المالكية، وإن كان المروي عن مالك أنه لا يجوز.

الثالثة: أن يجاعله على حصاد الزرع، أو جذ النخل على جزء منه يسميه، فإنه لا خلاف في جواز المجاعلة فيه على هذا؛ لأنه لا يلزم واحداً منهما، وهنا تجاوز الأرباح النسبة المقررة مما يؤول إلى العلم، عند تحققه.

(١) ينظر: المغني لابن قدامة ٥/٣٣٥، قواعد الأحكام في مصالح الأنعام للعز بن عبد السلام ٢/١٤٥، الفروق (مطبوع مع أنوار البروق) للقرافي ٤/١٣، قال القرافي في الموضع السابق: كذلك الجعالة لا يجوز أن يكون العمل فيها محدداً معلوماً؛ لأن ذلك يوجب الغرر في العمل بأن لا يجد الآبق في ذلك الوقت أولاً بذلك السفر المعلوم بل نفي الغرر عن الجعالة بحصول الجهالة فيها. اهـ.

(٢) وهم المالكية والشافعية والحنابلة، وقصر الأحناف الجواز على رد العبد الآبق، ينظر: منح الجليل شرح مختصر - خليل لعليش ٤/٣، المقدمات لابن رشد ٢/٣٠٨، المهذب للشيرازي ١/٤١١، وحاشية البجيرمي على المنهج ٣/٢١٧، والمغني لابن قدامة ٦/٣٥٠.

(٣) ينظر: حاشية العدوي على شرح الخرشي ٧/٧٦، مواهب الجليل للحطاب وبهامشه التاج والإكليل للمواق ٥/٤٥٢.

و قال الشافعية^(١): «يستثنى من اشتراط المعلوماتية في الجعل حالتان:

الأولى: ما لو جعل الإمام أو قائد الجيش لمن يدل على فتح قلعة للكفار المحاربين جعلاً منها كفرس ونحوه، فإنه يجوز مع جهالة العوض للحاجة إلى مثل ذلك وقت الحرب».

الثانية: ما لو قال شخص لآخر: حج عني بنفقتك، فإنه يجوز مع جهالة النفقة، وقال الماوردي^(٢): «هي جعالة فاسدة»، وصرح بذلك الشافعي في الأم.

وأما الحنابلة، فقد قال ابن قدامة: ولا بد أن يكون العوض معلوماً. والفرق بينه وبين العمل من وجهين أحدهما أن الحاجة تدعو إلى كون العمل مجهولاً بأن لا يعلم موضع الضالة والآبق ولا حاجة تدعو إلى جهالة العوض والثاني أن العمل لا يصير لازماً فلم يجب كونه معلوماً والعوض يصير لازماً بإتمام العمل فوجب كونه معلوماً. ويحتمل أن تجوز الجعالة مع جهالة العوض إذا كانت الجهالة لا تمنع التسليم نحو أن يقول: من رد عبدي الآبق فله نصفه ومن رد ضالتي فله ثلثها. فإن أحمد قال: إذا قال الأمير في الغزو: من جاء بعشرة رءوس فله رأس. جاز وقالوا: إذا جعل جعلاً لمن يدل على قلعة أو طريق سهل أو كان الجعل من مال الكفار جاز أن يكون مجهولاً كجارية يعينها العامل فيخرجها هنا مثله. فأما إن كانت الجهالة تمنع التسليم لم تصح الجعالة وجهاً واحداً^(٣). اهـ.

(١) ينظر: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملي ٥/ ٤٧٢، أسنى المطالب لتركيب الأنصاري ١/ ٤٥٢.

(٢) الماوردي (٣٦٤ - ٤٥٠ هـ): هو علي بن محمد بن حبيب الماوردي، نسبته إلى بيع ماء الورد. ولد بالبصرة وانتقل إلى بغداد. إمام في مذهب الشافعي، كان حافظاً له. وهو أول من لقب بـ "أفضى- القضاة" في عهد القائم بأمر الله العباسي. وكانت له المكانة الرفيعة عند الخلفاء وملوك بغداد. اتهم بالميل إلى الاعتزال. توفي في بغداد. ..من تصانيفه: "الحاوي" في الفقه ٢٠ مجلداً و"الأحكام السلطانية" و"أدب الدنيا والدين"، و"قانون الوزارة". ينظر: طبقات الشافعية ٣/ ٣٠٣ - ٣١٤، وشذرات الذهب ٣/ ٢٨٥، والأعلام للزركلي ٥/ ١٤٦.

(٣) ينظر: المغني لابن قدامة ٦/ ٢٠.

ويظهر مما سبق أن الحافز - وإن كان مجهولاً - جائز عند من قال بجواز الجعالة عموماً، فهي مخرجة على الحالات التي نص عليها المالكية والحالة الأولى عند الشافعية، كما أنها داخلة في الاحتمال الذي ذكره ابن قدامة، بل داخلة في نص أحمد، في المسألة التي ذكرها ابن قدامة.

وتعليل هذا الجواز كما يظهر للباحث من ثلاثة أوجه:

١ - كونها جهالة يسيرة مغتفرة، وتؤول إلى العلم، كحمل البعير في قوله تعالى: ﴿وَلَمَن جَاءَ بِهِ جَمَلٌ بَعِيرٌ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾^(١)، فحمل البعير يتفاوت من بعير لآخر، لكن ينتهي بالعلم.

٢ - الحاجة الداعية إلى تلك الجهالة.

٣ - أنها في الغالب لاتنافي العقد، ولا تؤدي إلى المنازعة والمخاصمة.

الفرع الثاني: المقصود بمدير العملية وحكم اشتراط الحافز له؛

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: المقصود بمدير العملية:

هو الشخص الحقيقي أو المعنوي الذي يتولى عملية إصدار الصكوك، وإدارة الأموال الناتجة عنها واستثمارها^(٢). وقد ينوب عن المصدر في تنظيم عملية الإصدار مؤسسة مالية وسيطة كالبنك الإسلامي مقابل أجر أو عمولة تحددها نشرة الإصدار^(٣). وقد ينوب البنك الوسيط عن حملة الصكوك في عمليات التعاقد لبيع ماتم شراؤه بأموال المكتتبين لطرف ثالث وهو الممول - وذلك كما في صكوك المrabحة -، ويكون دور البنك إصدار هذه الصكوك وبيعها - بما تمثله من أعيان - لطرف ثالث. وقد ينوب البنك عن المكتتبين

(١) سورة يوسف، الآية [٧٢].

(٢) ينظر بحث بعنوان: الصكوك وتطبيقاتها المعاصرة لتقي الدين عثمان ص ٢-٣.

(٣) ينظر بحث مقدم للدورة التاسعة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي بعنوان "صكوك الاستثمار"

د. حسين حامد حسان ص ١٤.

في الصكوك في شراء بضاعة سلماً - في صكوك السلم - ثم يتولى بيعها بعد قبضها^(١).

المسألة الثانية: حكم اشتراط الحافز له: -

يمكن تقسيم الصكوك من حيث اشتراط الحافز لمدير العملية إلى قسمين:

(١) صكوك بيع أعيان أو منافع:

وذلك بأن يقوم المصدر أو المدير بإصدار صكوك تمثل أعيان أو منافع يملكها، ثم يقوم ببيعها لحملة الصكوك، فمصدر الصك يعد بائعاً لتلك الأعيان أو المنافع، وحملة الصكوك يعدون المشتريين، كما في صكوك الإجارة، والسلم، أو العكس - بأن يكون المصدر هو المشتري وحملة الصكوك هم البائعون - كما في صكوك المرابحة وغيرها، وبالتالي فنحن هنا أمام بائع ومشتري، أو مؤجر ومستأجر، وثمر المبيع يشترط فيه العلم، والثمر يتضمن مجموع رأس المال وربحه، يدفع على فترات محددة، ولهذا فلا وجه لوجود الحافز لمصدر الصك، أو من ينوب عنه؛ لأن الربح محدد سلفاً بنسبة معينة أو بقدر معلوم، فاشتراط الحافز هنا لا وجه له، كما أن البنك الإسلامي الوسيط يأخذ عمولة (أجرة محددة) معلومة ممن وكله - سواء أكان المكتتبون أم المصدر -، فلا وجه أيضاً لاشتراط حافز له. يضاف إلى ما سبق: أن الربح ثابت معلوم سواء في الإجارة أو المرابحة، فيكون وجود الحافز - في هذه الحال - بلا مقابل؛ حيث لا داعي لاشتراطه، فإن كان بغير شرط؛ دخل في عقود التبرعات وتلك العقود بابها واسع؛ ولذلك - في الواقع - لا نجد هذا الشرط في تلك الصكوك. لكن لو افترضنا جدلاً وجود هذا الشرط فما حكمه؟ يدخل تحت المسألة التي سيأتي عرضها بعد قليل في حكم اشتراط عقد معاوضة في عقد معاوضة آخر.

أما صكوك السلم: فمصدر الصك وهو البنك الوسيط يتولى شراء بضاعة السلم بثمر معلوم - نيابة عن حملة الصكوك -، على أن يقوم ببيعها بعد قبضها بربح متوقع إلى طرف آخر، فهنا أصبح للحافز معنى وفائدة، فإذا استطاع البنك بيع المسلم فيه بربح يزيد

(١) ينظر: المرجع السابق في صكوك السلم ص ١٨-١٩ وفي صكوك المرابحة ٢٠-٢١.

عن المتوقع، فهل يصح للبنك الوسيط أن يشترط الحافز على حملة الصكوك في نشرة الإصدار فينص على أنه: إذا تم بيع بضاعة السلم - بعد قبضها - بربح يزيد عن النسبة المتوقعة فإن الزائد يكون له (مدير العملية) ؟:

يرجع حكم هذه المسألة إلى مسألة اشتراط عقد معاوضة في عقد معاوضة آخر. وسيأتي بيان حكمها في القسم الثاني .

(٢) صكوك تمثل شراكة أو وكالة بأجرة:

ويدخل تحتها صكوك المضاربة، والمزارعة والمساواة - عند من قال بأنهما من قبيل الشركات^(١) - والوكالة بالاستثمار ونحوها، وهي تبنى على أرباح متوقعة، لكن هل يصح

(١) اختلف العلماء في حقيقة المساواة والمزارعة: فذهب الحنفية إلى أنها تنعقد إجارة، ثم تتم شركة، ففيها معنى الإجارة والشركة عندهم. أما أن فيها معنى الإجارة فلا إن الإجارة تملك المنفعة بعوض والمزارعة كذلك؛ لأن البذر إن كان من قبل رب الأرض فالعامل يملك منفعة نفسه من رب الأرض بعوض هو نماء بذره، وإن كان من قبل العامل فصاحب الأرض يملك منفعة أرضه من العامل بعوض هو نماء بذره، فكانت المزارعة استئجاراً، إما للعامل، وإما للأرض، والأجرة فيها بعض الخارج منها. وأما أن فيها معنى الشركة، فلا إن الخارج من الأرض يكون مشتركاً بين صاحبها وبين المزارع حسب النسبة المتفق عليها بينهما (ينظر: بدائع الصنائع ١٧٧/٦ - ١٧٨، تبيين الحقائق ٢٨٠/٥، تكملة البحر الرائق ١٨٢/٨، الهداية مع تكملة الفتح ٤٦٥/٩).

وذهب المالكية إلى أنهما شركة، ولذلك قالوا في تعريفها: هي الشركة في الزرع أو الشجر (ينظر: الشرح الصغير ١٧٨/٢، ومواهب الجليل ١٧٦/٥ - ١٧٧، وحاشية الدسوقي ٣/٣٧٢). وجاء في مواهب الجليل: قال في التوضيح: المزارعة دائرة بين الشركة والإجارة، قال ابن عبد السلام: والأقرب عندي أنها شركة حقيقة، وجاء فيه أيضاً: لا تصح الشركة في المزارعة إلا بشرطين (ينظر مواهب الجليل ١٧٦/٥، ١٧٧)، وجاء في حاشية الدسوقي: أنها شركة عمل وإجارة، غير أن بعض المالكية غلب الشركة على الإجارة، والبعض غلب الإجارة على الشركة (ينظر حاشية الدسوقي ٣/٣٧٢). وذهب الحنابلة إلى أن المزارعة والمساواة من جنس المشاركات وليست من جنس المؤجرات، وهي نظير المضاربة (ينظر: المغني ٤٢٣/٥، والمقنع ١٩٢/٢، ١٩٣).

لمدير العملية أن يشترط له مايزيد عن الأرباح المتوقعة كحافز؟ فإذا كيّفنا الحافز على أنه جعل، ويصير العقد بذلك عقد جعالة، ويكون مشروطاً في العقد الأساسي الذي قد يكون شراكة أو وكالة أو بيع سلم أو غيره من العقود. وبالتالي فإنه ينبغي حكم هذه المسألة على حكم اشتراط عقد معاوضة في عقد معاوضة آخر.

وقد اختلف الفقهاء فيها على ثلاثة أقوال:

الأول: لا يجوز اشتراط عقد معاوضة في عقد معاوضة آخر وهذا قول الحنفية^(١)، والشافعية^(٢)، وهو المذهب عند الحنابلة^(٣).

الثاني: لا يجوز اشتراط عقد الجعالة، أو الصرف، أو المساقاة، أو الشركة، أو القراض، في عقد البيع، أو عقد الإجارة، ولا يجوز اشتراط عقد منهما مع الآخر، ويجوز فيما عدا ذلك كالبيع مع الإجارة. وهذا المشهور عند المالكية^(٤).

(١) ينظر: المبسوط للسرخسي ١٣/١٦، الهداية لمرغيناني ٣/٤٨، فتح القدير لابن الهمام ٦/٤١٠.

(٢) ينظر: الأم للشافعي، الحاوي للماوردي ٥/٣٢٠، المهذب للشيرازي ١/٢٦٧.

(٣) ينظر: المغني لابن قدامة ٦/٣٢٣، الفروع لابن مفلح ٤/٦٣، الإنصاف للمرداوي ٤/٣٥٠.

(٤) قال الخرشي في شرحه على مختصر خليل (٧/٤): «والمعنى أن الإجارة إذا وقعت مع الجعل في صفقة واحدة فإنها تكون فاسدة لتنافر الأحكام بينهما؛ لأن الإجارة لا يجوز فيها الغرر وتلزم بالعقد ويجوز فيها الأجل ولا يجوز شيء من ذلك في الجعل؛ إذ لا يلزم بالعقد ولا يجوز فيه ضرب الأجل وكذلك لا يجوز اجتماع بيع الأعيان مع الجعل في صفقة واحدة للعلة المذكورة بخلاف اجتماع الإجارة مع البيع في صفقة واحدة فيجوز سواء كانت الإجارة في نفس المبيع كما لو باع له جلوداً على أن يخزنها البائع للمشتري نعالاً أو كانت الإجارة في غير المبيع كما لو باع له ثوباً بدراهم معلومة على أن ينسج له ثوباً آخر أو ما أشبه ذلك على المشهور» اهـ. وجاء في الشرح الصغير للدردير ٣/٥٣: «ولا يجوز صرف مع بيع: أي اجتماعهما في عقد واحد كأن يشتري ثوباً بدينار على أن يدفع فيه دينارين ويأخذ صرف دينار دراهم؛ لتنافي أحكامهما؛ لجواز الأجل والخيار في البيع دون الصرف. وكذا لا يجوز اجتماع البيع أو الصرف مع جعل أو مساقاة أو شركة أو نكاح أو قراض أو اجتماع اثنين منها في عقد» اهـ ينظر: مواهب الجليل للحطاب ٦/١٤٥، الفروق للقرافي ٣/١٤٢.

الثالث: يجوز اشتراط عقد معاوضة في عقد معاوضة: وهذا قول عند المالكية^(١)، وقول عند الحنابلة^(٢)، اختاره ابن تيمية^(٣)، وابن قيم الجوزية^(٤).

(١) قال به أشهب، ينظر القوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٢٣، مواهب الجليل للحطاب وبهامشه التاج والإكليل للمواق ١٤٥ / ٦. وينسب للإمام مالك (نسبه الدكتور عبد الله العمراني في كتابه: العقود المركبة ص ١٠١، وذكر النص الذي اعتمد عليه في ذلك) مدونة سحنون (٣/ ١٦٨)، وبالرجوع إليه نجد فيه، «قلت: أرأيت إن اشترت عبدا من رجل بعشرة دنانير على أن أبيع عبدي بعشرة دنانير قال: قال مالك: ذلك جائز. قلت: ولا يكون هذا عبدا ودنانير بعبد ودنانير أوقد أخبرني أن مالكا لا يميز الذهب بالذهب مع إحدى الذهبين سلعة أو مع الذهبين جميعا مع كل واحد منهما سلعة أوقد أخبرني أيضا أن مالكا قال: لا يكون صرف وبيع في صفقة واحدة. قال ابن القاسم: قال مالك: ليس هذا صرفا وبيعا ولا ذهابا وسلعة بذهب وسلعة لأن هذا عبد بعبد والعشرة دنانير بالعشرة دنانير ملغاة لأنها مقاصة. قلت: فإن لم يكن يقاصه بها ولكنه أعطاه عبدا وعشرة دنانير من عنده وأخذ من صاحبه عبده وعشرة دنانير إذا اشترط أن يخرج الدنانير كل واحد منهما من عنده؟ قال: هذا لا يحل لأن هذه دنانير وعبد بدنانير وعبد. قلت: وإنما ينظر مالك إلى فعلهما ولا ينظر إلى لفظهما؟ قال: نعم إنما ينظر إلى فعلهما فإن تقاصا بالدنانير كان البيع جائزا وإن لم يتقاصا بالدنانير وأخرج هذا الدنانير من عنده وهذا الدنانير من عنده فهذا الذي لا يحل إذا كان مع الذهبين سلعة من السلع أو مع إحدى الذهبين سلعة من السلع إذا كان بذلك وجب بيعهما». اهـ فقول ابن القاسم: «قال مالك: ليس هذا صرفا وبيعا ولا ذهابا وسلعة بذهب وسلعة لأن هذا عبد بعبد والعشرة دنانير بالعشرة دنانير ملغاة لأنها مقاصة». صريح في أن مالك رأى أن هذا ليس من قبيل اجتماع عقدين فضلا أن يكون شرط عقد في عقد وإنما يظهر منه أن مالكا رحمه الله رأى أن العقد واحد والتمن مقاصة.

(٢) الإنصاف للمرداوي ٣٥٠ / ٤.

(٣) ينظر: العقود لابن تيمية ص ١٨٩.

(٤) إعلام الموقعين لابن قيم الجوزية ٤٨٦ / ٣.

الأدلة:

أدلة القول الأول:

- ١ - الأحاديث والآثار الدالة على النهي عن بيعتين في بيعة^(١).
- وجه الدلالة: أن معنى النهي فيها هو اشتراط عقد في عقد^(٢)، والنهي يقتضي الفساد^(٣).
- نوقش: بأنه لا يسلم هذا التفسير للبيعتين في بيعة؛ وذلك لأن اشتراط عقد معاوضة في عقد معاوضة لا يؤدي إلى ربا أو محرم^(٤).
- وأجيب: بأن اشتراط نحو السكنى والخدمة في عقد البيع في معنى الربا^(٥)؛ لأن الربا هو الفضل الخالي عن العوض في البيع^(٦).
- ورد عليه: بأن اشتراط نحو السكنى والخدمة في عقد البيع لها ما يقابلها من الثمن، فلم تخل عن عوض، فلا تكون ربا^(٧).
- ٢ - حديث: (لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع...) ^(٨) الحديث.

(١) سبق تخريجه في حاشية رقم (٣) ص ٨٢.

(٢) وهو قول الحنفية، أنظر: المبسوط للسرخسي ١٣/١٦، الهداية للمرغيناني ٣/٤٨، وأحد القولين عند الشافعية، أنظر: الأم للشافعي ٣/٩١، المجموع للنووي ٩/٤١٢، وهو المشهور عند الحنابلة، انظر: الإنصاف للمرداوي ٤/٣٥٠، كشف القناع للبهوتي ٣/١٩٣.

(٣) المغني لابن قدامة ٦/٣٣٣.

(٤) ينظر: نيل الأوطار للشوكاني ٥/١٥٢.

(٥) ينظر: فتح القدير لابن الهمام ٦/٤١٠.

(٦) ينظر: المبسوط للسرخسي ١٢/١٠٩.

(٧) ينظر: العقود المركبة د/ العمراني ص ١٠٣.

(٨) سبق تخريجه في حاشية (٣) ص ٨٣.

وجه الدلالة:

- (أ) من قوله: (لا يحل سلف وبيع) دال على عدم جواز اشتراط عقد القرض في عقد البيع، فيقاس على القرض غيره من العقود، كالبيع مع البيع^(١).
- نوقش: بأنه قياس مع الفارق، فلا يصح؛ لأن النهي عن اشتراط القرض في البيع؛ من أجل أنه يؤدي إلى الربا بخلاف البيع مع البيع، فيقتصر على ما ورد به النهي^(٢).
- (ب) قوله: (ولا شرطان في بيع) فاشتراط عقد في عقد داخل في عموم النهي عن شرطين في بيع.
- ونوقش: أن تفسير الشرطين في بيع، يختلف فيه وأقرب تفسيراته أنه بمعنى البيعتين في بيعه وسبق جوابه. ثم إن اشتراط عقد في عقد شرط واحد، وليس شرطان^(٣).
- ٣- ماروي عن النبي ﷺ أنه: (نهى عن بيع وشرط)^(٤).

(١) ينظر: معالم السنن للخطابي ٣/ ١٢٠.

(٢) ينظر: العقود المركبة للعمراني ص ١٠٣.

(٣) المرجع السابق ص ١٠٤.

(٤) أخرجه الطبراني في الأوسط ٣/ ٢١١، والأصبهاني في مسند أبي حنيفة ص ١٦٠، والحاكم في معرفة علوم الحديث ص ١٢٨، وابن حزم في المحلى ٧/ ٣٢٤، وفيه علتان:

الأولى: ضعف إسناده فهو من رواية أيوب القري عن محمد بن سليمان الذهلي عن عبد الوارث بن سعيد عن أبي حنيفة، وأيوب قال الدارقطني فيه: «متروك، والذهلي مجهول». ينظر: تاريخ بغداد للخطيب ٩/ ٤١٣، ولسان الميزان لابن حجر ٣/ ٢٦٢، كما أن في سننه أبا حنيفة وهو ضعيف في الحديث جاء في نصب الراية للزيلعي (٤/ ٤٤): قال ابن القطان: «وعلته ضعف أبي حنيفة في الحديث». اهـ.

الثانية: نكارة المتن: إذ إن جواز الشرط في البيع قد ثبت في الصحيح كما سيأتي بيانه. وضعف هذا الحديث ابن تيمية وقال: إن هذا حديث باطل أو ليس في شيء من كتب المسلمين وإنما يروى في حكايات منقطعة (الفتاوى الكبرى ٥/ ١٤٥) وضعفه الألباني في السلسلة الضعيفة ١/ ٧٠٥ وقال: «أجمع العلماء المعروفون من غير خلاف أعلمه أن اشتراط صفة في المبيع ونحوه كاشتراط كون العبد كاتباً أو صانعاً أو اشتراط طول الثوب أو قدر الأرض ونحو ذلك شرط صحيح».

وجه الدلالة: أن اشتراط عقد معاوضة في عقد معاوضة يدخل في عموم النهي^(١).

ونوقش: بأن الحديث ضعيف لا تقوم به حجة^(٢).

دليل القول الثاني:

قالوا: لا يجوز اشتراط أحد هذه العقود مع عقد البيع، لتضاد أحكامها معه، وتنافيها؛ وذلك أن العقود أسباب لاشتغالها على تحصيل حكماتها في مسبباتها بطريق المناسبة، والشيء الواحد في الاعتبار الواحد لا يناسب المتضادين، فكل عقدين بينهما تضاد لا يجمعهما عقد واحد، فمثلا الجعالة تلزم الجهالة في عملها، وأما البيع فيلزم عدم الجهالة في عمله، وعلى ذلك ففس بقية العقود^(٣).

نوقش:

١ - بأن التضاد من بعض الوجوه لا يلزم منه التضاد من كل وجه.

٢ - أن المحذور إنما هو الجمع بين عقدين مختلفين شروطا وحكما إذا ترتب على ذلك تضاد في الموجبات والآثار، وهذا يكون في حالة توارد العقدين على محل واحد في وقت واحد، كما في الجمع بين هبة عين وبيعها، بينما المسألة المطروحة هنا مطلقة، كقوله بعتك داري على أن تبيعني دارك، أو على أن تشاركني. فإذا تعدد المحل، وانتفى التضاد في الأحكام فإنه لا حرج في ذلك^(٤). وفي مسألة الحافز قد تعدد المحل وانتفى التضاد، فمحل الحافز يكون بعد تحقق نسبة الربح، بينما محل العقد الأول قبل انعقاد الربح وتبينه، وإذا

(١) ينظر: البحر الرائق لابن نجيم ٩٢/٦، والحاوي للماوردي ٣٤١/٥.

(٢) ينظر: العقود المركبة للعمراي ص ١٠٥.

(٣) ينظر: الفروق للقرافي ١٤٢/٣، مواهب الجليل للحطاب ١٤٥/٦، شرح الخرشي ٤٠/٥، الشرح

الصغير للدردير ١٧/٢.

(٤) ينظر: العقود المركبة للعمراي ص ١٠٨.

تعدد المحل، لم يحصل التضاد؛ لكون الجهالة التي في الحافز، لا تؤثر في معلومية نسبة الربح أو الأجرة، ولا تخل بها.

أدلة القول الثالث:

- ١- أن الأصل في العقود والشروط الإباحة إلا ما دل الدليل على تحريمه، واشترط عقد معاوضة في عقد معاوضة مما لم يرد دليل على تحريمه، فيبقى على أصل الإباحة^(١).
نوقش: بأنها داخلة في النهي عن بيعتين في بيعة، وعن بيع شرط.
وأجيب: بأنه سبق الجواب عن هذين الحديثين في سياق أدلة القول الأول، وأنها لا تشمل هذه المسألة، كما أن الحديث الثاني ضعيف جدا لا يحتج به.
- ٢- قول النبي ﷺ: (المسلمون على شروطهم)^(٢).

وجه الدلالة: فالحديث يدل على وجوب الوفاء بما اتفق عليه واشترط عند العقد، فدل على إباحة اشتراط عقد في عقد لدخوله في عموم الحديث.
نوقش: بأن عموم هذا الحديث مخصوص بحديث: (كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل)^(٣)، حيث أثبت أحكام الشروط إذا جاء النص بها ودل الكتاب عليها^(٤).

(١) ينظر: العقود لابن تيمية ص ١٨٩.

(٢) رواه أبوداود في باب الصلح من كتاب الأقضية رقم ٣٥٩٤، والترمذي في باب ما ذكر في الصلح بين الناس من كتاب الأحكام، والدارقطني في كتاب البيوع برقم ٢٨٦٧، والطحاوي في باب العمرى من كتاب الهبة ٩٠/٤، والحديث ذكره البخاري في صحيحه تعليقا بصيغة الجزم في باب أجرة السمسرة من كتاب الإجارة ٦٧٠/٢، وحسنه ابن حجر في تغليق التعليق ٢٨٢/٣، وصححه السخاوي في المقاصد الحسنة ص ٣٨٥، وحسنه الشوكاني في نيل الأوطار ٢٥٥/٣، والألباني في إرواء الغليل ١٤٥/٥.

(٣) متفق عليه رواه البخاري في باب المكاتب من كتاب الشروط برقم ٢٧٣٥، ومسلم في كتاب العتق برقم ١٥٠٤.

(٤) ينظر: الحاوي للماوردي ٣٥٦/٥.

أجيب: بأن هذا التخصيص لا يسلم؛ لأن معنى: (ليس في كتاب الله) يحتمل عدة معانٍ منها:

(أ) أي ليس في حكم الله فالشرط الباطل ما كان مخالفا لحكم الله.

(ب) أن ذلك يشمل ما لم يرد في كتاب الله لابعومومه ولا بخصوصه، وقد دلت الأدلة على وجوب الوفاء بالعقود والشروط^(١).

٣- عن جابر بن عبد الله^(٢) أنه كان يسير على جملٍ له قد أعيا، فمرَّ النبي ﷺ فضرَبَهُ، فدعا له فسارَ بسيرٍ ليس يسيرٌ مثله. ثم قال: (بِعْنِيهِ بِأَوْقِيَّةٍ)، قلت: لا، ثم قال: (بِعْنِيهِ بِأَوْقِيَّةٍ فَبِعْتُهُ)، فاستثنيتُ حملانَهُ إلى أهلي فلما قَدِمْنَا أَتَيْتُهُ بِالْجَمَلِ وَنَقَدَنِي ثَمَنَهُ، ثُمَّ انصَرَفْتُ، فَأَرْسَلَ عَلِيٌّ إِثْرِي قَالَ: (مَا كُنْتُ لَأُخَذَ بِجَمَلِكَ، فَخُذْ بِجَمَلِكَ، فَهُوَ مَالُكَ)^(٣). وفي لفظ: (على أن لي ظهره إلى المدينة)^(٤)، وآخر: (واشترطت حملانه إلى أهلي)^(٥).

وجه الدلالة: أن جابرا^(٦) اشترط ركوب الدابة في عقد البيع، وهذا اشتراط لعقد الإجارة في عقد البيع، فدل على جواز اشتراط عقد في عقد^(٦).

(١) ينظر القواعد النورانية لابن تيمية ص ٢٢٩، وإعلام الموقعين لابن القيم الجوزية ١/ ٤٢٩.

(٢) هو جابر بن عبد الله بن عمرو بن حرام. (١٦ ق هـ - ٧٨ هـ) أنصاري، سلمى، صحابي، شهد بيعة العقبة. وغزا مع النبي ﷺ ١٩ غزوة. أحد الكثيرين من الرواية عن النبي ﷺ، وكانت له في أواخر أيامه حلقة بالمسجد النبوي ويؤخذ عنه فيها العلم. كف بصره قبل موته بالمدينة. ينظر: الإصابة في تمييز الصحابة لابن حجر العسقلاني (ط التجارية ١/ ٢١٤)، والأعلام للزركلي ٢/ ٩٢.

(٣) متفق عليه: رواه البخاري في باب إذا اشترط البائع ظهر الدابة من كتاب الشروط برقم ٢٧١٨، ورواه مسلم في كتاب المساقاة برقم ٧١٥.

(٤) عند مسلم في الموضع السابق.

(٥) رواه أبو داود في كتاب البيوع: باب شرط في بيع برقم ٣٥٠٥.

(٦) ينظر: شرح صحيح مسلم للنووي ١١/ ٣٤، وإعلام الموقعين لابن القيم ٣/ ٤٦٩.

نوقش:

(أ) أن الشرط لم يكن في نفس العقد، والمنع إذا كان في نفس العقد^(١).

وأجيب: بأن الذين روه بصيغة الإشتراط في العقد أكثر عددا، فتكون موضحة للروايات التي ظاهرها أن الشرط بعد العقد، كما أن مخرج الحديث واحد فتترجح رواية الأكثر عددا وتحمل عليها رواية الأقل^(٢).

(ب) أن النبي ﷺ لم يرد حقيقة البيع، وإنما كان ذلك من حسن العشرة والصحة^(٣).

ويجاب: بأن ظاهر الحديث هو طلب حقيقة البيع، لقوله: (بعنيه) فالعبرة بظاهر النص^(٤). ثم إن هذا الاعتراض منقوض: بأن أفعاله ﷺ تشريعية، فلو كان البيع غير مقصود لبينه، إذ تأخير البيان عن وقت الحاجة ممتنع، ولو افترضنا صحة الاعتراض لم يكن لرفض جابر ﷺ الأول للبيع وجه، ولا لشرطه معنى.

٤ - عن سفينة^(٥) قال: (كُنْتُ مَمْلُوكًا لَأُمِّ سَلَمَةَ فَقَالَتْ: أُعْتِقْكَ وَأَشْتَرِطُ عَلَيْكَ أَنْ

(١) ينظر: المبسوط للسرخسي ١٣/١٤، البحر الرائق لابن نجيم ٦/٩٢، شرح صحيح مسلم للنووي ٣٤/١١.

(٢) ينظر: فتح الباري لابن حجر ٥/٣٧٥ بتصرف.

(٣) ينظر: المبسوط للسرخسي ١٣/١٤، شرح صحيح مسلم للنووي ٣٤/١١.

(٤) ينظر: العقود المركبة للعمراني ص ١١٢.

(٥) سفينة مولى رسول الله ﷺ، وقيل: مولى أم سلمة زوج النبي ﷺ، قيل: أعتقته أم سلمة، واشترطت عليه خدمة النبي ﷺ، ما عاش، يكنى أبو عبد الرحمن، واختلف في اسمه، فقيل: مهران، وقيل: رومان. وقيل: عبس، وسماه رسول الله ﷺ سفينة، لأنه كان معه في سفر فكلما أعيأ بعض القوم ألقى عليه سيفه وترسه ورحمه حتى حمل شيئا كثيرا، فقال له النبي ﷺ: (أنت سفينة)، فبقي عليه. وقال له سعيد بن جهمان: (ما اسمك؟) فقال: (ما أنا بمخبرك، سمي رسول الله ﷺ سفينة، ولا أريد غير هذا الاسم). وتوفي سفينة في زمن الحجاج. ينظر: الاستيعاب لابن عبد البر ٢/٢٤٣، وأسد الغابة لابن الأثير ٢/٢٥٩.

تَخْدِمَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ مَا عَشْتُ، فَقُلْتُ: وَإِنْ لَمْ تَشْتَرِ طِيَّ عَلَيَّ، مَا فَارَقْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ مَا عَشْتُ. فَأَعْتَقْتَنِي وَاشْتَرَطْتُ عَلَيَّ^(١).

وجه الدلالة: أن الحديث دل على جواز اشتراط عقد الإجارة في عقد العتق، مما يدل على جواز اشتراط عقد في عقد^(٢).

٦- أن الجمع بين عقدين جائز بلا شرط، فيكون كذلك مع الشرط لعدم مايمنع ذلك؛ ولأن هذا الشرط لا يحل حراما ولا يحرم حلالا^(٣).

الترجيح:

يظهر -والله أعلم- رجحان القول الثالث، لقوة أدلته وسلامتها من المعارض الصحيح، ولتوجه الجواب على أدلة القولين الآخرين.

(١) رواه أبو داود في كتاب العتق: باب في العتق على الشرط برقم ٣٩٣٢، وابن ماجه في كتاب الأحكام: باب من أعتق عبدا واشترط خدمته برقم ٢٥٢٦، وأحمد في المسند برقم ٢٠٩١٧، والحديث صححه الحاكم في المستدرک ٢/٢١٣-٢١٤ ووافقه الذهبي، وحسنه الألباني في إرواء الغلیل ٦/١٧٥.

(٢) ينظر: إعلام الموقعين لابن قيم الجوزية ٣/٤٨٣.

(٣) ينظر: الشرح الممتع لابن عثيمين ٨/٢٥٠، ومما يتعين التنبيه إليه هنا: أن هذا الجواز ليس على إطلاقه بل هو محمول على ألا يكون الاشتراط، وسيلة لأمر محرم كعينة أو ربا، وذلك لأمرين: الأول: أن الوسائل لها حكم المقاصد. ينظر: فتاوى السبكي ٣/٣٤٣، كشاف القناع ٤/٢٩٩. الثاني: أن هذا هو المعلوم من منهج القائلين بالجواز.

فقد سئل ابن تيمية رحمه الله عن بيع الوفاء: «أَنْ يُعْطِيَ الْمَالُ وَيَسْتَعْلَ الْعَقَارُ عَنْ مَنْفَعَةِ الْمَالِ فَمَا دَامَ الْمَالُ فِي ذِمَّةِ الْآخِذِ فَإِنَّهُ يَسْتَعْلُ الْعَقَارُ وَإِذَا رَدَّ عَلَيْهِ الْمَالُ أَخَذَ الْعَقَارُ» فقال: «وإن قصدا (البائع والمشتري) ذلك وأظهرها صورة بيع لم يجز على أصح قولي العلماء أيضا... فإذا شرط أنه إذا جاء بالثمن أعاد إليه العقار: كان هذا بيعا باطلا». ينظر: مجموع الفتاوى ٢٩/٣٩٦.

المطلب الرابع

حكم اشتراط القرض

عند نقص الربح عن النسبة المعينة

لا يخلو الصك الذي يشترط فيه هذا الشرط من أحد قسمين:

(١) أن يكون صك معاوضة، كالأجارة، والمرابحة، والسلم ونحوها؛

فقد اتفق العلماء - في الجملة - على تحريم هذا الشرط^(١).

الأدلة على تحريم ذلك:

(أ) قوله ﷺ: (لا يجل سلف وبيع)^(٢).

وجه الدلالة: أن معنى السلف في الحديث هو القرض، فمقتضى - هذا الحديث

النهي عن الجمع بين البيع - وما جرى مجراه من عقود المعاوضة - والقرض بالشرط^(٣).

(١) جاء في الفروق للقرافي (٣/ ٢٦٦): وإجماع الأمة على جواز البيع والسلف مفترقين وتحريمهما مجتمعين لذريعة الرباه. وجاء في مواهب الجليل للحطاب (٤/ ٣٩١): واعلم أنه لا خلاف في المنع من صريح بيع وسلف اهـ. وجاء في المغني (٤/ ١٦٢): ولو باعه بشرط أن يسلفه أو بقرضه أو شرط المشتري ذلك عليه أفهو محرم والبيع باطل. وهذا مذهب مالك والشافعي ولا أعلم فيه خلافا اهـ. ينظر أقوال العلماء في تحريم هذه المسألة في: المبسوط للسرخسي - ١٣/ ١٦، بدائع الصنائع للكاساني ٥/ ١٦٩، مدونة سحنون ٣/ ٥٥٣، المهذب للشيرازي ١/ ٣٠٤، حاشية عميرة ٢/ ٢٦٩، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢/ ٣١، الكافي لابن قدامة ٢/ ١٢٤.

(٢) سبق تخريجه في حاشية رقم (٣) ص ٨٣.

(٣) ينظر: المبسوط للسرخسي ١٣/ ١٦، بدائع الصنائع للكاساني ٥/ ١٦٩، المنتقى شرح الموطأ للباجي ٥/ ٢٩، مدونة سحنون ٣/ ١٥٥٣، الحاوي للهاوردي ٥/ ٣١٥، حاشية عميرة ٢/ ٢٦٩، المغني لابن قدامة ٦/ ٤٣٧.

قال شيخ الإسلام ابن تيمية^(١) رَحِمَهُ اللهُ: «فنهى ﷺ عن أن يجمع بين سلف وبيع أإذا جمع بين سلف وإجارة فهو جمع بين سلف وبيع أو مثله»^(٢).

(ب) أن اشتراط القرض في عقد البيع أو العكس وسيلة للوقوع في الربا، جاء في إعلام الموقعين^(٣): «(إن النبي ﷺ نهى أن يجمع الرجل بين سلف وبيع)، ومعلوم أنه لو أفرد أحدهما عن الآخر صح وإنما ذاك لأن اقتران أحدهما بالآخر ذريعة إلى أن يقرضه ألفا ويبيعه سلعة تساوي ثمانمائة بألف أخرى؛ فيكون قد أعطاه ألفا وسلعة بثمانمائة ليأخذ منه ألفين وهذا هو معنى الربا» اهـ.

(٢) أن يكون صك مشاركة أو مضاربة أو مساقاة أو مزارعة:

عند من قال بأن المساقاة والمزارعة من قبيل الشركة^(٤):

اختلف العلماء إذا اشترط القرض في الشركة على ثلاثة أقوال:

الأول: جواز اشتراط القرض في الشركة والمساقاة والمزارعة: وقال بذلك الحنفية^(٥) -إلا

(١) هو أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن تيمية الحرّاني الدمشقي (٦٦١ - ٧٢٨ هـ)، تقي الدين، الإمام شيخ الإسلام، حنبلي، ولد في حرّان وانتقل به أبوه إلى دمشق فنبغ واشتهر. سجن بمصر- مرتين من أجل فتاواه. وتوفي بقلعة دمشق معتقلا. كان داعية إصلاح في الدين، آية في التفسير والعقائد والأصول، فصيح اللسان. مكثرا من التصنيف. من تصانيفه "السياسة الشرعية"، "ومنهاج السنة"، وطبعت "فتاواه" في الرياض في ٣٥ مجلدا. ينظر: البداية والنهاية ١٤/ ١٣٥، والدرر الكامنة ١/ ١٤٤، والأعلام للزركلي ١/ ١٤٠.

(٢) اختيارات شيخ الإسلام للبعلي ٣٩/ ٤.

(٣) إعلام الموقعين لابن القيم ٣/ ١١٣، والاختيارات للبعلي ٦/ ١٧٧.

(٤) ينظر حاشية رقم (١) ص ٩٢.

(٥) ينظر المبسوط للسرخسي- ١٢/ ٦٤، العناية شرح الهداية للبابرتي ٩/ ٢٨، درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٢/ ٤٤١.

من قال منهم بأن المساقاة والمزارعة إجارة^(١):- جاء في المبسوط^(٢): «فإنه لو دفع ألف درهم إلى رجل على أن يكون نصفها قرضا عليه ويعمل في النصف الآخر بشر-كته: يجوز ذلك» اهـ.

الثاني: عدم جواز اجتماع القرض مع الشركة -والشرط من باب أولى-، وهو قول أحمد جاء في المغني: ولو قال: أقرضني ألفاً وادفع إلى أرضك أزرعها بالثلث؛ كان خبيثاً^(٣). وهو مقتضى قول شيخ الاسلام ابن تيمية إذا كان حيلة على الربا^(٤).
الثالث: جواز اجتماع القرض والشركة مع عدم الشرط وتحريمه بالشرط ورجحه ابن قدامة في المغني.

قال في المسألة السابقة: والأولى جواز ذلك إذا لم يكن مشروطاً^(٥). وسئل أحمد عن رجل قال: أقرضني ألفاً شهراً ثم هو بعد الشهر مضاربة؟ قال: لا يصلح؛ وذلك؛ لأنه إذا أقرضه صار ديناً عليه وقد ذكرنا أنه لا يجوز أن يضارب بالدين الذي عليه. ولو قال: ضارب به شهراً ثم خذه قرضاً. جاز؛ لما ذكرنا فيما تقدم^(٦).

(١) ينظر البحر الرائق لابن نجيم ٦/٢٠١.

(٢) ينظر: المبسوط للسرخسي ١٢/٦٤.

(٣) المغني ٤/٢١٣، وينظر: الفروع لابن مفلح ٤/٢٠٧، الإنصاف ٥/١٣٤.

(٤) قال رحمه الله (الاختيارات للبعلي ٤/١٩-٢٠): «وجماع الحيل نوعان: إما أن يضموا إلى أحد العوضين ما ليس بمقصوداً أو يضموا إلى العقد عقداً ليس بمقصود... والنوع الثاني: وهو أن يضموا إلى العقد المحرم عقداً غير مقصوداً... أو يقرون بالقرض محاباة في بيع أو إجارة أو مساقاة أو نحو ذلك أمثل أن يقرضه ألفاً ويبيعه سلعة تساوي عشرة بئاتين أو يكتري منه دابة تساوي ثلاثين بخمسة ونحو ذلك. فهذا ونحوه من الحيل لا تزول به المفسدة التي حرم الله تعالى من أجلها الربا اهـ. فبهذا يقرر رحمه الله قيدا في هذا القول وهو أنه إذا كان عقد الشركة ليس مقصوداً وكان حيلة على الربا فإنه لا يجوز الشرط ولا العقد».

(٥) ينظر: المغني ٤/٢١٣.

(٦) المرجع السابق ٥/٤٣.

أدلة الأقوال:

أدلة القول الأول:

يمكن أن يستدل للقول الأول بمايلي:

(١) قول النبي ﷺ: (المسلمون على شروطهم) فالحديث يدل على وجوب الوفاء بما اتفق عليه واشترط عند العقد، فدل على إباحة اشتراط عقد في عقد لدخوله في عموم الحديث.

يجاب عليه: بأن الحديث عام يخصه حديث: (كل قرض جر منفعا فهو ربا)^(١)، وهو وإن كان ضعيف السند إلا أنه صحيح معنى، وروي عن جملة من الصحابة أنهم نهوا عن كل قرض جر منفعة للمقرض^(٢).

(٢) أن الأصل في العقود والشروط الإباحة إلا ما دل الدليل على تحريمه، واشترط عقد معاوضة في عقد معاوضة مما لم يرد دليل على تحريمه، فيبقى على أصل الإباحة. يجاب عليه: بأن القرض عقد إرفاق وعقد الشركة عقد معاوضة، يجز منفعة للشريكين فعلى كل، يؤدي اشتراط القرض في عقد الشركة إلى حصول الانتفاع بالقرض من قبل

(١) حديث: (كل قرض جر منفعة...) رواه الحارث بن أبي أسامة في مسنده برقم ٤٤٣ من حديث علي مرفوعا، وفي إسناده سوار بن مصعب وهو متروك، قال عمر بن بدر في المغني: لم يصح فيه شيء (تلخيص الحبير ٣/ ٢٤ ط شركة الطباعة الفنية ١٣٨٤ هـ، وفيض القدير ٥/ ٢٨ ط المكتبة التجارية ١٣٥٦ هـ) وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى برقم ١٠٩٩٢ عن فضالة بن عبيد موقوفا بلفظ: (كل قرض جر منفعة فهو وجه من وجوه الربا) ورواه البيهقي في السنن الكبرى عن ابن مسعود برقم ١٠٩٩٠ وأبي بن كعب برقم ١٠٩٨٦، ١٠٩٨٧ وعبد الله بن سلام برقم ١٠٩٨٥ وابن عباس برقم ١٠٩٨٨، موقوفا عليهم (ينظر: نيل الأوطار ٥/ ٣٥٠ - ٣٥١ ط دار الجيل بيروت).

(٢) ينظر: فتح القدير لابن الهمام ٤/ ٤٥٢، وأسنى المطالب للأنصاري ٢/ ١٤٢.

المقترض، وهو ما ينافي مقتضى القرض، ويؤدي إلى الربا، كما أن عقد الشركة قد يكون غير مقصود، وإنما المقصود الحيلة إلى الربا فيحرم لذلك.

أدلة القول الثاني:

- (١) حديث: (كل قرض جر منفعة فهو ربا) وسبق توجيهه.
- (٢) أنه قد يكون حيلة على الربا^(١)، وقد روي عن أبي هريرة^(٢) رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: (لا تركبوا ما ارتكبت اليهود فتستحلوا محارم الله بأذى الحيل)^(٣). وثبت عن النبي ﷺ أنه قال: (لعن الله اليهوداً حرمت عليهم الشحوم فجملوها فباعوها وأكلوا أثمانها)^(٤).

أدلة القول الثالث:

- (١) قالوا: لأن الحاجة داعية إليه والمستقرض إنما يقصد نفع نفسه وإنما يحصل انتفاع المقرض ضمناً فأشبهه أخذ السفتجة^(٥) به وإيفاءه في بلد آخر.

- (١) ينظر: الاختيارات للبعلي ٤/ ١٩-٢٠.
- (٢) أبو هريرة (٢١ ق هـ ٥٩ هـ): هو عبد الرحمن بن صخر، من قبيلة دوس، وقيل في اسمه غير ذلك. صحابي، راوية الإسلام. أكثر الصحابة رواية. أسلم سنة ٧ هـ وهاجر إلى المدينة. ولزم النبي ﷺ. فروى عنه أكثر من خمسة آلاف حديث. ولاه أمير المؤمنين عمر البحرين، ثم عزله للين عريكته. وولي المدينة سنوات في خلافة بني أمية. ينظر: سير أعلام النبلاء للذهبي ٢/ ٥٧٨، الأعلام للزركلي ٤/ ٨٠.
- (٣) رواه ابن بطة في إبطال الحيل ١/ ٥٧ برقم ٥٦، وحسنه ابن تيمية ينظر: الاختيارات للبعلي ٤/ ٢٠.
- (٤) متفق عليه رواه البخاري في باب لا يُذاب شحم الميتة، ولا يباع ودُّكُه من كتاب البيوع برقم ٢١٩٥، ومسلم في كتاب البيوع برقم ٤٠٠٤.
- (٥) السفتجة: بضم السين وفتحها، وفتح التاء، فارسي معرب من سفته بمعنى الخط، وهي أن يعطي شخص مالا لآخر، وللآخر مال في بلد المعطي فيوفيه إياه. فيستفيد أمن الطريق. (ينظر: حاشية ابن عابدين على الدر المختار ٤/ ٢٩٥، وحاشية الدسوقي ٣/ ٢٢٥، والمصباح المنير ٤/ ٢٤٨، ومعجم لغة الفقهاء ١/ ١٩).

(٢) ولأنه مصلحة لهما جميعاً^(١)، والشرع جاء بتحقيق المصالح وتكميلها، ودرء المفاسد وتقليلها.

الترجيح:

والراجع والله أعلم: هو المنع منه إذا كانت الشركة غير مقصودة، وإنما القصد الحصول على الربا أو المنفعة من القرض، أو صيرورة القرض أداة لضمان الربح، ثم ضماناً لرأس المال، وتكون الشراكة - بذلك - صورية، ويتبين مما سبق أن اشتراط القرض عند نقص الربح، يؤدي إلى أمرين:

(١) ضمان الربح وضمن رأس المال تبعاً، وذلك يمنع كون الشركة، مرادة بالقصد الأول.

(٢) النزاع و الشقاق بين المشتري والمشتري عليه (أي مصدر الصك وحامله) بيانه: لو افترضنا جدلاً أن الشراكة مقصودة فعلاً - بالقصد الأول - ووقع القرض عند نقص الربح عن النسبة المعينة، ولكن تعذر تسديد هذا القرض من أرباح مستقبلية زائدة عن النسبة المتوقعة حتى نهاية الإصدار، فهل سيطالب المقرض بما أقرضه؟ وهل سيلتزم مشتري الصك بسداد ذلك القرض؟ في الواقع لا يمكنه المطالبة، إذ إن المطالبة تضعف الثقة بالإصدار، كما لا يمكن لحامل الصك السداد؛ لأنه سيمنع كون الصكوك أداة استثمارية، تدر الربح على حامله، وهذا مؤذن بخطر كبير يهدد الصكوك الإسلامية، في حاضرها ومستقبلها.

فإذا لم يمكن المطالبة بهذا القرض ولا سداً، علمنا أنه صورة ظاهرية تغطي حقيقته، وهي ضمان الربح ورأس المال.

(١) ينظر: المغني ٢١٣/٤.

المطلب الخامس

حكم تعهد المدير بشراء الأصول بالقيمة الاسمية

ينقسم تعهد مصدر الصكوك بشراء الأصول بالقيمة الاسمية إلى قسمين:

الأول: أن يتعهد بشراءها (استردادها) مطلقاً:

سواء وجد التعدي والتقصير أو لم يوجد، فلا تخلو الصكوك من أحد نوعين:

أولاً: صكوك المشاركة والمضاربة والوكالة بالاستثمار والمرابحة والسلم والمساواة

والمزارة:

فهذه الصكوك لا يجوز تعهد المدير بشراء الأصول بالقيمة الاسمية باتفاق أهل العلم

المعاصرين^(١)، فيما أعلم.

مستند عدم الجواز من وجهين:

(١) أنه بمثابة ضمان رأس المال، وهو ممنوع شرعاً^(٢) بالإجماع، قال ابن قدامة رحمه الله:

متى شرط على المضارب (وهو العامل) ضمان المال أو سهماً من الوضيعة فالشرط باطل، لا نعلم فيه خلافاً^(٣).

(٢) أن مقتضى القرض، هو ضمان رأس المال^(٤)، فإذا تم ضمان رأس المال تغيرت

حقيقة العقد، إلى عقد قرض، وهو من عقود الإرفاق، التي لا يجوز أخذ الربح فيها،

(١) ينظر: قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد بجدة رقم ٣٠ (٤/٣) البند الثالث من العنصر-

الرابع، والقرار رقم ١٧٨ (٤/١٩) الفقرة رقم ٣، ٢ من البند ثالثاً، وتوصيات المجلس الشرعي

بهئية المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية المنعقد بدولة البحرين بتاريخ ٦/١/١٤٢٩ هـ المادة

١/٣ البند ثالثاً، وبحث "الصكوك وتطبيقاتها المعاصرة"، للقاضي تقي الدين عثمان ص ٣، وبحث

"الصكوك وتطبيقاتها المعاصرة" للدكتور علي القري ص ١٨.

(٢) ينظر: المعايير الشرعية لهئية المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، ص ٢٣٠.

(٣) ينظر المغني لابن قدامة ٥/٤٠، والإنصاف ٥/٤٢٤.

(٤) ينظر مواهب الجليل للحطاب ٥/٣٧٥.

فيصير - مع الربح - حينئذ من قبيل الربا^(١).

وأما صكوك الوكالة بالاستثمار والمراوحة والسلم، فالمصدر وكيل عن حملة الصكوك، وكما أن للمضارب حكم الوكيل^(٢)، في كونه أمين - لا يضمن إلا بالتعدي والتفريط^(٣)، ولم يؤثر استحقاقه نسبة من الربح في نفي صفة الأمانة عنه، فكذا الوكيل بأجر؛ فوجود الأجرة أو الجعل في عقد الوكالة لا ينفي صفة الأمانة عن الوكيل، ولهذا لم يفرق الفقهاء - في كون الوكيل أمين - بين كون الوكالة بأجر أو دونه.

ثانياً: صكوك الإجارة:

في هذا النوع من الصكوك، يقوم مدير العمليات أو المصدر نيابة عن مالك العين أو المنفعة ببيع هذه السلعة على الجمهور، عن طريق طرح هذه الصكوك للإكتتاب العام، فيتملك حملة الصكوك تلك العين أو المنفعة، ثم يقوم مدير العمليات بتأجير تلك العين أو المنفعة للمالك الأول لها، ويتعهد المالك الأول بشراء تلك الأصول، عند نهاية مدة الإصدار^(٤).

وإذا كان كذلك فإن تعهد المصدر بشراء الأصول بالقيمة الاسمية يقوي قول من يرى

(١) روى ابن أبي شيبة في المصنف (٣١٨/٥) عن سعيد بن أبي عروبة عن قتادة عن عكرمة مولى ابن عباس: أن شرط الضمان في المضاربة ربا أو عبر عنه بقوله: كل شرط في مضاربة فهو ربا، قال سعيد: وهو قول قتادة.

(٢) ينظر: حاشية رقم (٢-٣) ص ٧٥. قال الكاساني (بدائع الصنائع ٨٦/٦): ولأن المضاربة وكالة والشرط الفاسد لا يعمل في الوكالة.

(٣) الوكيل أمين في المذاهب الأربعة، ينظر: حاشية ابن عابدين ٤/٤١٦، وبدائع الصنائع للكاساني ٦/٣٤، وحاشية الدسوقي ٣/٣٩٠، ومغني المحتاج للشربيني ٢/٢٣٠، وكشاف القناع ٣/٤٦٩.

(٤) ينظر صكوك التأجير الإسلامية الحكومية بالبحرين، تاريخ الإصدار ١٩ نوفمبر ٢٠٠٢ والإصدار الثاني بتاريخ ١٥ ديسمبر ٢٠٠٣م، البند رقم ١ في الإصدارين جميعاً، متعلق بتعهد المصدر (مملكة البحرين ويمثلها مؤسسة نقد البحرين) بإعادة شراء الأصول - المباعية لحملة الصكوك - المؤجرة على دولة البحرين، بالقيمة الأصلية لهذه الأصول.

أن هذه الصورة من صكوك الإجارة هي من العينة المحرمة شرعاً^(١)، فالصكوك وما تمثله من عقود (بيع وتأجير) إنما هي صورية لاحقيقية، وهي في حقيقتها تمثل مبادلة مال بمال أكثر منه. ونقل ابن تيمية رحمه الله إجماع الصحابة والتابعين على تحريم العينة^(٢).

(١) ينظر ص ٧٢ من الكتاب.

(٢) قال شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله (الاختيارات للبعلي ٦ / ٤٥) عن العينة: «ولم يبلغنا أن أحدا من الصحابة بل ولا من التابعين رخص في ذلك بل عامة التابعين من أهل المدينة والكوفة وغيرهم على تحريم ذلك فيكون حجة بل إجماعا، ولا يجوز أن يقال: فزيد بن أرقم قد فعل هذا لأنه لم يقل إن هذا حلال بل يجوز أن يكون فعله جريا على العادة من غير تأمل فيه أو لا نظر ولا اعتقاد... ولهذا لم يذكر عنه أنه أصر على ذلك بعد إنكار عائشة وكثيرا ما قد يفعل الرجل النبل الشيء مع ذهوله عما في ضمنه من مفسدة فإذا نهى انتبه وإذا كان الفعل محتملا لهذا ولما هو أكثر منه لم يجوز أن ينسب لأجله اعتقاد حل هذا إلى زيد بن أرقم رضي الله عنه لا سيما وأم ولده إنما دخلت على عائشة تستفتيها وقد رجعت عن هذا العقد إلى رأس مالها، فعلم أنهما لم يكونا على بصيرة منه وأنه لم يتم العقد بينهما... قال: وفي هذا دليل على بطلان العقد الأول إذا قصد التوصل به إلى الثاني». اهـ وقال ابن القيم رحمه الله في إعلام الموقعين (٣ / ٩٢-٩٣): فإن من أراد أن يبيع مائة بمائة وعشرين إلى أجل فأعطى سلعة بالثمن المؤجل ثم اشتراها بالثمن الحال أو لا غرض لواحد منهما في السلعة بوجه ما وإنما هي كما قال فقيه الأمة (ابن عباس) دراهم بدراهم دخلت بينهما حريرة؛ فلا فرق بين ذلك وبين مائة بمائة وعشرين درهما بلا حيلة ألبتة إلا في شرع ولا في عقل ولا عرف أبل المفسدة التي لأجلها حرم الربا بعينها قائمة مع الاحتيال أو أزيد منها فإنها تضاعفت بالاحتيال لم تذهب ولم تنقص؛ فمن المستحيل على شريعة أحكم الحاكمين أن يحرم ما فيه مفسدة ويلعن فاعله ويؤذنه بحرب منه ورسوله ويوعده أشد الوعيد ثم يبيح التحيل على حصول ذلك بعينه سواء مع قيام تلك المفسدة وزيادتها بتعب الاحتيال في معصية ومخادعة الله ورسوله. هذا لا يأتي به شرع؛ فإن الربا على الأرض أسهل وأقل مفسدة من الربا بسلم طويل صعب التراقي يتراعى المترايبان على رأسه فيا لله العجب أي مفسدة من مفاسد الربا زالت بهذا الاحتيال والخداع؟.. وقال: فإن الربا لم يكن حراما لصورته ولفظه وإنما كان حراما لحقيقته التي امتاز بها عن حقيقة البيع؛ فذلك الحقيقة حيث وجدت وجد التحريم في أي صورة ركبت وبأي لفظ عبر عنها؛ فليس الشأن في الأسماء وصور العقود وإنما الشأن في حقائقها ومقاصدها وما عقدت له. اهـ.

القسم الثاني: أن يضمن استردادها بالقيمة الاسمية عند التعدي والتقصير:

تقرر فيما سبق أن الشريك والوكيل يأخذان حكم العامل في شركة المضاربة، وإذا كذلك فقد اتفق الفقهاء من المذاهب الأربعة على أن المضارب يعد أميناً في مال المضاربة فلا يضمنه إلا بالتعدي والتفريط، قال ابن قدامة: لأنه متصرف في مال غيره بإذنه لا يختص بنفعه فكان أميناً كالوكيل. وفارق المستعير؛ فإنه قبضه لمنفعته خاصةً وها هنا المنفعة بينهما. فعلى هذا، فالقول قوله في قدر رأس المال. قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنهم من أهل العلم أن القول قول العامل في قدر رأس المال^(١). ويظهر أن هذا الإجماع، مبني على إجماعهم في كون المضارب أمين، ولذلك أورده ابن قدامة عقيب المسألة. فعلى هذا إذا اشترط الضمان على المضارب أو الشريك أو الوكيل عند التعدي أو التفريط، فهو من مقتضى العقد ووجود الشرط مجرد تأكيد للحق اللازم (بالعقد).

(١) المغني لابن قدامة ٥/ ٤٤، وجاء في المبسوط ٢/ ٢٠٢: المضارب أمين في المال كالمستبضع والأجير. اهـ وجاء في كنز الدقائق (ينظر مع شرحه تبين الحقائق ٥/ ٥٣): والمضارب أمين وبالتصرف وكيل وبالربح شريك وبالفساد أجير وبالخلاف غاصب وباشتراط كل الربح له مستقرض وباشتراطه لرب المال مستبضع. اهـ ووردت هذه العبارة في كتب الحنابلة أيضاً ينظر: مطالب أولي النهى للرحبياني ٣/ ٥١٥ وكشاف القناع للبهوتي ٣/ ٥٠٨، وعند المالكية: التاج والإكليل للمواق ٧/ ٤٦٣، والإتقان والإحكام شرح تحفة الحكام لمحمد الفاسي المعروف بشرح ميارة ٢/ ١٣٢، وعند الشافعية: حاشية الجمل على شرح المنهج ٣/ ٥٢٣، المذهب للشيرازي ١/ ٣٩٥. جاء في المنشور في القواعد الفقهية للزركشي- (٢/ ٣٢٣): «اليد على ضربين: يد غير مؤتمنة... ويد أمانة كالوديعة والشركة والمضاربة والوكالة ونحوها إذا وقع منها التعدي صارت اليد يد ضمان».

وأما صكوك الإجارة: فإن مُصدر الصكوك يتولى استئجار العين التي باعها على حملة الصكوك، ولا خلاف بين الفقهاء أن المستأجر أمانة في يد المستأجر، لا ضمان عليه ما لم يتعد أو يفرض^(١). وحكم اشتراط الضمان عند التعدي أو التفريط موافق لمقتضى العقد ومؤكد له.

* * * * *

(١) ومن نقل الاتفاق على ذلك: السرخسي- في المبسوط ١٦٢/١٥، والكاساني في بدائع الصنائع ٢١٠/٤، وابن قدامة في المغني ٣١١/٥.

الباب الأول

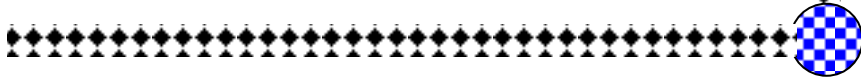
**صكوك عقد امتياز البناء
والتشغيل والإعادة (B.O.T)
في المجال العقاري**

وفيه تمهيد وفصلان؛

التمهيد: وفيه تعريف عقد امتياز البناء والتشغيل
والإعادة، وأركانه وخصائصه، وسلبياته،
وايجابياته.

الفصل الأول: تكييف عقد امتياز البناء والتشغيل
والإعادة، وحكمه.

الفصل الثاني: صكوك التمويل والاستثمار بعقد
امتياز البناء والتشغيل والإعادة.



تمهيد

وفيه تعريف عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة، وأركانه وخصائصه، وسلبياته، وإيجابياته

وفيه مطلبان:

المطلب الأول

تعريف عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة

تمثل عقود (B.O.T) صوراً جديدة ومستحدثة من العقود الإدارية وتستهدف القيام بمشاريع ضخمة يعهد بها إلى إحدى الشركات للقيام بإنشاء مرفق عام وتشغيله لحسابها الخاص مدة من الزمن، على أن تلتزم بنقل إدارته إلى الطرف الآخر سواء كان الدولة أو شخصاً معنوياً أو حقيقياً. وهذا الاصطلاح هو اختصار لثلاث كلمات انجليزية هي: البناء (build) والتشغيل (operate) ونقل الإدارة (transfer) ويقابلها بالفرنسية مصطلح (c.e.f). ولهذا العقد عدة تعريفات أهمها مايلي:

التعريف الأول: عرفته لجنة الأمم المتحدة للقانون النموذجي (الأنيسترال): «بأنه شكل من أشكال تمويل المشاريع تمنح بمقتضاه حكومة ما، لفترة من الزمن، أحد الاتحادات المالية، ويدعى "شركة المشروع" امتيازاً لتنفيذ مشروع معين وعندئذ تقوم شركة المشروع ببنائه وتشغيله وإدارته لعدد من السنوات فتسترد تكاليف البناء وتحقق أرباحاً من تشغيل المشروع، واستثماره تجارياً، وفي نهاية مدة الامتياز تنتقل ملكية المشروع إلى الحكومة»^(١).

التعريف الثاني: عرفته منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية (unido): «بأنه اتفاق تعاقدى يتولى بمقتضاه أحد أشخاص القطاع الخاص إنشاء أحد المرافق الأساسية في الدولة، بما في ذلك عملية التصميم والتمويل والقيام بأعمال التشغيل والصيانة لهذا المرفق

(١) ينظر: عقد b.o.t لإلياس ناصيف ص ٨١-٨٢.

خلال فترة زمنية محددة يسمح له فيها بفرض رسوم مناسبة على المنتفعين من هذا المرفق... لتمكين ذلك الشخص من استرجاع الأموال التي استثمرها ومصاريف التشغيل والصيانة بالإضافة إلى عائد مناسب على الاستثمار وفي نهاية المدة يلتزم الشخص المذكور بإعادة المرفق إلى الحكومة أو إلى شخص جديد يتم اختياره عن طريق الممارسة العامة^(١).

وأهم ما يؤخذ على هذين التعريفين ما يلي:

١- الطول الذي ينافي صبغة التعاريف التي يجب أن تتميز بالإيجاز والتحديد. ويظهر هذا المأخذ جلياً في التعريف الأخير.

٢- أن التعريف الأول عرفه بأنه شكل من أشكال التمويل بينما عرفه التعريف الآخر بأنه اتفاق تعاقدى فالتعريف الأول نظر إلى العقد باعتبار نتائجه والتعريف الآخر نظر إلى العقد باعتبار بدايته، ونتائج الشيء ليست من ماهيته كما أن تعريف العقد بأنه اتفاق تعاقدى فيه دور يخل بالحدود، ولو اقتصر على عبارة اتفاق كان أولى.

٣- يؤخذ على التعريف الأول أنه جعل عقد البوت منحة من الحكومة والمنحة مرادفة للهبة، التي تخالف مبدأ المعاوضات، ولا خلاف في أن عقد البوت من عقود المعاوضات، واختيار الحكومة للمتعاقد من متعدد؛ لا يخرج عن كونه عقداً من عقود المعاوضات.

٤- يؤخذ على هذين التعريفين أنهما جعلاً عقد البوت خاصاً بالمشاريع الحكومية فقط، وهذا صحيح من جهة أن أصل نشأة هذه العقود هو لأجل هذا الغرض، ولكن في الآونة الأخيرة تم التوسع في هذا النوع من العقود حتى صار للأشخاص المعنويين بل للأفراد نصيب منه.

٥- نص التعريف الأول على ملكية الطرف المتعاقد مع الحكومة للمشروع إلى نهاية المدة وهذا غير صحيح - كما سيأتي - بل إن ملكيته هي للحكومة وكلمة transfer هي لنقل إدارة المشروع - لا ملكيته - للحكومة أو إلى من تختاره.

(١) د. ليل منظمة اليونيدو ص ٢٨٨.

التعريف الثالث: عرفه مجمع الفقه الإسلامي بأنه: «اتفاق مالك أو من يمثله مع ممول (شركة المشروع) على إقامة منشأة وإدارتها، وقبض العائد منها، كاملاً أو حسب الاتفاق، خلال فترة متفق عليها بقصد استرداد رأس المال المستثمر مع تحقيق عائد معقول، ثم تسليم المنشأة صالحة للأداء المرجو منها»^(١).

يؤخذ على هذا التعريف:

١- أنه غير جامع: حيث لم يذكر أحد أهم أركان عقد البناء والتشغيل والإعادة، وهو المحل (العقار) الذي يقام عليه المشروع أو المنشأة.

٢- أن تحقيق العائد من المشروع، هو نتيجة للعقد ولا يدخل في ماهيته.

٣- أن قوله في التعريف: «تسليم المنشأة صالحة للأداء المرجو منها»، هذا من شروط العقد، ولا يدخل في ماهيته، كما أنه لا يسوغ ذكر الشروط في التعاريف؛ إذ يستوجب ذلك التطويل المخالف لطبيعة التعاريف، وتخصيص بعض الشروط بالذكر ليس أولى من بعض.

٤- أن فيه تكراراً لذكر العائد، كما أن قوله: «العائد المعقول» غير منضبط، فضلاً عن أن مقدار هذا العائد لا يعلم إلا بعد نهاية العقد؛ لأن الربح لا يسمى ربحاً إلا بعد استرداد رأس المال، كما تشير الدراسات -الآتي ذكرها- إلى أن أرباح هذه المشاريع كبيرة قد تصل إلى أكثر من ٩٠٪.

التعريف المختار:

أن عقد البناء والتشغيل والإعادة (B.O.T) هو: - اتفاق بين طرفين أحدهما مالك العقار والآخر يتولى إقامة مشروع عليه، مقابل تملكه لمنفعته مدة معلومة.

(١) قرار مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورته التاسعة عشرة في إمارة الشارقة رقم ١٨٢ (٨/١٩)

المطلب الثاني

**أركان عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة،
وخصائصه، وسلبياته، وإيجابياته، والعقود المشابهة له**

وفيه أربعة فروع:

الفرع الأول: أركان عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة:

لم أجد من تكلم عن أركان هذا العقد ولكن الذي توصلت إليه أن عقد (B.O.T) لابد فيه من أربعة أركان: الأول) العاقدان: وهما طرفا العقد فالأول هو الجهة المالكة لمحل إقامة المشروع سواء كانت الحكومة أو الناظر على الوقف أو أي شخصية حقيقية أو معنوية. والثاني: هو الجهة التي تقوم ببناء المشروع وتشغيله والاستفادة من ريعه مدة العقد وتسمى "مدير المشروع".

الثاني: الأرض محل المشروع.

الثالث: المشروع: وهو الإنشاءات المحددة في العقد.

الرابع: الصيغة: هي الألفاظ التي يصاغ بها العقد متضمنة، بيان أركانه وشروطه والتزامات كل طرف وحقوقه. بعضهم يجعل كون المشروع بدر دخلا، أمرا داخلا في حقيقة العقد، وهذا له وجهه؛ لأن العقد في أصله استشاري من جهة مدير المشروع وإن كان تمويلا من جهة الحكومة.

الفرع الثاني: خصائص عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة:

تتميز مشروعات B.O.T بعدد من الخصائص منها:

١ - أنه عقد امتيازي؛ وذلك لأن الحكومة تختار شركة من القطاع الخاص فتعطيها امتيازاً تتولى بموجبه إقامة أحد مشاريع البنية التحتية بجميع مراحلها من تصميم وتمويل وإنشاء وتشغيل خلال فترة زمنية معينة هي مدة الامتياز، وتتقاضى من الجمهور رسوماً إذا استفادوا من خدمة المشروع خلال هذا المدة.

٢- بعد انتهاء فترة الامتياز تقوم الشركة المستثمرة بنقل إدارة المشروع للحكومة، ويتعين أن تكون فترة الامتياز طويلة - نسبياً - بقدر يكفي لتغطية رأس المال المستثمر في المشروع ويحقق معدل ربح أو عائد مناسب للشركة.

٣- كبر حجم الاستثمارات المطلوبة في هذه العقود، ويترتب على هذه الخصيصة عدم قدرة المستثمر الفرد على تمويل الكثير من هذه المشروعات، الأمر الذي دعا المستثمرين في هذه المشروعات إلى ضرورة تكوين اتحاد مالي (كونستيتيورم) مكون من القطاع الخاص، البنوك، ومؤسسات مالية أخرى لتمويل هذه المشروعات.

٤- عمومية الانتفاع بالخدمات التي تقدمها مشاريع هذه العقود، وذلك يرجع لكبر عدد المستهلكين للخدمات التي تقدمها هذه المشروعات، وتنوع مستويات دخولهم.

٥- كثير من هذه الخدمات - التي تقدمها هذه المشروعات - ضرورية للمستهلك مثل الكهرباء، الطرق، الجسور، المياه، وغيرها مما يخلق ضغطاً على هذه المشروعات.

٦- الحاجة لتدخل الحكومة في بعض الأحيان لضمان استمرار هذه المشروعات.

٧- تسد الحاجة للخبرات المهنية سواء في عمليات الإنشاء أو التصميم أو الإدارة.

٨- تنوع المخاطر التي تتعرض لها هذه المشروعات وتعددتها، حيث يختلف التمويل لها من قروض طويلة، متوسطة، قصيرة الأجل مع وجود فوائد على تلك القروض بعوائد ثابتة أو متغيرة، أو عن طريق مساهمات مباشرة أو أسهم بغرض المتاجرة تتضمن طلب الحصول على أرباح منتظمة تشكل عبئاً على مدير المشروع.

٩- اشتراك عدد كبير من الأطراف في منظومة هذا العقد سواء كان بالمباشرة أو بالارتباط غير المباشر (الحكومة - شركاء المشروع - المقرضون - شركات البناء والمقاولات - موردو المعدات - مستثمرو رأس المال - الجهات المشترية لمنتجات المشروع - مستخدمو تلك المنتجات).

١٠ - بموجب هذا العقد لا تضمن حكومة البلد المضيف تسديد أي قروض لتنفيذ

المشروع، وإنما يتوقف سداد هذه القروض على العوائد التي يدرها المشروع.

١١ - لا تتم هذه العقود إلا في مناخ استثماري صحي، خال من التعقيد والبيروقراطية

والفساد الإداري؛ لذا يتعين على الحكومة المضيفة أن تضع قاعدة سياسية مستقرة وتهيئ

مناخاً قانونياً مواتياً لقيام القطاع الخاص باستثمارات كبيرة على المدى الطويل ويتمثل

ذلك في إصدار الموافقات والتصاريح الإدارية المطلوبة بسهولة ويسر - بعيداً عن

البيروقراطية مع توخي العدالة والموضوعية^(١).

١٢ - ثبوت حق الجهة الإدارية في الإشراف والرقابة طوال مرحلتَي التشييد

والاستغلال.

١٣ - ملكية المشروع تظل ثابتة للجهة الإدارية^(٢).

١٤ - يحقق الاستثمار بهذا الأسلوب أرباحاً مرتفعة للقطاع الخاص، فقد أوضحت

عدّة دراسات تطبيقية أن الاستثمار في مشاريع البنية التحتية يحقق عوائد مرتفعة قد تصل

في بعض الحالات إلى ٩٦٪. ويعرض الجدول التالي نتائج بعض الدراسات التي تمت في

هذا المجال.

(١) ينظر: دراسات الجدوى التجارية والاقتصادية والاجتماعية مع مشاريع BOT، لعبد القادر محمد

عبد القادر عطية ص ٦٣٤ - ٦٤٦ - ٦٦٣، الدار الجامعية، الإسكندرية، الطبعة الثانية، ٢٠٠٠ -

٢٠٠١م، والرابط التالي في شبكة الانترنت:

http://www.iqtissadiya.com/archives_detail.asp?id=١٨٨٥&issue=٢٩١&category=local

(٢) ينظر: عقود التشييد والاستغلال والتسليم b.o.t دراسة في إطار القانون الدولي الخاص دكتور/

محمد الروبي ص ٢٤ وما بعدها.

معدّل العائد الضمني للاستثمار في مشاريع البنية التحتية وفقاً لعدد من الدراسات^(١):

مؤلف الدراسة	سنة الدراسة	معدل العائد الضمني %	عينة الدراسة
مونيل	١٩٩٠	٪٦٠	الولايات المتحدة الأمريكية
ميرا	١٩٩٣	٪٩٦	مناطق اليابان
برودوم	١٩٩٣	٪١٢	مناطق فرنسا
أوشيمور، وغالو	١٩٩٣	٪٧٧	تاوان، الصين
أوشيمور، وغالو	١٩٩٣	٪٥١	كوريا
كاننغ، وفاي	١٩٩٣	٪٩٥	بلدان متعددة، نامية

الفرع الثالث: سلبيات وإيجابيات عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة:

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: إيجابيات عقد B.O.T:

يمكن تحديد إيجابيات هذا العقد في عناصر كثيرة، فأذكر منها على سبيل العد لا

الحصر:

١ - تمكين الدولة من توفير الخدمات المختلفة الضرورية اللازمة والتي لا يمكن الاستغناء عنها، والتي يصعب إقامتها بالموارد المحلية الحكومية.

٢ - يساعد الدولة على توجيه مواردها العامة إلى القطاعات الاستراتيجية التي يعجز القطاع الخاص عن تنفيذها.

٣ - المساهمة في كبح جماح الركود الاقتصادي والقضاء على البطالة و الحد من التضخم، وذلك لأنه من المعلوم أن مشاريع البنية التحتية تتصف في الغالب بكونها

(١) تقرير عن التنمية في العالم ١٩٩٤م، البنية الأساسية من أجل التنمية، البنك الدولي، ص ٢٦.

مستهلكة للعملاء الأجنبية وبكونها غير منتجة لها بصورة مباشرة نظراً لصعوبة تصدير منتجاتها. ومن ثم فإن تمويل مشاريع البنية التحتية بأسلوب BOT قد يقلل من الاقتراض الحكومي ويساعد على التخفيف من الدين العام وبالتالي يقلل من معدلات التضخم والبطالة، خاصة إذا تم تشغيل عمالة محلية في هذه المشاريع.

٤ - رفع الطاقة التوظيفية والتشغيلية للاقتصاد الوطني. وتخفيض ضغوط الاقتراض (المحلي - الخارجي).

٥ - يسمح نظام الاستثمار وفق B.O.T بنقل وتوزيع المخاطر المالية والصناعية وغيرها من الحكومة إليه.

٦ - إمكانية استفادة القطاع الحكومي من خبرات القطاع الخاص في إدارة وتشغيل هذه المشروعات، وبالتالي إعطاء النموذج الأفضل الذي تسترشد به المشروعات الحكومية.

٧ - إن زيادة إشراك القطاع الخاص في إدارة مشروعات البنية الأساسية، يسمح بزيادة الاعتماد على منظومة الإدارة والمتابعة السريعة عن قرب، مما يؤدي إلى تفعيل القدرات وتوظيف الإمكانيات والارتقاء بالمهارات.

٨ - إن زيادة الاستثمار الممول من الخارج - القطاع الخاص - يؤدي مستقبلاً إلى توفير عناصر جذب مؤثرة لتنمية هذه الاستثمارات، من حيث تحسين البيئة، مناخ الاستثمار، تنمية الوعي الاستثماري، زيادة الإحساس بعوائد وفوائد الاستثمار.

٩ - إمكانية استخدام الحكومة لنتائج وأداء هذا النظام لتحسين صورتها وأدائها الداخلي والخارجي وذلك لوجود الاقتناع الجماهيري بهذه المشاريع.

١٠ - تقديم خدمة عامة أساسية، و سد حاجة المواطن بإتاحة هذه الخدمة العامة للجمهور.

١١- تخفيف العبء عن كاهل الدولة بإتاحة الفرصة للقطاع الخاص (المحلي أو الأجنبي) في المشاركة في بناء المرافق الأساسية، الأمر الذي يساهم في توفير الموارد على الحكومة.

١٢- الحصول على التقنية المتطورة والحديثة اللازمة لتشييد تلك المستودعات والمرافق التي قد لا تتوافر محلياً، بل ينقلها المستثمر الأجنبي المالك لتلك التقنية الحديثة والذي يتمتع بالخبرة الطويلة العالمية في تشييد وبناء مثل هذه المشاريع والمرافق.

١٣- إن تنفيذ المشاريع بأسلوب B.O.T من شأنه أن يجنب مساوئ الخصخصة باعتبار أن ملكية -منفعة- المرفق المنفذ وفق نظام B.O.T سيتنقل للدولة مستقبلاً^(١).

١٤- تضمن هذه المشاريع حسن الأداء المطلوب للمنشأة؛ إذ إن الشركة القائمة بالإنشاء هي التي تقوم بالتشغيل والصيانة، فتجعلها تتحرى أحسن المواصفات من أجل أن يستطيع المشروع العمل بطريقة حسنة حتى نهاية العقد، وهذا يؤدي إلى توفير في الصيانة فيما لو تمت هذه المشاريع على حساب الدولة.

المسألة الثانية: سلبيات أو مساوئ عقد B.O.T:

لهذا العقد بشكل عام سلبيات أو مساوئ يمكن تلخيصها في ما يلي:

١- الضغط على السيولة المتاحة في السوق المحلي، وترحيل عائدات الاستثمار إلى خارج الدولة المضيفة، وذلك بأن يقوم المستثمر بتمويل المشروع داخلياً عن طريق البنوك المحلية -دون أن يقوم بضخ أمواله في السوق المحلي- و يقوم بسداد هذه البنوك من عائدات الاستثمار ثم ير حل الأرباح إلى الخارج، فينتج عنه استهلاك قدر كبير من السيولة المتاحة في السوق المحلي، مما يؤدي إلى حالة من الانكماش الاقتصادي.

(١) ينظر: عقد b.o.t لإلياس ناصيف ص ١٤٥-١٥٢، و دراسات الجدوى التجارية والاقتصادية والاجتماعية مع مشاريع BOT لعبد القادر محمد عبد القادر عطية، ص ٦٤٦-٦٤٧، و تقرير البنك الدولي عن التنمية في العالم ١٩٩٤، ص ١١٤-١١٥.

٢- قد تبالغ الشركة صاحبة الامتياز في زيادة تكاليف الخدمة المنتجة، أو زيادة احتساب تكاليف التمويل عما هو متاح في الحالات العادية فينعكس ذلك على أسعار الخدمة مما يمثل عبئاً إضافياً على المستهلكين.

٣- قد تلتزم الدولة شراء الإنتاج بموجب العقد، الذي يلزم الدولة بالدفع على أساس الأسعار التي ترتفع مع مرور الزمن، ومع الوقت ومدة العقد الطويلة، ترتفع كلفة هذه المشاريع على الدولة.

٤- عادة ما ترتبط عقود b.o.t بشروط الاحتكار، التي تلتزم بها الدولة إذ تشترط شركة المشروع على الدولة، تأمين الاحتكار حتى تضمن سيطرتها على السوق وضمان عدم منافستها بتحقيقها لاسترداد ما أنفقته من أموال، ويترتب على ذلك ما يترتب على الاحتكار من أضرار ومساوئ، وإذا لم يرتبط المشروع باحتكار، تلتزم الدولة بشراء الخدمة التي يقدمها المشروع، وفي كلا الأمرين ضرر.

٥- طول مدة العقد وما قد ينتج عنها من حسنات في مصلحة المستثمر وأضرار بمصلحة الدولة المانحة، فإذا كانت شركة المشروع تلتزم في نهاية مدة العقد بإعادة نقل إدارته إلى الدولة المضيفة، فإن هذه المدة قد تطول كثيراً، كما لو بلغت مثلاً تسعة وتسعين عاماً، والعقد الذي يعقد لمثل هذه المدة يلزم أجيالاً متعاقبة تلتزم بنتائج هذا العقد، وما ينتج عنه من بدائل لمصلحة الملتزم تؤخر استفادة الدولة من المشروع، وتحمل أبناء المجتمع هذه البدائل، وتضر بالمصالح الاقتصادية العائدة للدولة، كما تضر بمصالحها السياسية^(١).

(١) ينظر: دراسات الجدوى التجارية والاقتصادية والاجتماعية مع مشاريع BOT، لعبد القادر محمد عبد القادر عطية ص ٦٤٨، وعقد b.o.t لإلياس ناصيف ص ١٥٥-١٦٣ بحث بعنوان: خصخصة إدارة وبناء وتشغيل البنية التحتية في المملكة العربية السعودية لعبد الرحيم عبد الحميد الساعاتي ص ١٤، ندوة التعاون بين الحكومة والقطاع الأهلي في تمويل المشاريع الاقتصادية، جدة، جامعة الملك عبد العزيز، ٢- ٤/ ٧/ ١٤٢٠ هـ، ص ٤٣.

الفرع الرابع: العقود المشابهة لعقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة:

لقد تم تطوير صيغ أو أنواع أو أشكال - على اختلاف بين الباحثين - عديدة مشابهة لعقد B. O. T من أجل مساهمة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية ومن هذه العقود:

١- عقود B.O.O.T عقود البناء - التملك - التشغيل - التحويل وهي عادة ما تتيح للمستثمرين بناء المشروع وتملكه بواسطة شركة مؤقتة، تكفل له سهولة تشغيله وصيانته، تُمثّل فيها الحكومة، وتتولى - الحكومة - الإشراف على التأسيس والتشغيل خلال فترة الامتياز، وبعد انتهاء هذه الفترة، يصبح المشروع ملكية عامة للدولة ومن ثم تنتهي شركة الامتياز قانوناً.

٢- عقود B.O.L.T بناء التملك المرحلي - التأجير التمويلي - والتمويل، وهذا النوع مصمم لإنشاء المشروعات التي تحتاج إلى آلات ومعدات رأسمالية؛ لتشغيلها كما تصلح في حال كانت الشركة المشرفة على المشروع غير قادرة على تشغيله فتقوم بتأجيره لشركة أخرى لتشغيله وإدارته خلال فترة الامتياز، أو تقوم الحكومة بتأجير المشروع مقابل حق الانتفاع وعائد تحصل عليه.

٣- عقود B.O.O بناء - تملك - تشغيل: عبارة عن شراكة بين الحكومة والقطاع الخاص، بواسطة شركة امتياز، تتولى الإشراف على التشغيل، ولا ينتهي هذا النوع بالتحويل إلى الملكية العامة، ولكن يتم تجديد الامتياز أو انتهاء العمر الافتراضي للمشروع «حقوق النفط - المناجم».

٤- عقود B.R.T بناء - تأجير - تحويل: هذا النوع من المشروعات له طبيعة خاصة مستمدة من خصوصية المنفعة المحققة للجمهور، وترتبط هذه الخصوصية بالمكان العائد المتولد عنه؛ إذ يستند المشروع إلى قابليته للتأجير «الموانئ - المطاعم النهرية - الطرق السريعة».

٥- عقود D.B.F.O تصميم - بناء - تمويل - امتلاك: طبقاً لهذا النوع تتفق الإدارة مع المستثمر على إقامة مشروع بنية أساسية، وفقاً للشروط الفنية والتصميمات التي تضعها الحكومة بواسطة أجهزتها الاستشارية، ويتولى المتعاقد «المستثمر» الإنفاق على إقامة المشروع وتأسيسه كما يقوم بالبحث عن مصادر التمويل للمشروع وفقاً للضوابط التي تضعها له الدولة وتحت إشرافها وتنتقل ملكية المشروع إلى الحكومة بعد انتهاء مدة العقد حيث إن الحكومة تحصل على مقابل الأرض وعلى قيمة محددة نسبياً من الإيرادات مقابل فتح الامتياز للمستثمر، ويحق للحكومة تجديد العقد أو منح تشغيل المشروع لمستثمر آخر بشروط أفضل مع دفع التعويض المناسب للمستثمر «مالك المشروع».

٦- عقود M.O.O.T تحديث - امتلاك - تشغيل - تحويل: يقصد بهذا النوع من العقود أن يتعهد المستثمر تحديث أحد المرافق العامة أو أحد المشروعات الأساسية وتطويره لتكنولوجيا المشروع وفقاً لأحدث المستويات العالمية ويصبح مالكا مؤقتاً للمشروع ويتولى تشغيله خلال فترة الامتياز من قبله مباشرة أو عن طريق الغير وفي نهاية الامتياز تؤول ملكيته للدولة.

٧- هناك أنواع أخرى من العقود مثل (B.L.T) بناء - تأجير - تحويل، (B.O.O.S) بناء - امتلاك - تشغيل - بيع عند نهاية فترة الامتياز تدفع الدولة القيمة المتبقية. (B.O.T.T) بناء - تشغيل - تدريب - تحويل، هنا المستثمر مطالب بتوفير التدريب للكوادر الوطنية قبل التنازل عن التجهيزات «ينطبق أساساً على الدولة النامية». (D.B.O) حيث يقوم المستثمر بشراء الأصول المملوكة للدولة من خلال عقد امتياز، ثم يقوم ببنائه مرة أخرى وتشغيله لحسابه من خلال مدة العقد ويمتلكه ملكية نهائية.

إن لمجموع هذه العقود هدفاً مشتركاً، ألا وهو قيام القطاع الخاص بتولي مهام تمويل واستثمار أملاك الدول ذات الطبيعة الاقتصادية. ويعد عقد BOT هو الأكثر شيوعاً بين

هذه العقود من الناحية العملية من حيث «الحقوق – الالتزامات» ؛ لكون عقد الاستثمار عقدٌ يخضع للقوانين المنظمة للاستثمار، فإن ذلك يترتب عليه العديد من الالتزامات وينتج كذلك عنه للمستثمر حقوق استقلال أثناء فترة الامتياز^(١).

* * * * *

(١) ينظر: عقد b.o.t لإلياس ناصيف ص ٨١-٨٢.

الفصل الأول

تكييف عقد امتياز البناء والتشغيل وإعادة حكمه

وفيه ثلاث مباحث:

المبحث الأول : آلية العمل بأسلوب عقد امتياز البناء والتشغيل
والإعادة.

المبحث الثاني: تكييف العقد شرعاً.

المبحث الثالث: حكمه.



المبحث الأول

آلية العمل بأسلوب عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة

إن معرفة آلية العمل بأسلوب عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة؛ يعين على تحديد أطراف العقد، وأدوارهم المنوطة بهم، ويعين على معرفة أقرب تكييف فقهي لهذا العقد. وبناء عليه: فآلية العمل بأسلوب عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة على النحو الآتي:

إذا أرادت الحكومة إنشاء مشروع من مشاريع البنية التحتية وترغب في تنفيذه بأسلوب البناء والتشغيل والإعادة BOT، فإنها تعلن في البداية عن مناقصة تحتوي الإطار التشريعي والنظامي الذي سيعمل المشروع في نطاقه، وتحتوي المعايير التي ترغب في تحقيقها، والمتعلقة عادة بالوقت اللازم لتنفيذ المشروع وفترة الامتياز التي ستمنحها للشركة التي ستتعهد بتنفيذه، وتكلفة الخدمة للجمهور.

وبناء على الإعلان عن هذه المناقصة يجتمع غالباً عدد من المستثمرين والقانونيين والمهندسين وأصحاب المقاولات العالمية والمحلية ليكونوا اتحاداً مالياً Consortium يتفقون فيه على نسبة كل منهم في رأس المال " حقوق الملكية أو أسهم المشروع " والتي تشكل عادة من ١٥٪ إلى ٣٠٪ من إجمالي التمويل اللازم للمشروع، ويحددون المصادر الخارجية " البنوك ومؤسسات التمويل " التي سيحصلون منها على القروض، التي تغطي بقية التمويل، والتي تتراوح نسبتها بين ٧٠٪ إلى ٨٥٪ من إجمالي التمويل. ثم يقومون بإعداد دراسة جدوى؛ للتأكد من أن تدفقات إيراداته خلال فترة الامتياز، كافية لتغطية تكاليفه وتحقيق أرباح مجزية لهم. فإذا اتفقوا على تبني المشروع Sponsors يتقدمون بعرضهم وعطائهم للحكومة، فإذا كان هو العرض والعطاء الأفضل ووافقت الحكومة على إرسائه عليهم، يقوم الاتحاد المالي لهذه المجموعة بتأسيس شركة خاصة للمشروع تنتهي بانتهاء فترة امتيازها، وتتولى هذه الشركة

تجميع مساهمات الأعضاء، وطلب القروض اللازمة لتغطية إجمالي تمويل المشروع، وتصبح هذه الشركة هي المسؤولة عن سداد القروض، وفوائدها للجهات المقرضة، دون التعرض إلى الأصول المالية الخاصة بأعضاء الاتحاد المالي وبقية المساهمين.

كما تتولى هذه الشركة إجراءات التعاقد مع الحكومة لتنفيذ المشروع والتوقيع على الاتفاقات اللازمة التي توضح الحقوق والالتزامات لكل منهما. وتقوم الشركة أيضاً بإجراء كل التعاقدات الخارجية الأخرى اللازمة لتنفيذ المشروع، كالتعاقد مع شركات المقاولات، وموردي الآلات، والأجهزة والمواد الأولية وغيرهم.

وبعد إقامة المشروع تتولى الشركة عملية التشغيل بنفسها، أو قد تتعاقد مع شركة مشغلة **Operator** لتتولى عملية التشغيل والصيانة، وتستخدم الإيرادات المتحصلة خلال فترة التشغيل، لتغطية تكاليف التشغيل والصيانة ودفع التزامات التمويل، والإيراد المتبقي بعد ذلك هو الإيراد الصافي أو الربح المتحقق للشركة.

ومن حق الحكومة والدائنين التأكد من أن عملية التشغيل والصيانة، تتم وفقاً للمعايير المتفق عليها سلفاً، وبعد أن تنتهي فترة الامتياز الممنوحة للمشروع يتم تحويل منفعة للحكومة. وقد ترى الحكومة أن من المناسب تجديد التعاقد مع الشركة نفسها لتستمر في التشغيل أو قد تعهد بالتشغيل لطرف آخر من القطاع الخاص أو قد تتولى التشغيل بنفسها^(١).

(١) ينظر: دراسات الجدوى التجارية والاقتصادية والاجتماعية مع مشاريع BOT لعبد القادر محمد عبد القادر عطية ص ٦٣٥ - ٦٣٦ و ص ٦٥٣ - ٦٥٤، بحث: خصخصة إدارة وبناء وتشغيل البنية التحتية في المملكة العربية السعودية لعبد الرحيم عبد الحميد الساعاتي ص ١٢ ص ١٦، ص ٣٠، بحث: أساليب البناء - التشغيل - الإعادة "BOT" سلاح المنافسة الجديد في صناعة البناء والتشييد، لخالد الدغيشر مقدم إلى المؤتمر الهندسي السعودي الخامس، مكة المكرمة، جامعة أم القرى، ١٣ - ١٦ ذي القعدة ١٤١٩ هـ، ص ٨٧.

المبحث الثاني تكييف العقد شرعا

وفيه مطلبان:

المطلب الأول

تخريج المسألة على أقوال الفقهاء السابقين

لم أجد من تكلم من الفقهاء السابقين عن هذه المسألة الحادثة بصورتها الحالية، ولكن هناك بعض الأقوال التي نصت على مسائل قريبة من المسألة محل البحث منها:

١- قال الشافعي: «وكل ما جاز لك أن تشتريه على الانفراد جاز لك أن تكتريه على الانفراد والكراء بيع من البيوع وكل ما لم يجر لك أن تشتريه على الانفراد لم يجر لك أن تكتريه على الانفراد ولو أن رجلا اكترى من رجل أرضا بيضاء ليزرعها شجرا قائما على أن له الشجر وأرضه كان في الشجر ثمر بالغ أو غص أو لم يكن فيه كان هذا كراء جائزا كما يكون بيعا جائزا». قال الربيع^(١): «يريد أن لصاحب الأرض البيضاء الشجر وأرض الشجر. أي بعد انتهاء عقد الإجارة تنتقل ملكية الشجر إلى صاحب الأرض»^(٢).

وهذه الصورة التي أجازها الشافعي رحمه الله مقاربة لصورة عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة من جهة عدّ الأجرة عينا، تسلم بعد انقضاء مدة الإجارة إلا أنها تختلف عنها من جهتين:

(أ) أن صاحب الأرض في عقد البناء والتشغيل والإعادة محتاج للبناء وطالبه بخلاف ما ههنا فهذا يغير من نية العاقلين.

(١) الربيع بن سليمان بن عبد الجبار بن كامل المرادي، بالولاء، المصري، (١٧٤ - ٢٧٠ هـ) أبو محمد: صاحب الامام الشافعي وراوي كتبه، وأول من أملى الحديث بجامع ابن طولون، كان مؤذنا، وقال الشافعي في حقه: الربيع راويتي، وقال: ما خدمني أحد ما خدمني الربيع. ينظر: الطبقات للسبكي ١/ ٢٥٩، تهذيب التهذيب لابن حجر ٣/ ٢٤٥، الأعلام للزركلي ٣/ ١٤.

(٢) الأم للشافعي ٤/ ٢٣.

(ب) أن المنتفع بالأرض - في المسألة التي ذكرها الإمام الشافعي - يدفع ما أقامه من بناء أو شجر كأجرة لانتفاعه بالأرض بينما في عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة، فإن صاحب الأرض ومالك البناء، يدفع البناء لمن قام ببنائه ليستوفي أجرته من غلته.

٢- قال ابن القاسم^(١) في رجل قال لرجل أعطني عرصتك هذه أبنيتها بعشرة دنانير أو بما دخل فيها على أن أسكنها في كل سنة بدينار حتى أوفي ما غرمت فيها وأصلحت. قال: «إن سمي عدة ما يبنيتها به وما يكون عليه كل سنة فذلك جائز وإن لم يسم فلا خير فيه»^(٢). اهـ.

وهذه الصورة كالتى قبلها من جهة الاتفاق والاختلاف، لكن يضاف هنا اشتراط ابن القاسم رحمه الله كون البناء - الذي هو أجرة الأرض - معلوم مقدار ما يبنيتها به محدد في العقد؛ لأن من شروط الإجارة العلم بقدر الأجرة^(٣).

المطلب الثاني

تكييف عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة

اختلف الباحثون المعاصرون في تكييف عقد البناء والتشغيل والإعادة على أربعة أقوال:

(١) هو عبد الرحمن بن القاسم بن خالد العنقي المصري شيخ حافظ حجة فقيه (١٣٣ - ١٩١ هـ). صحب الإمام مالكا، وتفقه به وبنظرائه. لم يرو أحد الموطأ عن مالك أثبت منه، وروى عن مالك "المدونة" وهي من أجل كتب المالكية. خرج عنه البخاري في صحيحه، وأخذ عنه أسد بن الفرات، ويحيى بن يحيى ونظراؤهما. توفي بالقاهرة. ينظر: وفيات الأعيان ٢٧٦/١، والأعلام للزركلي ٩٧/٤.

(٢) البيان والتحصيل لابن رشد ٤٦١/٨.

(٣) وهذا شرط لاختلاف فيه بين أهل العلم قال ابن قدامة (المغني ٥/٢٥٥): «يشترط في عوض الإجارة كونه معلوما، لا نعلم في ذلك خلافا». اهـ.

القول الأول: يكيف على أنه عقد مستحدث، لا مثيل له في العقود الفقهية المعروفة، وقال به: كل من الدكتور حسن يوسف داود^(١)، والدكتور عبد الوهاب أبو سليمان^(٢)، والدكتور أحمد محمد بخيت^(٣)، وتبناه مجمع الفقه الإسلامي^(٤).

القول الثاني: أنه عقد جعالة ذكره الدكتور عبد الستار أبو غدة^(٥).

القول الثالث: أنه عقد إجارة وذكره كل من: الدكتور أحمد محي الدين أحمد^(٦)، والدكتور عبد الوهاب أبو سليمان^(٧)، والدكتورة ناهد السيد^(٨).

(١) ينظر: المصارف الإسلامية والتنمية الصناعية لحسن يوسف داود ص ٢٩، ط/ دار الفكر العربي ١٩٩٨.

(٢) ينظر: بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي في دورته التاسعة عشرة بالشارقة بعنوان: "عقد البناء والتشغيل وإعادة الملك" للدكتور عبد الوهاب أبو سليمان ص ٢.

(٣) ينظر بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي في دورته التاسعة عشرة بالشارقة بعنوان "تطبيق عقد البناء والتشغيل والإعادة (B.O.T) في تعمير الأوقاف والمرافق العامة" للدكتور أحمد محمد بخيت ص ٣٠.

(٤) في دورته التاسعة عشرة بالشارقة، قرار رقم ١٨٢ (٨/١٩).

(٥) ينظر بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي في دورته التاسعة عشرة بالشارقة بعنوان "عقد البناء والتشغيل والإعادة (B.O.T) وتطبيقه في تعمير الأوقاف والمرافق العامة" للدكتور عبد الستار أبو غدة ص ١٥.

(٦) ينظر: بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي في دورته التاسعة عشرة بالشارقة بعنوان "تطبيق عقد البناء والتشغيل والإعادة (B.O.T) في تعمير الأوقاف والمرافق العامة" للدكتور أحمد محي الدين أحمد ص ١٤.

(٧) ينظر: بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي في دورته التاسعة عشرة بالشارقة بعنوان: "عقد البناء والتشغيل وإعادة الملك" للدكتور عبد الوهاب أبو سليمان ص ٢٢-٢٣.

(٨) ينظر: بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي في دورته التاسعة عشرة بالشارقة بعنوان: "حقيقة نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية" للدكتورة ناهد السيد ص ٢٤-٢٥.

القول الرابع: أنه عقد استصناع وقال به الدكتور عبد الستار أبو غدة^(١)، وتبنته ندوة البركة الثالثة والعشرين^(٢).

مستند كل قول في تكييفه:

مستند القول الأول^(٣):

(١) أن هذا العقد بتركيبته الكاملة عقد كامل جديد متعدد الأنواع، متفاوت المراحل، يخرج أصالة على القاعدة الفقهية المشهورة: «الأصل في العقود الإباحة»^(٤).

يجاب عليه من وجهين:

الأول: أن العقد المستحدث كلياً، إن قلنا بإباحته في أصله، فقد يطرأ عليه من الشروط ما يغير حقيقته، فيكون متردداً بين عدة عقود، وهذا يناقض مقاصد الشريعة، والتي منها ثبات العقود، واستقرارها.

الثاني: أن حمله على أحد العقود المسماة - ما أمكن ذلك - أولى من جعله مستحدثاً بالكلية؛ وذلك لأن حمله على العقد المسمى أسهل - في معرفة باقي أحكامه، وضوابطه، وموانعه؛ كونه سبق دراسته فقهياً - من استحداث عقد يحوج إلى دراسته من كافة جوانبه.

(١) ينظر: بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي في دورته التاسعة عشرة بالشارقة بعنوان "عقد البناء والتشغيل والإعادة (B.O.T) وتطبيقه في تعمير الأوقاف والمرافق العامة" للدكتور عبد الستار أبو غدة ص ١٥.

(٢) ينظر: قرارات وتوصيات ندوات البركة للاقتصاد الإسلامي ص ٢٩٨ - ٢٩٩.

(٣) ينظر: بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي في دورته التاسعة عشرة بالشارقة بعنوان: "عقد البناء والتشغيل وإعادة الملك" للدكتور عبد الوهاب أبو سليمان ص ١٦.

(٤) لم أجد من ذكر القاعدة بهذا اللفظ بل نصها الذي وجدت قولهم: «الأصل في الأشياء الإباحة»، ينظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٦٥، والأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٢٦ - ٢٧.

٢) قالوا بوجود الفرق بين هذا العقد محل البحث والعقود المعروفة في الفقه الإسلامي^(١).

يجاب عليه: بعدم التسليم بوجود هذا الفرق بين هذا العقد وجميع العقود الفقهية المعروفة، بل هو مطابق لأحد هذه العقود كما سيأتي.

مستند القول الثاني:

قالوا: إن الجهة المانحة لامتياز المشروع هي الجاعل، وأن المنفذ له هو العامل، وهذان الطرفان في عقد الجعالة لا يحتاجان لمزيد من البيان.

أما محل الجعالة فهما انجاز البناء، والجعل إما انجاز البناء فهو حتى يبلغ الغاية المستهدفة منه وهو تحقيق الغرض من المشروع: إن كان مرفقا فإنه يصلح للاستخدام أو طريقا فإنه يصلح للاستطراق، أو جسرا فإنه يصلح للعبور... الخ.

فأما الجعل فهو هنا ليس نقوداً، ولا أعيانا إنما هو منفعة، والمنفعة تصلح أجرة أو جعلاً وهي هنا منفعة المشروع نفسه حيث توضع تحت تصرف العامل - وهو الجهة المنفذة للمشروع - ليحصل من منافع محل الجعالة على ما يقابل جهده^(٢).

(١) ينظر: بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي في دورته التاسعة عشرة بالشارقة بعنوان: "عقد البناء والتشغيل وإعادة الملك" للدكتور عبد الوهاب أبو سليمان ص ٢٢-٢٣، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي في دورته التاسعة عشرة بالشارقة بعنوان: "تطبيق عقد البناء والتشغيل وإعادة (B.O.T) في تعمير الأوقاف والمرافق العامة" للدكتور أحمد محمد بخيت ص ٣٠. ولم يفصلوا في بيان تلك الفروق.

(٢) ينظر: بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي في دورته التاسعة عشرة بالشارقة بعنوان "عقد البناء والتشغيل وإعادة (B.O.T) وتطبيقه في تعمير الأوقاف والمرافق العامة" للدكتور عبد الستار أبو غدة ص ١٦.

يجاب عليه:

١- بأن هناك فرقا مؤثرا يصرف عقد البناء والتشغيل والإعادة عن كونه عقد جعالة، وذلك أن عقد الجعالة عقد جائز^(١)، بينما هذا العقد عقد لازم، لا يحق لأحد من أطراف العقد فسخه^(٢).

٢- أن عقد البناء والتشغيل والإعادة معلوم العمل، بخلاف الجعالة، التي شرعت لأجل جهالة العمل^(٣).

٣- أن هذا التكييف نظر إلى هذا العقد باعتبار أن أحد أطرافه الجهة الإدارية (الحكومية)، بينما الواجب في التكييف النظر في العقد بقطع النظر عن ماهية أطرافه.

(١) ينظر: تحفة المحتاج للهيتمي ٢/ ٣٦٩، ٣٧٠، وحاشية البجيرمي على الخطيب ٣/ ١٧٢، وأسنى المطالب للأنصاري ٢/ ٤٤٣، ومغني المحتاج للشربيني ٢/ ٤٣٣، وحاشية القليوبي على شرح المحلي للمنهاج ٣/ ١٣٣، والتاج والإكليل للمواق ٥/ ٤٥٥، والمقدمات لابن رشد ٢/ ٣٠٧، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ٤/ ٦٨، وكشاف القناع للبهوتي ٢/ ٤١٩.

(٢) وإن فسخته جهة الإدارة (الحكومة) بها من سلطة المصلحة العامة، فيستحق الطرف الآخر التعويض، وهذا الفسخ خاص بجهة الإدارة لما لها من سلطة تقديرية - تبعا للمصلحة العامة - في فسخ العقود، أعطاهها لها القانون. ينظر عقد bot لإلياس ناصيف ص ٣٩٥.

(٣) قال ابن قدامة (٢٠/ ٦): «ولأن الحاجة تدعو إلى ذلك (الجعالة) أفإن العمل قد يكون مجهولا أكرد الأبق والضالة ونحو ذلك أولا تنعقد الإجارة فيه أو الحاجة داعية إلى ردهما أو قد لا يجد من يتبرع به» فدعت الحاجة إلى إباحة بذل الجعل فيه مع جهالة العمل؛ لأنها غير لازمة» اهـ. فالفرق بين الجعالة والإجارة هو صحة جهالة العمل في الجعالة بخلاف الإجارة (ينظر الموسوعة الفقهية الكويتية ٢٠٨/ ١٥).

مستند القول الثالث:

١- أن هذه الصورة - عقد البناء والتشغيل والإعادة - قد وردت بذاتها عن الشافعي

رحمه الله (١).

يجاب عليه: بالفرق بين الصورتين كما سبق بيانه.

٢- إن نظام البناء والتشغيل والإعادة BOT هو عقد تنطبق عليه أركان عقد الإجارة، بحيث إذا تم النظر إلى المشاريع التي تخطط لإقامة مباني، أو مشاريع من شأنها فرض الرسوم على المستخدمين لمنفعة المشروع مثل محطة كهرباء، أو مياه، إقامة شبكة للمواصلات، الاتصالات السلكية واللاسلكية، أو الموانئ والمطارات، فلا شك أن الأرض التي يقام عليها المشروع في هذه الصور مملوكة للدولة وأن الجهة الممولة للمشروع تعتبر هي الجهة المؤجرة للأرض مقابل أجره مستحقة للدولة في نهاية فترة معينة متفق عليها، وهذه الفترة هي فترة الامتياز، ثم تسلم الأرض والمشروع المقام عليها إلى الدولة في نهاية المدة، وفيما يلي بيان ذلك:

الإجارة هي «عقد على منفعة مباحة معلومة، مدة معلومة، من عين معلومة، أو موصوفة في الذمة، أو عمل بعوض معلوم»^(٢)، وعند تطبيق تعريف الإجارة على عقد البناء والتشغيل والإعادة BOT؛ نجد أنه عقد على قيام الدولة بإعطاء منفعة أرض المشروع، وهي منفعة مباحة معلومة، مدة معلومة هي مدة الامتياز بعوض هذا العوض هو تمثل الدولة لأصول المشروع وأبنيته في نهاية المدة المعلومة السابق ذكرها. والمؤجر هو

(١) ينظر: مشروع الأدوات والمنتجات الإسلامية في الفقه الإسلامي، إصدار معهد التدريب والبحوث

الإسلامي بجدة ص ٥١٦، وفي كلام الشافعي: يرجع إلى ص ١٣٣ حاشية رقم (٢)، من هذا

الكتاب.

(٢) شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٣٥٠/٢.

الدولة، والمستأجر هو المستثمر أو شركة المشروع أو الكونسورتيوم. والمنفعة هي العقود عليها والغاية من الإجارة، والمنفعة العقود عليها في نظام BOT هي منفعة الأرض بطول فترة الامتياز بعد إقامة المشروع عليها، أما عن التزام الدولة نحو المستثمر فعليها أن تسلمه الأرض وتمكنه من استغلال منفعتها فقط. أما إقامة المشروع فذلك على المستثمر وليس على الدولة. أما عن الأجرة فيقوم بدفعها المستثمر للدولة، وهي أجرة مؤجلة لفترة من الزمن هي فترة الالتزام الممنوحة من قبل الدولة، وهذه الأجرة المؤجلة (المستحقة للدولة على الشركة المنفذة) يتم سدادها بنقل ملكية المشروع كمقابل لها^(١).

يجاب عليه:

١- أنه بهذا التكيف يكون هذا العقد داخلا تحت مسألة "قفيز الطحان" التي ورد النهي عنها^(٢)، وهي أن تكون الأجرة بعض المعمول، أو بعض الناتج من العمل المتعاقد

(١) ينظر: بحث بعنوان: عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية من الناحية الشرعية لمحمد تقي الدين عثمانى صادر عن المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، البنك الإسلامي للتنمية، المملكة العربية السعودية، جلد ٤ ص ٤، وبحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي في دورته التاسعة عشرة بالشارقة بعنوان: "حقيقة نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية" للدكتور ناهد السيد ص ٢٧-٢٨.

(٢) ونصه: (نهى النبي ﷺ عن عسب الفحل وقفيز الطحان)، رواه الدارقطني في سننه: كتاب البيوع برقم ٣٠٢٩ ورواه البيهقي في سننه: في باب النهي عن عسب الفحل من كتاب البيوع برقم ١١١٧١، والطحاوي في مشكل الآثار في: باب بيان مشكل ما روي عن رسول الله ﷺ من نهيه عن قفيز الطحان ١/ ١٨٦. قال شيخ الإسلام ابن تيمية (الفتاوى الكبرى ٥/ ١٠١): «هذا الحديث باطل إلا أصل له أو ليس هو في شيء من كتب الحديث المعتمدة أو لا رواه إمام من الأئمة والمدينة النبوية لم يكن بها طحان يطحن بالأجرة أو لا خباز يخبز بالأجرة أو أيضا فأهل المدينة لم يكن لهم على عهد النبي ﷺ مكيال يسمى القفيز وإنما حدث هذا المكيال لما فتحت العراق وضرب عليهم الخراج». وقال ابن حجر في إتحاف المهرة (٣/ ٩٥): «مدار طرق هذا الحديث على عبد الرحمن الأفرريقي وهو ضعيف».

عليه، كسلخ الشاة بجلدها، وطحن الخنطة ببعض المطحون منها، لجهالة مقدار الأجر^(١).

نوقش: بأن الحديث ضعيف كما هو ظاهر في التخريج.

أجيب: بأنه وإن كان الحديث ضعيفا، إلا أن معناه يشهد له أحاديث أخرى صحيحة، وهي النهي عن الغرر^(٢)؛ لأنه إذا هلك ما يجري فيه العمل ضاع على الأجير أجره^(٣). وهذا غرر بين.

٢- أن الأجرة في هذا العقد غير معلومة، وبيانه: أن مواصفات البناء وإن كانت معلومة للطرفين لكن من المعروف أن مرور الزمن ينقص قيمة البناء، ويضعفه؛ وإذا كان كذلك فإن البناء - الأجرة على هذا التكييف - لا تعلم قيمته وقت التسليم، الذي قد يتأخر لسنوات طويلة؛ كون انتفاع المستأجر به المدة الطويلة من موجبات هذا العقد.

٣- بالفرق بين عقد البناء والتشغيل والإعادة وعقد الإجارة كما سبق بيانه.

٤- ثم إنه لا يمكن تخريج هذا العقد على أساس الإجارة، وذلك لأنه مبني على أساس أن الدولة آجرت أرضها للجهة الصانعة إلى مدة معلومة، والأجرة مؤجلة وهي تسليم

(١) واحتج بالنهي عن قفيز الطحان: الحنفية والشافعية والحنابلة وقول عند المالكية ينظر: الهداية ٢٤٢/٣، والفتاوى الهندية ٤/٤٤٤، والشرح الصغير ٤/١٨ ط دار المعارف، وبداية المجتهد ٢/٢٤٦، ومنهاج الطالبين وحاشية القليوبي ٤/٦٨، ٦٩، المغني ٤/٨٢.

(٢) والغرر عرفه الجرجاني (التعريفات ص ٢٠٨): «بأنه ما يكون مجهول العاقبة لا يدري أيكون أم لا». اهـ. والحديث رواه مسلم في كتاب البيوع، باب بطلان بيع الحصاة والغرر، بلفظ: (تَهَيَّ رَسُوْلُ اللهِ ﷺ عَنْ بَيْعِ الْحَصَاةِ وَعَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ) برقم (٣٨٨١)، وبوب عليه البخاري في كتاب البيوع: باب بَيْعِ الْغَرَرِ وَحَبْلِ الْحَبْلَةِ.

(٣) ينظر: الهداية ٣/٢٤٢، والفتاوى الهندية ٤/٤٤٤، والشرح الصغير ٤/١٨ ط دار المعارف، وبداية المجتهد ٢/٢٤٦، ومنهاج الطالبين وحاشية القليوبي ٤/٦٨، ٦٩، المغني ٤/٨٢.

نفس المشروع بعد انتهاء المدة. وهذا لا يصلح شرعاً؛ لأننا لو أسسنا العقد على أساس إجارة الأرض، فإن الإجارة تبتدئ منذ أول يوم تسلم فيه الأرض إلى الجهة الصانعة. والمقرر شرعاً أن الإجارة عقد متجدد بمعنى أن كل يوم ينسب إليه جزء من الأجرة المتفق عليها، ولو كانت الإجارة لمدة طويلة، فمثلاً لو أجر زيد أرضه إلى عمرو لمدة سنة بمبلغ ستة و ثلاثين ألف ريال، فإن هذه الأجرة تقسم على عدد أيام السنة، فيستحق زيد مائة ريال مقابل كل يوم، فلو انفسخت الإجارة قبل سنة لسبب من الأسباب فإن المؤجر يستحق الأجرة مقابل الأيام الماضية، فلو كانت الإجارة انفسخت بعد شهرين مثلاً، فإن ما يستحقه المؤجر هو ستة آلاف ريال لما مضى من الأيام فظهر بهذا أن الأجرة في إجارة الأرض لا بد أن تكون قابلة للانقسام على عدد أيام الإجارة ليتمكن التصفية بالشكل المذكور عند انفساخ الإجارة قبل انتهاء المدة. ولكن الأجرة في هذا العقد نفس المشروع الذي سوف ينشئه المستأجر في مدة ربما تطول. ولا يصلح ذلك المشروع للانقسام على عدد أيام الإجارة، فلو انفسخت الإجارة قبل اكتمال المشروع لا يمكن التصفية بتجزئته على عدد الأيام الماضية، فإنه يمكن أن تكون الأيام الماضية ربع مدة الإجارة، والجزء المكتمل ثمنه، أو بالعكس، كما يمكن أن تنفسخ الإجارة قبل أن يبرز جزء من أجزاء المشروع فظهر أن المشروع المقترح لا يصلح أن يكون أجرة في إجارة الأرض^(١).

مستند القول الرابع:

حتى يمكن تكييف هذا العقد، لا بد أن ننظر له بالصورة المبسطة، بقطع النظر عن ماهية أطرافه، والالتزامات الناشئة عنه على أولئك الأطراف؛ لأن المقصود هو بيان العقد الفقهي، الذي ينزل عليه هذا العقد، ومن ثم يبنى عليه معرفة حكمه من جهة الجواز

(١) بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي في دورته التاسعة عشرة بالشارقة بعنوان: "عقود البناء والتشغيل وإعادة الملكية من الناحية الشرعية" لمحمد تقي الدين عثمان ص ٢-٣.

وعدمه، وشروطه ووضوابطه. وبناء عليه فإن الناظر في صيغة هذا العقد يجد أنها متضمنة لأمر:

- ١- طرفين أحدهما مالك الأرض والآخر منتفع بها.
 - ٢- حاجة مالك الأرض إلى البناء أو المشروع: وهذا قيد مهم يحدد إرادة المتعاقدين.
 - ٣- استغلال العامل للمشروع الذي أقامه لصالح الطرف الأول خلال مدة معينة.
 - ٤- بقاء ملكية الأرض وما عليها من بناء خلال مدة العقد لملكها الأول، فلا يملكها مدير المشروع بموجب هذه الصيغة (b.o.t)، وأن طول مدة استغلال العامل للأرض لا يؤثر في هذه الملكية^(١). بدليل عدم صحة أي تصرف ناقل للملكية يقوم به العامل ولا يصح منه أي تصرف يدل على الملكية كالتأجير وغيره، وهذا ظاهر، عند أهل القانون ولا أعلم خلافا عنهم في عدم صحة تصرف مدير المشروع بنقل ملكيته أو أي تصرف آخر يغير فيه، ما لم يكن مأذونا فيه من قبل مالك الأرض في العقد، وتعبير بعضهم بلفظ نقل الملكية، هو تجاوز لفظي يعنون به نقل إدارة المشروع، وكف يد مدير المشروع عنه، بعد أن كانت مبسطة عليه.
 - ٥- انتقال إدارة البناء الذي أقامه مدير المشروع إلى مالك الأرض بعد انقضاء مدة الانتفاع، ويجري تسليم البناء لمالك الأرض، الذي قد يقوم بتشغيل المشروع أو يعهد بتشغيله للعامل السابق أو إلى شخص معنوي آخر.
- فيتضح من هذا العقد: أنه اشتمل على عين موصوفة في الذمة وهو المشروع المراد إنشاؤه، كما اشتمل على عمل معين، كما اشتمل على إعطاء حق للعامل باستغلال المشروع فترة من الزمن لأجل استيفاء تكاليف البناء الذي أقامه وأرباحه. فهو في الواقع طلب مالك الأرض إقامة بناء عليها من قبل طرف آخر مع تحمله لتكاليف البناء والعمل، وله

(١) ينظر عقد امتياز المرفق العام b.o.t لإبراهيم الشهاوي ص ٦٠ ط ٢٠٠٣.

حق استغلال المشروع واستيفاء تكاليفه وأرباحه منه، وكلا العوضين مؤجل، فهذا من قبيل الاستصناع على ما عرفه بعض الحنفية بأنه: عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل. وصورته: أن يقول إنسان لصانع - من خفاف أو صقار أو غيرهما -: اعمل لي خفاً أو آنية من أديم أو نحاس آمن عندك بثمن كذاً ويبين نوع ما يعمل وقدره وصفته فيقول الصانع: نعم^(١).

الترجيح:

يترجح - والله أعلم - القول الرابع لما يلي:

- ١ - لقوة ما استند إليه، ولتوجه المناقشة للأقوال الأخرى ولما استندت إليه.
- ٢ - لأعلم خلافاً في أن شركة المشروع إذا لم تستطع إتمام المشروع لظرف طارئ، فإنها تستحق التعويض عما عملته^(٢)، وهذا يدلنا على أنه عقد استصناع، إذ لو كان إجارة أرض أو جعالة لم يستحق التعويض، بل يذهب ما بناه مقابل ما قضاها من مدة على الأرض، وما فوته على مالك الأرض من الانتفاع بها.
- ٣ - أن من أبرز الفروق بين الاستصناع وإجارة الأشخاص، أن الاستصناع يتحمل فيه الصانع المواد التي ينشأ بها المصنوع إضافة إلى العمل، بينما في الإجارة لا يتحمل إلا العمل فقط دون المواد^(٣) والذي يظهر من عقد البناء والتشغيل والإعادة - كما تقدم - أن شركة المشروع تتحمل تكاليف البناء والمواد اللازمة مع العمل، ولو كان هذا العقد إجارة أشخاص؛ لم يلزم الشخص المستأجر (شركة المشروع) إحضار المواد.
- ٤ - أن هذا التكييف أقطع للنزاعات، وأقرب في معرفة حقوق كل طرف تجاه الآخر.

(١) ينظر: بدائع الصنائع للكاساني ٢/٥، حاشية ابن عابدين ٥/٢٢٤.

(٢) ينظر عقد bot لإلياس ناصيف ص ٣٣٣.

(٣) ينظر: الموسوعة الفقهية ٣/٣٢٦، العرف والعادة لأحمد أبو سنة ص ١٣٩.

المبحث الثالث حكم الاستصناع

اختلف الفقهاء في حكم الاستصناع على قولين:

القول الأول: ذهب المالكية^(١)، والشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣)، وزفر^(٤) من الحنفية إلى اعتبار الاستصناع قسمًا من أقسام السلم تشترط فيه شروط السلم ومن ذلك اشتراط تسليم الثمن كله في مجلس العقد^(٥).

القول الثاني: ذهب جمهور الحنفية إلى أن عقد الاستصناع عقد مستقل عن السلم يجوز فيه دفع الثمن في مجلس العقد، أو دفع جزء منه، أو لا يدفع شيء منه، وأخر كله أو بعضه إلى إحضار المستصنع، أو بعد إحضاره دفعة واحدة أو على دفعات^(٦).

(١) ينظر: مواهب الجليل للحطاب: ٤/ ٥٣٩ - ٥٤٠، الشرح الصغير للدردير: ٣/ ٢٨٧، والصاوي على الشرح الصغير: ٣/ ٢٨٧، وحاشية الدسوقي: ٣/ ١٩٥.

(٢) ينظر: روضة الطالبين للنووي: ٤/ ٣، فتح العزيز للرافعي: ٩/ ٢٠٨ - ٢٠٩، وشرح المنهاج لجلال الدين المحلي: ٢/ ٢٤٥.

(٣) ينظر: الفروع لابن مفلح: ٤/ ٢٤، الإنصاف المرداوي: ٤/ ٣٠٠.

(٤) هو زُفَر بن الهذيل بن قيس العبدي (١١٠ - ١٥٨ هـ). أصله من أصبهان. فقيه إمام من المقدمين، من تلاميذ أبي حنيفة. وهو أقيسه. وكان يأخذ بالأثر إن وجد. قال: ما خالفت أبا حنيفة في قول إلا وقد كان أبو حنيفة يقول به. تولى قضاء البصرة، وبها مات. وهو أحد الذين دونوا الكتب. ينظر: الجواهر المضية ١/ ٢٤٣، ٢٤٤، والأعلام للزركلي ٣/ ٧٨.

(٥) أهم شروط السلم - ماله صلة بموضوع عقد البناء والتشغيل والإعادة - هو أن يكون رأس مال السلم حالاً غير مؤجل إلا أن المالكية أجازوا أن يتأخر التسليم إلى ثلاثة أيام ولا يزيد. (ينظر: حاشية الدسوقي ٣/ ١٩٥، ونهاية المحتاج ٤/ ١٨٤ والمغني ٤/ ٣٢٨). وفي عقد البناء والتشغيل والإعادة، فإن الثمن والمثمن مؤجل.

(٦) ينظر: المبسوط للسرخسي - ١٨/ ٢٣، الهداية للمرغيناني ٥/ ٣٥٥، بدائع الصنائع للكاساني: ٦/ ٦٧٨.

أدلة الأقوال:

أدلة القول الأول:

١- حديث: (أن النبي ﷺ نهى عن بيع الكالء بالكالء) ^(١) أي ديناً بدين ^(٢).

وجه الاستدلال: الحديث بهذا المعنى يدل دلالة واضحة على عدم جواز بيع الدين بالدين، كما أن الإجماع منعقد على ذلك ^(٣)، والاستصناع داخل في بيع الدين بالدين، فالمصنوع مؤجل وثمنه مؤجل كذلك، فيكون منهياً عنه بنص الحديث والإجماع ^(٤).

(١) رواه عبد الرزاق في المصنف، كتاب البيوع، باب أجل بأجل برقم (١٥٥١٤)، وابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب البيوع والأقضية، باب من كره أجلاً بأجل برقم (١٧٨٧٤) وهذا لفظه، ورواه الحاكم في المستدرک، كتاب البيوع، باب النهي عن الكالء بالكالء برقم ٢٣٨٤، والدارقطني في سننه، كتاب البيوع، باب نهى عن بيع الكالء بالكالء (٣٠٢٠)، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب البيوع، باب النهي عن بيع الدين بالدين برقم (١٠٥٨١)، والطبراني في معجمه الكبير ٤/٢٦٧، وابن عدي في الكامل ٦/٣٣٥ ومدار الحديث على موسى بن عبيدة الربذي، قال أحمد: ولا يحل الرواية عن موسى بن عبيدة ولا أعرف هذا الحديث عن غير موسى وليس في هذا حديث صحيح وإنما إجماع الناس على أنه لا يجوز دين بدين اهـ. (العلل المتناهية لابن الجوزي ٢/٦٠٠) وضعفه ابن حجر في بلوغ المرام ص ١٩٣.

(٢) جاء في رواية ابن أبي شيبة السابقة عقيب الحديث، قوله: يعني ديناً بدين، ووقع عند البيهقي في الموضوع السابق برقم ١٠٥٨٣، قال موسى: قال نافع: وذلك بيع الدين بالدين. وبهذا المعنى فسرته جملة من الفقهاء، ينظر: الموطأ للإمام مالك ٢/٦٢٨، الأم للشافعي ٣/٣٣، البناية على الهداية للعينبي ٦/٥٥٠، بداية المجتهد لابن رشد ٢/١٦٢، المهذب للشيرازي ١/٢٧٨، المغني لابن قدامة ٤/٥٣، نظرية العقد لابن تيمية ص ٢٣٥.

(٣) نقل الإجماع على عدم جواز بيع الدين بالدين: الإمام أحمد - كما تقدم في الحاشية رقم (٢) السابقة، وابن المنذر في الإجماع ص ١١٧، ينظر: تكملة المجموع للسبكي (مطبعة التضامن الأخوي) ١٠/١٠٧، المغني ٤/٥٣، بداية المجتهد ٢/١٦٢.

(٤) ينظر: أحكام عقد الاستصناع لناصر الشوي ص ١٩٥.

نوقش من وجهين:

الأول: أن هذا الإجماع معارض بالإجماع الآخر بجواز عقد الإستصناع، والإجماع الثاني مقدم على الأول لما سيأتي في الوجه الثاني:

الثاني: أن الكالئ بالكالئ قضية كلية، والإجماع على تحريمها لا يستلزم بالضرورة الإجماع على تحريم جميع أفرادها، كالإجماع على حل البيع، والإجماع على تحريم الربا، لا يصدق على جميع أفرادها.

لذا فإن هناك مسائل متعددة استثنائها العلماء من تحريم الكالئ بالكالئ، بل لا تكاد تخلو صورة من صورته من وجود خلاف فيها فمن ذلك:

(أ) تجويز المالكية الشراء من دائم العمل على غير وجه السلم^(١)، للحاجة إليه، ولإجماع أهل المدينة عليه.

(ب) تجويز المالكية بيع الدين من غير المدين، بدين، أو بمعين يتأخر قبضه، وهو اختيار شيخ الاسلام ابن تيمية وابن القيم^(٢).

(١) كالحباز والبقال واللبن، يأخذ منه كل يوم شيئاً معلوماً، ويشترع في الأخذ، ويتأخر الثمن إلى العطاء، فهو جائز إذا كان العطاء مأموناً؛ لأنه بيع وليس سلماً، فلا بأس بتأخير الثمن. ينظر مواهب الجليل ٥٣٨/٤، التاج والإكليل ٥١٦/٦، منح الجليل ٣٨٤/٥، بلغة السالك ١٠٣/٢.

(٢) ينظر: شرح الخرشي ٧٧/٥، منح الجليل ٥٦٤/٢، مجموع الفتاوى ٥١٢/٢٠، إعلام الموقعين ٣٨٩/١. وابن القيم هو محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الزرعي. شمس الدين من أهل دمشق. (٦٩١ - ٧٥١ هـ)، تتلمذ على ابن تيمية وانتصر له ولم يخرج عن شيء من أقواله، وقد سجن معه بدمشق. كتب بخطه كثيراً، وألف كثيراً. من تصانيفه غير المرجع المذكور: "الطرق الحكمية"، و"مفتاح دار السعادة"، و"مدارج السالكين". ينظر: الدرر الكامنة ٤٠٠/٣، الأعلام ٢٨١/٦.

(ج) بيع دين سابق التقرر في الذمة للمدين بما يصير ديناً مؤجلاً من غير جنسه، ويسمى بيع الدين الواجب بالساقط، كما لو أسلم إليه في كر^(١) حنطة بعشرة دراهم في ذمته. فهذه الصورة حكي الإجماع على تحريمها^(٢)؛ لأنها من الكالئ بالكالئ، ومع ذلك جوزها شيخ الإسلام ابن تيمية لما فيها من المصلحة للعاقدين، ونفى الإجماع على تحريمها^(٣).

(د) يرى الحنفية والحنابلة وهو الأصح عند الشافعية - ونُسب النص عليه إلى الشافعي نفسه - وقول لبعض المالكية، أن الحوالة مستثناة من بيع الدين بالدين، وجُوز للحاجة؛ رخصة من الشارع وتيسيراً^(٤).

(هـ) يكاد يجمع علماء هذا العصر على جواز الاشتراك في خدمات الماء والكهرباء - والاتصالات -، من غير اشتراط دفع الثمن مقدماً.

والصور المستثناة من بيع الدين بالدين للحاجة كثيرة، وعلى ذلك فيمكن القول: إن المنهي عنه في صورة الكالئ بالكالئ، هو ما لم يكن للناس به حاجة، كما لو أسلم شيئاً في شيء في الذمة، وكلاهما مؤخر فهذا لا يجوز لأن فيه شغلاً للذمتين بغير فائدة، وهذا بخلاف الاستصناع فإن الحاجة ماسة لتأخير العوضين^(٥).

(١) الكر: بالضم، مكيال لأهل العراق قدره ستون قفيزاً، أو أربعون أردباً أو سبعمائة وعشرون صاعاً، وهي تساوي عند الحنفية ٦٤، ٢٤٢٠ ليطراً = ٢٨٠، ٢٣٤٨ كيلو غراماً من القمح، وعند غيرهم ٥٦، ١٩٧٨ ليطراً = ٨٤٠، ١٥٦٣ كيلو غراماً. ينظر معجم لغة الفقهاء ص ٢٨٩.

(٢) تكملة المجموع للسبكي ١٠/١٠٨.

(٣) مجموع الفتاوى ٢٠/٥١٢، وينظر إعلام الموقعين ١/٣٨٩.

(٤) ينظر: حاشية ابن عابدين على البحر ٦/٢٧٤، و الأشباه والنظائر لابن نجيم ٢/٢١٣، وبداية المجتهد ٢/٢٩٩، والمهذب ١/٣٣٧، والمغني لابن قدامة ٥/٥٤.

(٥) ينظر: إعلام الموقعين ٢/٤٧، والخدمات الاستثمارية في المصارف ديوسف الشيلبي ٢/٥٢٤ - ٥٢٦ بتصرف وزيادة.

٢- حديث: (لا تبع ما ليس عندك)^(١).

وجه الدلالة: أن الحديث نص في النهي عن بيع المعدوم^(٢)، واستثني منه السلم، لثبوته بالنص، والمبيع في الاستصناع معدوم وقت التعاقد فلا يصح إلا على وجه السلم^(٣).
نوقش:

(أ) قال ابن القيم^(٤): قوله: «(لا تبع ما ليس عندك) فيحمل على معنيين:

أحدهما: أن يبيع عينا معينة وهي ليست عنده، بل ملك للغير، فيبيعها ثم يسعى في تحصيلها وتسليمها إلى المشتري^(٥).

والثاني: أن يريد بيع ما لا يقدر على تسليمه وإن كان في الذمة وهذا أشبه بفليس عنده حسا ولا معنى فيكون قد باعه شيئا لا يدري هل يحصل له أم لا؟ وهذا يتناول أموراً: أحدها: بيع عين معينة ليست عنده.

الثاني: السلم الحال في الذمة إذا لم يكن عنده ما يوفيه.

الثالث: السلم المؤجل إذا لم يكن على ثقة من توفيته عادة.

فأما إذا كان على ثقة من توفيته عادة فهو دين من الديون وهو كالاتياع بثمن مؤجل

أه، والاستصناع من هذا القبيل، فالصانع على ثقة من توفيته».

(١) رواه أحمد في مسند عبدالله بن عمرو برقم (٦٦١١)، وفي مسند حكيم بن حزام برقم (١٥٠١٠)، وأبو داود في كتاب البيوع، باب بيع الرجل ما ليس عنده برقم (٣٥٠٤)، والترمذي في كتاب البيوع، باب كراهية بيع ما ليس عنده، (برقم ١٢٢٩، ١٢٣١)، وقال: «حسن صحيح»، والنسائي في كتاب البيوع، باب بيع ما ليس عند البائع برقم (٦١٦٤، ٦١٦٦)، وابن ماجه في كتاب البيوع، باب النهي عن بيع ما ليس عندك برقم (٢٢٥٠، ٢٢٥١)، وذكره البخاري تبويها فقال: «باب بيع الطعام قبل أن يقبض ويبع ما ليس عندك»، في كتاب البيوع، وصححه الألباني في السلسلة الصحيحة ٣/ ٢١٢.

(٢) السيل الجرار للشوكاني ٣/ ١٢.

(٣) ينظر الفروع لابن مفلح ٤/ ٤. الإنصاف للمرداوي ٤/ ٢٥٠.

(٤) إعلام الموقعين ٢/ ٤٧.

(٥) وهذا رأي الشافعي في الأم ٥/ ١١٥، ٧/ ١١.

(ب) بأن الأعيان المستصنعة يتعذر العقد عليها في حال وجودها بخلاف غيرها من الأعيان، فهنا أمران: أحدهما: يمكن إيراد العقد عليه في حال وجوده وحال عدمه فنهي الشارع عن بيعه حتى يوجد. والثاني: ما لا يمكن إيراد العقد عليه إلا في حال عدمه، كالمنافع، فهذا جوز العقد عليه ولم يمنع منه^(١).

(ج) أنه لما جاز السلم وهو بيع أعيان ليست عند المسلم إليه وقت العقد، وجازت الإجارة وهي بيع منافع معدومة وقت العقد، فالقياس أن يجوز الاستصناع لأن محله الأعيان والمنافع وكل واحد منهم صالح للعقد عليه قبل الوجود فكذلك الأمر بمجموعهما.

(د) أن الحديث محمول على البيع الحال؛ لأن هذه الحالة هي التي يتصور فيها النزاع، أما لو تم البيع على تأجيل التسليم فهو جائز، جمعا بين هذا الحديث وحديث السلم.

(هـ) على التسليم بوقوع الغرر في العقد؛ لكونه من بيع المعدوم أو بيع ما لا يملك فهو غرر يسير والحاجة داعية إليه^(٢)، « ومن أصول الشريعة أنه إذا تعارضت المصلحة والمفسدة قدم أرجحهما والغرر إنما نهي عنه لما فيه من الضرر بهما أو بأحدهما وفي المنع مما يحتاجون إليه من البيع ضرر أعظم من ضرر المخاطرة؛ فلا يزيل أدنى الضررين بأعلاهما. بل قاعدة الشريعة ضد ذلك وهو دفع أعلى الضررين باحتمال أدناهما^(٣) ».

أدلة القول الثاني:

(١) عموم النصوص الدالة على أن الأصل وجوب الوفاء بالعقود ما لم تكن مخالفة للأصول الشرعية كقوله تعالى: ﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٤)، وقوله سبحانه:

(١) ينظر: إعلام الموقعين ٢/ ٥٤، الخدمات الاستشارية في المصارف ٢/ ٥٢٢.

(٢) الخدمات الاستشارية في المصارف ٢/ ٥٢٤.

(٣) إعلام الموقعين ٦/ ٢.

(٤) سورة المائدة، الآية [١].

﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾^(١)، وقوله: ﴿وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ﴾^(٢)، كما أن هذا العقد (الاستصناع) من المعاملات المالية التي لها حكم البيع الذي أباحه الباري سبحانه - ما لم تتضمن مخالفة لأصل شرعي - بقوله: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾^(٣).

(٢) قوله تعالى: ﴿قَالُوا يَبْنَؤُا الْقَرْيَتَيْنِ إِنَّ يَأْجُوجَ وَمَأْجُوجَ مُفْسِدُونَ فِي الْأَرْضِ فَهَلْ يُجْعَلُ لَكَ خَرْجًا عَلَى أَنْ تَجْعَلَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ سَدًّا﴾^(٤)، فهذا العمل حقيقة في الاستصناع، إذ هم طلبوا من ذي القرنين بناء سد مقابل خرج مالي يعطى له، وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد نص بخلافه، وحيث لم يرد نص بالنهي عن هذا العقد فيكون صحيحاً^(٥).

(٣) أحاديث اصطناع النبي ﷺ خاتماً ليلبسه^(٦).

وجه الدلالة: أن فعله ﷺ دليل على جوازه^(٧).

نوقش: أن من المحتمل أن النبي ﷺ قد أعطاه الثمن في مجلس العقد، وأخذ منه الخاتم في المجلس أيضاً، فليس في الحديث ما يدل أن العقد كان مؤجلاً، كما يحتمل أن النبي

(١) سورة الإسراء، الآية [٣٤].

(٢) سورة النحل، الآية [٩١].

(٣) سورة البقرة، الآية [٢٧٥].

(٤) سورة الكهف، الآية [٩٤].

(٥) ينظر: أحكام عقد الاستصناع لناصر النشوي ص ٢٠٢.

(٦) روى البخاري في كتاب اللباس، باب من جعل فص الخاتم في بطن كفه برقك (٥٨٧٦) ومسلم في كتاب اللباس باب تحريم خاتم الذهب على الرجال برقم (٥٤٢٨) ولفظه: (عَنْ عَبْدِ اللَّهِ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ اصْطَنَعَ خَاتَمًا مِنْ ذَهَبٍ. فَكَانَ يَجْعَلُ فَصَّهُ فِي بَاطِنِ كَفِّهِ إِذَا لَبَسَهُ. فَصَنَعَ النَّاسُ...) الحديث وروى البخاري في كتاب اللباس باب (بدون ترجمة) برقم (٥٨٦٨)، ومسلم في كتاب اللباس باب طرح الخواتم برقم (٥٤٣٨) عن أنس بن مالك: (أَنَّهُ أَبْصَرَ - فِي يَدِ رَسُولِ اللَّهِ خَاتَمًا مِنْ وَرَقٍ، يَوْمًا وَاحِدًا. قَالَ فَصَنَعَ النَّاسُ الْخَوَاتِمَ مِنْ وَرَقٍ فَلَبَسُوهُ. فَطَرَحَ النَّبِيُّ خَاتِمَهُ. فَطَرَحَ النَّاسُ خَوَاتِمَهُمْ).

(٧) ينظر: فتح القدير ٦/ ٢٤٢، تبين الحقائق ٤/ ١٢٣.

ﷺ قد أعطاه المادة الخام فيكون العقد إجارة لاستصناعا وهو جائز عند الجميع، ومع وجود هذين الاحتمالين، فلا يصح الاستدلال بالحديث.

أجيب: بأنه لو وقع شيء مما ذكر لنقل إلينا، لتوافر همم الصحابة على نقل دقائق الأمور، وحيث لم يثبت شيء من ذلك، فيبقى الحديث على إطلاقه.

(٤) حديث استصناع النبي ﷺ المنبر بقوله لامرأة: (مُرِّي غُلامَكَ النِّجَارَ يَعمَلْ لِي أَعواداً أَجْلِسُ عَلَيْهِنَّ)^(١).

وجه الدلالة منه: أن النبي ﷺ استصنع المنبر من المرأة فدل على جوازه^(٢).
نوقش: بأن هذا الحديث معارض بما ثبت: أن امرأة قالت: يا رسول الله، ألا أجعل لك شيئاً تقعدُ عليه؟ فإن لي غلاماً نجّاراً. قال: (إِنْ شِئْتَ. فَعَمَلْتُ الْمِنْبَرَ)^(٣)، وجاء في فتح الباري الجمع بين الحديثين: «باحتمال أن تكون المرأة ابتدأت بالسؤال متبرعة بذلك فلما حصل لها القبول أمكن أن يبطن الغلام بعمله فأرسل يستنجزها إتمامه لعلمه بطيب نفسها بما بذلته... أو يحتمل أنه لما فوض إليها الأمر بقوله له «إِنْ شِئْتَ» كان ذلك سبب البطء...»، وهذا أوجه^(٤) فدل ذلك على أن عقد بناء المنبر تبرع، وعقد الاستصناع من عقود المعاوضات، وبالتالي فلا يستقيم الاستدلال بهذا الحديث على جوازه.

يمكن أن يناقش: بأن مجرد العرض لا يعني التبرع؛ وذلك لما يعلم من حال التجار والصناع من عرض مالداهم على وجه التخصيص أو التعميم، فلانافاة بين عرض المرأة صناعة المنبر والطلب، إذ إن عرضها محمول على الترغيب أولاً، فلما أبدى النبي ﷺ

(١) رواه البخاري في كتاب الصلاة باب الاستعانة بالنجار والصناع في أعواد المنبر والمسجد برقم ٤٤٨، ومسلم في كتاب المساجد باب جواز الخطوة والخطوتين في الصلاة برقم (١١٦٨).

(٢) ينظر تبين الحقائق ٤/ ١٢٥.

(٣) رواه البخاري في كتاب الصلاة باب الاستعانة بالنجار والصناع في أعواد المنبر والمسجد برقم (٤٤٨).

(٤) فتح الباري ١١٤/٢.

رغبته، ولم يكن جازماً في العقد تباطأت، حتى عزم عليها بقوله: (مري غلامك)، والأصل في الطلب المعاوضة؛ ولأنه علم من حال النبي ﷺ أنه كان يعرض عليه الصحابة تبرعاً فيأبى النبي إلا بالثمن كما في حادثة بناء مسجده، وراحلتني أبي بكر في الهجرة وغيرها.

(٥) الإجماع: أن الناس في سائر الأعصار يتعاملون في عقود الاستصناع من غير نكير، فهو إجماع عملي منهم على جوازه^(١).

(٦) الاستحسان^(٢): قالوا: فالقياس أن لا يجوز لأنه بيع ما ليس عند الإنسان لا على وجه السلم، إلا أنه جُوز استحساناً لأمرين:

الأول: لإجماع الناس على ذلك؛ لأنهم يعملون ذلك في سائر الأعصار من غير نكير.
الثاني: لأن الحاجة تدعو إليه لأن الإنسان قد يحتاج إلى خف أو نعل من جنس مخصوص ونوع مخصوص على قدر مخصوص وصفة مخصوصة، وقلما يتفق وجوده مصنوعاً فيحتاج إلى أن يستصنع، فلو لم يجز لوقع الناس في الحرج^(٣).
نوقش:

(أ) أن دعوى الإجماع غير صحيحة، فإن الذين رأوا أنه غير جائز وهم الجمهور أكثر من الذي رأوا جوازه.

أجيب: بأن الإجماع المقصود هنا هو الإجماع العملي، كالإجماع على جواز دخول الحمام من غير بيان المدة والمقدار، ولا يخلو أحد من أهل العلم أو غيرهم من التعاقد بطريق

(١) ينظر بدائع الصنائع ٦/ ٨٥، فتح القدير ٦/ ٢٤٣.

(٢) هو العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل خاص يقتضي العدول من نص أو قياس أو إجماع ينظر: كشف الأسرار للبخاري ٤/ ٣، تنقيح الفصول في علم الأصول للقرافي ٥/ ٦٢، البحر المحيط

للزركشي ٦/ ٩١.

(٣) بدائع الصنائع ٦/ ٨٦، العناية ٦/ ٤٤٣.

الاستصناع على عمل شيء مما يحتاجه من أثاث أو غيره^(١).

نوقش الأمر الثاني: بأن هذا الحرج يمكن أن يرفع بالسلم في الصناعات.

أجيب: بأن الأوضاع المتعارف عليها في الاستصناع لاتصلح مع جعله سلماً؛ لأن المعتاد للناس عدم الالتزام بتعجيل الثمن، ولأنهم في الغالب يطلبون كون الصنعة من عمل الصانع نفسه، وذلك يفسد السلم^(٢). كما أنه ليس كل الناس يستطيع تعجيل الثمن مع قيام حاجته بالمصنوع، وفي إلزامه بالتعجيل مع عدم النص المانع، ضرر تأباه قواعد الشرع المطهر.

(٧) قياس الاستصناع - في الجواز - على الاستتجار على الأعيان التي توجد شيئاً فشيئاً، كالاستتجار على الرضاعة، كما في قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَكَاتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ﴾^(٣).

وعلة القياس: أن العقد في كل واقعه على العين أصلاً والمنفعة تبعاً، والعين مفقودة أثناء العقد والثمن مؤجل في كل؛ بدليل أن الآية الكريمة رتبت دفع الأجرة على إتمام الرضاع^(٤).

الترجيح:

مما سبق يترجح - والله تعالى أعلم بالصواب - القول الثاني وهو جواز الاستصناع لقوة أدلته وسلامتها من المناقشة ولتوجه المناقشة لما استدل به أصحاب القول الأول.

(١) ينظر الخدمات الاستشارية في المصارف الإسلامية ٢ / ٥٢١.

(٢) المرجع السابق.

(٣) سورة الطلاق، الآية [٦].

(٤) المرجع السابق ٢ / ٥٢٣ - ٥٢٤ بتصرف.

الفصل الثاني

صكوك التمويل والبناء في عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة

وفيه خمسة مباحث:

- المبحث الأول: تعريف صكوك التمويل بعقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة، وأهميتها.
- المبحث الثاني: التكييف الشرعي لتصكيك عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة وحكمه.
- المبحث الثالث: شروط عقد إصدار صكوك التمويل بعقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة.
- المبحث الرابع: حكم تداول صكوك التمويل بعقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة.
- المبحث الخامس: استرداد صكوك التمويل بعقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة.



المبحث الأول

تعريف صكوك التمويل والاستثمار

بعقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة، وأهميتها

وفيه مطلبان:

المطلب الأول

تعريف صكوك التمويل والاستثمار

بعقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة

بناء على ما سبق من تعريف الصكوك الإسلامية بشكل عام، وتعريف عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة، فإنه يمكن التوصل من ذلك إلى معرفة معنى هذه النوع من الصكوك، الذي يعد نوعاً جديداً من الصكوك من اقتراح الباحث.

لهذا يمكن أن تعرف هذه الصكوك بأنها:

إثباتات (قيود أو وثائق) متساوية القيمة عند إصدارها، تمثل حصصاً شائعة في منفعة أو شركة تتولى إقامة وإدارة مشروع بنظام امتياز البناء والتشغيل والإعادة، توزع أرباحه على ما يتفق عليه في نشرة الإصدار.

ويتضح من هذا التعريف مايلي:

- (١) أن العبرة بما تمثله الصكوك لا نفس ورقة الصك، التي هي مجرد إثبات.
- (٢) أن التساوي يكون عند الإصدار، ولا يمنع الاختلاف عند التداول كما تقدم.
- (٣) أن المكتتبين يمثلون الشريك بالمال.
- (٤) أن الشركة الصانعة تمثل الشريك العامل.
- (٥) أن نسبة الأرباح المستحقة لكل صك، وما يستحقه العامل، يجب أن تكون موضحة في نشرة الإصدار، مبنية على العائد المتوقع من المشروع.
- (٦) أن حملة الصكوك يملكون ملكية مشاعة لمنافع المشروع، المتعاقد عليها مع الجهة المستصنعه.

المطلب الثاني

أهمية صكوك التمويل والاستثمار

بعقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة

تظهر أهمية صكوك التمويل والاستثمار بعقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة، من

خلال ثلاثة أمور:

الأول: أهمية هذه الصكوك بالنسبة للحكومات والدول:

إن هذه الصكوك تؤدي دور الممول في مشاريع ذات صبغة عامة؛ كون هذا العقد (امتياز البناء والتشغيل والإعادة) يتعلق - غالباً - بمشاريع البنية التحتية الأساسية، وتصكيك هذه المشاريع يسهل في تمويل هذه المشاريع، خاصة إذا علمنا أن مثل هذه المشاريع والعقود ربما لا تنجذب إليها شركات المقاولات المحترفة إذا لم يتوفر لديها التمويل الكافي لإنشائها؛ وذلك لارتفاع كلفتها غالباً، فتعتمد تلك الشركات إلى الاقتراض الذي يقلص من أرباحها، ويسبب ارتفاع كلفة المشروع، المرتفعة أساساً، ولذلك نرى إجماع كثير من هذه الشركات عن تلك المشاريع، إلا مع وجود تنازلات من قبل الحكومات، وربما تفرض تلك الشركات على الحكومات الرغبة، شروطاً قاسية، تضطر تلك الحكومات إلى القبول بها نظراً إلى حاجتها إلى تلك المشاريع، ويؤدي ذلك أيضاً إلى ارتفاع تكلفة الخدمة على المستهلك النهائي، وهم مواطني تلك الدول، فيكونوا كالمستجير من الرمضاء بالنار، وفي حالة التمويل بالصكوك الإسلامية، فإنه سيتوفر التمويل المناسب لبناء تلك المشاريع، وسيعين على انخفاض التكلفة، وذلك بسقوط الفوائد المركبة التي تبنى على القروض الربوية، وحتى لو لم تنخفض التكلفة فإن الأموال المدفوعة من قبل المواطنين والمتنفعين بهذه المشاريع، ترجع إليهم فائدتها، فهو في الواقع تدوير للأموال داخل الاقتصاد الواحد، وهذا يبني اقتصاديات هذه الدول، ولا يكلفها ما لا تطيق.

الثاني: أهمية هذه الصكوك للشركات العاملة في مشاريع عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة:

تتمثل أهميتها لهذه الشركات من ثلاثة أوجه:

(أ) أنها تمثل تمويلا منخفض التكلفة لتلك الشركات.

(ب) أن ذلك يزيد من أرباح هذه الشركات في هذا النوع من المشاريع.

(ج) يمثل حلا شرعيا لهذه الشركات في تمويل هذه المشاريع، كما أن فيه تشجيعا

للشركات الإسلامية للدخول في مثل هذه العقود.

الثالث: أهمية هذه الصكوك لحملتها والمكتتبين فيها:

تتمثل أهميتها بالنسبة لحملة الصكوك مايلي:

(أ) أن هذه الصكوك تفتح قناة جديدة من قنوات الاستثمار، ذات العوائد الجيدة على

المدى الطويل.

(ب) استغلال فضول أموال الناس في مشروعات عامة، ذات ربح بمخاطر منخفضة،

فكما أن هذه المشاريع تحقق الأرباح فهي أيضا تقي من التضخم.

(ج) أنها تعطي الشعوب حق المشاركة في التنمية.

(د) أنها نافعة لمحدودي الدخل، وذوي رؤوس الأموال الصغيرة. وذلك باستثمارها

في مثل هذه المشاريع الضخمة.

المبحث الثاني التكليف الشرعي لتصكيك عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة وحكمه

وفيه مطلبان:

المطلب الأول التكليف الشرعي لتصكيك عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة:

وفيه فرعان:

الفرع الأول: صور تصكيك عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة:

يمكن اقتراح صور كثيرة في تصكيك هذا العقد، فكلما زيد طرف في هذه الصكوك أو نقص؛ زادت الصور، وبالنظر إلى الأطراف الغالب وجودهم في هذه الصكوك وهم:

(١) المكتتبون (حملة الصكوك).

(٢) الشركة الصانعة.

(٣) الجهة المستصلحة.

(٤) ربما يدخل معهم وسيط مالي يتولى إصدار الصكوك وجمع الأموال الناتجة عن الإصدار.

يمكن حصر هذه الصور في صورتين:

الصورة الأولى: إصدار صكوك امتياز البناء والتشغيل والإعادة قبل البدء في

المشروع:

وفيها يتم إصدار الصكوك عن طريق وسيط مالي يتولى جمع الأموال الناتجة عن هذه الصكوك، ويكون نائباً عن حملة الصكوك في تسليم هذه الأموال وإثبات حقوق المكتتبين في المشروع، كما يكون نائباً عن الشركة المنفذة في القبض، وبهذه الأموال تؤدي الشركة المنفذة التزاماتها في عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة.

الصورة الثانية: إصدار صكوك امتياز البناء والتشغيل والإعادة بعد

اكتمال المشروع:

يمكن تقسيم هذه الصورة إلى شكلين:

الأول: بعد اكتمال المشروع وقبل التشغيل والإدارة:

فهنا تستحق الشركة الصانعة منفعة هذا المرفق المدة المحددة في العقد، فإذا أرادت الشركة استرجاع تكاليفها حتى تستطيع البدء في مشاريع أخرى فإنها تعتمد إلى بيع هذه المنفعة المحددة بالمدة في العقد، إلى حملة الصكوك، وبذلك يملكون هذه المنفعة، ويكون دخلها الناتج عنها أيلا إلى حملة الصكوك، وتستحق الشركة التي تتولى إدارة المشروع أجره محددة -تستقطع من الدخل العام- مقابل الإدارة والتشغيل سواء أكانت هي المنفذة أم غيرها.

الثاني: بعد اكتمال المشروع وبعد التشغيل والإدارة وفي أثناء المدة:

عندما يتبقى للشركة المتعاقدة منفعة جزء من المدة المتفق عليها مع الجهة المستصلحة تقوم بطرح مجمل المتبقي من العقد للاكتتاب عن طريق إصدار صكوك تمثل جزءاً من المتبقي أو كله.

الفرع الثاني: تكييف صور تصكيك عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة:

وفيه مسائل:

المسألة الأولى: تكييف الصورة الأولى:

ويتبين من أمرين:

أولاً: أطرافها وسير إجراءات تصكيكها:

(أ) أطرافها أربعة:

هم الذين سبق ذكرهم وهم:

(١) المكتتبون (حملة الصكوك).

(٢) الشركة الصانعة.

(٣) الجهة المستصلحة.

٤) وسيط مالي يتولى إصدار الصكوك وجمع الأموال الناتجة عن الإصدار ويتولى العقد بصفته وكيلا عن حملة الصكوك ووكيلا عن الشركة المنفذة.

(ب) سير إجراءات تصكيكها:

يتم التصكيك - حسب اقتراح الباحث - حسب الإجراءات التالية:

١) تتقدم الشركة المنفذة بعطائها لدى الجهة المستصنعه للحصول على امتياز التنفيذ.
٢) بعد قبول العطاء والحصول على الامتياز، وبعد معرفة تكاليف المشروع، وأرباحه المتوقعة يتم الاتفاق مع وسيط مالي يتولى إصدار الصكوك وطرحها للإكتتاب نيابة عن الشركة المنفذة.

٣) يحدّد في نشرة الإصدار: قيمة الصك، والنصيب - المشاع - المخصص لكل صك وللشركة المنفذة من دخل المشروع، كما يحدد فيها ماهية المشروع المشارك فيه، والعقد الموقع مع الجهة المستصنعه.

٤) تتولى الشركة الصانعه، إقامة المنشأة، وتشغيلها وإدارتها ثم تقوم بتوزيع الدخل الناتج عن التشغيل، حسب ماهو مثبت بنشرة الإصدار.

ثانيا: تكييف هذه الصورة:

يتضح من إجراءات تصكيك هذا العقد أنه عقد مضاربة:

مستند هذا التكييف:

أولاً: حقيقة المضاربة هي: عقد شركة في الربح بمال من جانب، وعمل من جانب^(١)، وهذه الحقيقة منطبقة على هذا النوع من الصكوك، فهي شركة في الربح بمال من جانب وهم حملة الصوك وعمل من جانب وهو الشركة المنفذة.

(١) رد المحتار ٤/٤٨٣، ولا تخرج تعريفات المذاهب الأخرى عن هذا المعنى ينظر: وحاشية الدسوقي ٣/٥١٧، ومغني المحتاج ٢/٣٠٩-٣١٠، كشاف القناع ٣/٥٠٨.

ثانياً: أركان عقد المضاربة: ذهب المالكية والشافعية إلى أن أركان المضاربة هي: عاقدان، ورأس مال، وعمل، وربح، وصيغة.

وقال بعض المالكية: إن الصيغة ليست من أركان المضاربة، ولا شرطاً في صحتها، وإن المضاربة تصح دون تلفظ بالصيغة.

وقال بعض الشافعية: يكفي القبول بالفعل، وذلك إذا كان الإيجاب بلفظ الأمر، كخذ، فيكفي أخذ الدراهم مثلاً^(١).

وذهب الحنفية إلى أن ركن عقد المضاربة الإيجاب والقبول بألفاظ تدل عليهما^(٢).

تطبيق هذه الأركان على صكوك امتياز البناء والتشغيل والإعادة:

(١) الصيغة: وتمثلها نشرة الإصدار بما فيها من إيجاب وقبول.

(٢) العاقدان: فإذا نظرنا إلى أطراف صكوك امتياز البناء والتشغيل والإعادة؛ نجد أنها ترجع إلى طرفين - وهم العاقدان - ممول أو صاحب رأس المال، وعامل يتولى العمل بهذا المال، والانتفاع به بقصد استثماره وتنميته، وتحقيق ربح منه.

(٣) رأس المال: وهو حصيلة الاكتتاب في هذه الصكوك.

(٤) الربح: وهو في صكوك امتياز البناء والتشغيل والإعادة يمثل الدخل الناتج عن تشغيل المشروع، فبعد أن يستعيد حامل الصك رأس ماله يصبح مازاد عليه ربحاً، ويتم قسمة هذا الدخل على الطرفين المتعاقدين على حسب ما تفق عليه بالنسب المشاعة.

(٥) العمل: وهو المشروع المراد تنفيذه بنظام البناء والتشغيل والإعادة.

ويشكل على تطبيق هذا الركن على صكوك امتياز البناء والتشغيل والإعادة، مسألتان:

(١) ينظر: التاج والإكليل بهامش مواهب الجليل ٣٥٥/٥، والفواكه الدواني ١٧٥/٢، وبلغة السالك

لأقرب المسالك على الشرح الصغير ١٦٠/٢ ط/ الحلبي، ومغني المحتاج ٣١٣/٢، أسنى المطالب

٣٨١/٢.

(٢) بدائع الصنائع ٧٩/٦.

المسألة الأولى: وهي أن عقد امتياز البناء والتشغيل وإعادة كييف على أنه استصناع -كما تقدم- فهل يجوز أن يكون مجال عمل المضاربة في استصناع، لا يقوم على التجارة المعروفة بالبيع والشراء؟

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

الأول: ذهب الشافعية في المشهور عنهم إلى أن وظيفة العامل، هي التجارة بالبيع والشراء وتوابعها كعرض المبيع ونحوه، فإذا عمل بغير ذلك، من مجالات الاستثمار كصناعة أو زراعة، لم يصح وفست المضاربة^(١)، فلو قارضه على أن يشتري الحنطة فيطحنها ويخبزها والطعام ليطنه ويبيعه والغزال لينسجه والثوب والدبغ بينهما فهو فاسد^(٢). فعلى هذا لودفع ماله إلى مقاول ليستثمره في بناء مشروع وبيع عينه أو منفعة لم يصح على هذا القول، وهذه الصورة مطابقة لصكوك امتياز البناء والتشغيل وإعادة، فيخرج على قولهم هذا، عدم صحة هذه الصكوك، أو عدم صحة تكييفها بالمضاربة.

حجتهم: قالوا: لأن القراض شرع رخصة للحاجة وهذه الأعمال مضبوطة يمكن الاستئجار عليها فلم تشملها الرخصة والعامل فيها ليس متجراً بل محترفاً فليست من وظيفة العامل^(٣)، وقالوا: بأنها إذا كانت مضبوطة، فلا يحتاج إلى القراض عليها المشتل على جهالة العوضين للحاجة^(٤).

توضيحها: أنهم يرون أن الأصل في المضاربة أنها لا تجوز؛ لأنها خلاف القياس لجهالة العوضين فيها، جاء في روض الطالب: لأن في القراض إغرازا؛ إذ العمل فيه غير مضبوط والربح غير موثوق به وإنما جوز للحاجة. جاء في شرحه: وهو رخصة خارج عن قياس

(١) ينظر: حاشية قليوبي وعميرة ٥٣/٣، نهاية المحتاج ٥/٢٢٣-٢٢٤، أسنى المطالب ٢/٢٨٢، مغني المحتاج ٣/٤٠٠.

(٢) روضة الطالبين ١٧٠/٢ إضافة إلى المراجع السابقة.

(٣) مغني المحتاج ٣/٤٠١.

(٤) حاشيتا قليوبي وعميرة ٥٤/٣.

الإجارات كما خرجت المساقاة عن بيع ما لم يخلق^(١). ولهذا رأوا أنه إذا انتفت جهالة العمل أو الربح، انتفت الحاجة التي شرعت لأجلها المضاربة، فيرجع في حكمها إلى الأصل المقيس عليه وهي الإجارة بشروطها.

يمكن مناقشة حجته من ثلاثة أوجه:

(١) أن تخصيص المضاربة بالبيع والشراء فقط تخصيص بغير مخصص، ولادليل شرعي يدل على التخصيص.

(٢) أن المقصود من مشروعية المضاربة هو تنمية المال بأي طريق كان، مادام مباحا، جاء في بدائع الصنائع: الشركة بالأموال شرعت لتنمية المال^(٢) اهـ. وشركة المضاربة من شركات الأموال. وجاء في المنتقى شرح الموطأ عن الانتفاع بالدنانير والدراهم بالقراض: فلذلك أبيحت المعاملة بها على وجه القراض؛ لأنه لا يتوصل من مثل هذا النوع من المال إلى الانتفاع به في التنمية إلا على هذا الوجه^(٣). فإذا كان المقصود بالمضاربة تنمية المال وزيادته، فإنها تصح بكل ما يؤدي إلى ذلك المقصد.

(٣) جاء في إعلام الموقعين: «الذين قالوا: "المضاربة والمساقاة والمزارعة على خلاف القياس" ظنوا أن هذه العقود من جنس الإجارة؛ لأنها عمل بعوض أو الإجارة يشترط فيها العلم بالعوض والمعوض أفلما رأوا العمل والربح في هذه العقود غير معلومين قالوا: هي على خلاف القياس وهذا من غلطهم فإن هذه العقود من جنس المشاركات لا من جنس المعاوضات المحضة التي يشترط فيها العلم بالعوض والمعوض والمشاركات جنس غير جنس المعاوضات وإن كان فيها شوب المعاوضة وكذلك المقاسمة جنس غير جنس المعاوضة

(١) أسنى المطالب شرح روض الطالب ٢/ ٣٨٢، وينظر: نهاية المحتاج ٥/ ٢٢٠، الموسوعة الفقهية الكويتية ٣٨/ ٣٧.

(٢) بدائع الصنائع ٦/ ٥٨.

(٣) المنتقى ٥/ ٥١.

المحضة وإن كان فيها شوب المعاوضة حتى ظن بعض الفقهاء أنها بيع يشترط فيها شروط البيع الخاص. وإيضاح هذا أن العمل الذي يقصد به المال ثلاثة أنواع... وأما النوع الثالث فهو: ما لا يقصد فيه العمل بل المقصود فيه المال وهو المضاربة فإن رب المال ليس له قصد في نفس عمل العامل كالمجاعل أو المستأجر له قصد في عمل العامل ولهذا لو عمل ما عمل ولم يربح شيئاً لم يكن له شيء وإن سمي هذا جعالة بجزء مما يحصل من العمل كان نزاعاً لفظياً بل هذه مشاركة: هذا بنفع ماله وهذا بنفع بدنه وما قسم الله من ربح كان بينهما على الإشاعة ولهذا لا يجوز أن يختص أحدهما بربح مقدرة؛ لأن هذا يخرجها عن العدل الواجب في الشركة وهذا هو الذي نهى عنه النبي ﷺ من المزارعة فإنهم كانوا يشترطون لرب الأرض زرع بقعة بعينها وهو ما نبت على الماذنات وأقبال الجداول ونحو ذلك أفنهي النبي ﷺ عنه ولهذا قال الليث ابن سعد وغيره: إن الذي نهى عنه النبي ﷺ أمر لو نظر فيه ذو البصيرة بالحلل والحرام علم أنه لا يجوزاً فتيين أن النهي عن ذلك موجب القياس فإن هذا لو شرط في المضاربة لم يجز فإن مبنى المشاركات على العدل بين الشريكين فإذا خص أحدهما بربح دون الآخر لم يكن ذلك عدلاً بخلاف ما إذا كان لكل منهما جزء شائع فإنهما يشتركان في المغنم والمغرم فإن حصل ربح اشتركا فيه وإن لم يحصل شيء اشتركا في المغرم وذهب نفع بدن هذا كما ذهب نفع مال هذا ولهذا كانت الوضعية على المال؛ لأن ذلك في مقابلة ذهاب نفع المال ولهذا كان الصواب أنه يجب في المضاربة الفاسدة بربح المثل أيعطى العامل ما جرت العادة أن يعطاه مثله إما نصفه أو ثلثه. فأما أن يعطى شيئاً مقدراً مضموناً في ذمة المالك كما يعطى في الإجارة والجعالة فهذا غلط ممن قاله وسبب غلطه ظنه أن هذه إجارة فأعطاه في فاسدها عوض المثل كما يعطيه في الصحيح المسمى^(١).

الثاني: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية^(٢)، والمالكية - قيدوا

(١) إعلام الموقعين ١/ ٢٩٠-٢٩١.

(٢) ينظر: المبسوط ٢٢/ ٥٤، تبين الحقائق ٥/ ٦٥.

الجواز بما إذا لم تكن الصناعة مشروطة على العامل (المضارب) - (١)،

(١) جاء في المدونة (٣/ ٦٣١): «أرأيت إن دفعت إلى رجل مالا قراضاً على أن يشتري به جلوداً فيعملها بيده خفافاً أو نعالاً أو سُفراً ثم يبيعهما أفما رزق الله فيها فهو بيننا نصفين؟ قال: لا خير في هذا عند مالك... قال سحنون: وأخبرني ابن وهب عن ابن لهيعة عن خالد بن أبي عمران قال: سألت القاسم وسالما عن المقارضة والبضاعة أيكون ذلك بشرط. فقال: لا يصلح من أجل الشرط الذي كان فيه. قال: وأخبرني يونس عن أبي الزناد أنه قال: لا يصلح أن تدفع إلى رجل مالا مضاربة أو تشتترط من الربح حاصلة لك دونه ولو كان درهما واحداً ولكن تشتترط نصف الربح لك أو نصفه له أو ثلثه لك وثلثاه له أو أكثر من ذلك أو أقل ما دام له في كل شيء منه شرك قليل أو كثير فإن كل شيء من ذلك حلال أو هو قراض المسلمين. قال سحنون: فكيف بمن شرط عمل العامل بيده؟ فذلك أعظم للزيادة وأنه خارج من قراض المسلمين» اهـ. ينظر: شرح الخرشي لمختصر خليل ٦/ ٢٠٨، الشرح الكبير للدردير ٣/ ٥٢١، وعند المالكية أقوال أخر في المسألة، جاء في المنتقى شرح الموطأ (٥/ ١٦١): «وأما إن اشترط عليه عملاً كالصانع يأخذ القراض على العمل أو يعمل بيده قال ابن القاسم إن فات فهو أجير. وقال ابن وهب هما على قراضهما، قال القاضي أبو الوليد ومعنى ذلك عندي أن يكون له أجر عمله ويكون في المال على قراض مثله دون اشتراط عمله اهـ. وجاء في منح الجليل ٧/ ٣٣١: الصانع إن عمل بيده بغير الشرط فله أجر عمله أو إن أعطى صانعاً بيده مالا ليشتري جلوداً ويعملها وما رزق الله تعالى فيبينها، فلا يجوز. ابن أيوب: إن وقع من غير شرط جاز. محمد: ولا أجر له. ابن ميسر: له أجره عمله وهو على قراضه الذي كان عليه أوقاله ابن حبيب. وفي مختصر الوقار يجوز أن يعطيه مالا يصنعه حلياً ويبيعه أو الفضل بينهما إذا أخذ الصانع أجر صياغته» اهـ. وحاصل هذه الأقوال عند المالكية مايلي: ١- أنه يجوز إن كان بغير شرط وهو الظاهر من قول مالك لكن هل يحتسب أجره صناعته من مال المضاربة؟ على خلاف عندهم، وقد فسر بعضهم بذلك. ٢- عدم الجواز مطلقاً كالشافعية. ٣- الجواز مطلقاً كالجمهور. ٤- أن المضارب يكون أجيراً فيما صنعه، مضارباً في رأس المال، فلو تكلفت صناعته ألفاً فيستحقها المضارب أجره لعمله، فإن باعها فربحت ألفين فهو شريك في الربح بموجب البيع لا بالصناعة، ويفهم من هذا القول أيضاً أن أجره الصناعة تكون داخلة في رأس المال، لأن السلعة بعد صناعتها ودفع أجرتها تبقى ملكاً لرب المال، والفضل - الربح - لا يكون إلا بعد حسم التكاليف، ومنها أجره الصانع، فكانهم جعلوا العقد عقدين، عقد مضاربة ثم عقد استصناع.

والحنابلة^(١)، في المشهور عنهم، إلى أن العامل في المضاربة لا يتقيد بالتجارة، فتصح في كل ما من شأنه تثير المال وتنميته.

حجتهم: قالوا: لأن العمل المشروط عليه - من صناعة أو زراعة - مما يصنعه التجار على قصد تحصيل الربح فهو كالبيع والشراء^(٢).

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - هو قول الجمهور لقوة ما احتجوا به، و لما ظهر للباحث من ضعف قول الشافعية؛ لتوجه المناقشة إليه، كما أن الحاجة قائمة في المضاربة بالاستصناع، خاصة في هذه العصور المتأخرة التي تشكل فيها الصناعة - سواء كانت إنشائية أو غيرها - لب الحضارة، وعصب التجارة.

المسألة الثانية: في صكوك امتياز البناء والتشغيل والإعادة تكون المضاربة محددة في مشروع معين، وعمل محدد، وهو المشروع الذي يتم التعاقد عليه مع الجهة المستصنعه، مع جهة محددة، فهل يصح تقييد العامل بعمل معين لا يخرج عنه؟

تحرير محل النزاع: اتفق الفقهاء من المذاهب الأربعة^(٣)، على جواز أن يخص رب المال للمضارب، نوعاً محدداً من السلع لا يتاجر إلا فيه، كأن يخص الإذن بالتجارة في التمر أو البز أو الخشب أو نحوها من السلع، وكذا يجوز تخصيص الإذن في التعامل مع صنف معين من التجار، وأما إذا عين رب المال السلعة - أو المشروع (كصكوك امتياز البناء والإعادة) -، فقال لا تتاجر إلا في هذه السلعة المعينة كهذا التمر، أو هذه الثياب، أو هذا الشخص المعين فلا تتاجر إلا معه، وأعطاه المال بناء على ذلك.

(١) ينظر: المغني ٧/١١٦، الإنصاف ١٤/١٣٧، شرح المنتهى ٢/٣٣٨.

(٢) المبسوط ٢٢/٥٤.

(٣) مراجع هذا الاتفاق هي مراجع أقوال الفقهاء الآتية، وسيأتي النقل فيها عن كل مذهب.

فقد اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

الأول: أنه لا يصح هذا التقييد وتفسد المضاربة بذلك، وهو قول الشافعي جاء في الأم له: ولا يجوز أن يقارضه إلى مدة من المدد.. أو يشترط أن لا يشتري إلا من فلان أو لا يشتري إلا سلعة بعينها واحدة أو نخلا أو دواب يطلب ثمر النخل وتاج الدواب ويجبس رقابها فإن فعل فذلك كله فاسد فإن عمل فيه فله أجر مثله والربح والمال لربه^(١).

حجتهم قالوا: لما في ذلك من التضيق على العامل؛ ولأن الشخص المعين قد لا يعامله وقد لا يجد عنده ما يظن فيه ربحا وقد لا يبيع إلا بثمان غال أو لا يشتري إلا بثمان بخس والسلعة المعينة قد لا يجد فيها ربحا^(٢)؛ ولأن المقصود بالفراض الربح، فإذا علق على ما لا يعم، أو على سلعة بعينها، تعذر المقصود؛ لأنه ربما لم يتفق له ذلك^(٣). جاء في الحاوي: «فإن عقده عاماً ثم خصه في نوع بعينه، صار خاصاً. ولو عقده خاصاً في نوع ثم جعله عاماً في كل نوع، صار عاماً، لأنه ينعقد جائزاً، وليس ينعقد لازماً. وأما إذا قارضه على

(١) الأم/٨/٢٢١، وينظر مختصر المزني ١/١٦٦، ويفرق الشافعية بين التعيين بسلعة معينة أو مكان معين، وبين تحديد نوع معين من التجارات، أو نوع معين من السلع، فيصح عندهم أن يقارضه بالتجارة في البز أو التمر أو الرطب أو سوق معين كالكومة أو البصرة، لكن لا يجوز له تحديد سلعة معينة - كما في صكوك عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة - كهذا التمر ونحوه. جاء في روض الطالب (أسنى المطالب شرح روض الطالب ٢/٣٨٢): وإن عين له التجارة فيما يندر وجوده كياقوت أحمر وخز أدكن وخيل بلق؛ لم يصح لأنه تضيق يخل بمقصود العقد فإن لم يندر صح ولو كان ينقطع كالرطب لانتفاء التضيق وكذا إن ندر وكان بمكان يوجد فيه غالباً قاله الماوردي والرويان. وإن شرط أن لا يشتري أو لا يبيع إلا من زيد أو لا يشتري إلا هذه السلعة لم يصح (ينظر: المهذب للشيرازي ١/٣٨٦-٣٨٧ ط عيسى الحلبي، مغني المحتاج ٣/٤٠١ الغرر البهية ٣/٢٨٤).

(٢) أسنى المطالب شرح روض الطالب ٢/٣٨٢.

(٣) المهذب ١/٥٠٤.

شراء ثوب بعينه أو عبد بعينه أو عرض بعينه، كان القراض باطلاً، لأنه قد يتلف ذلك المعين فلا يقدر على شراء غيره، أو قد لا يباع إلا بما لا فضل في ثمنه»^(١).

الجواب على حجتهم:

١ - قال ابن قدامة رحمته الله: «وقولهم: إنه يمنع المقصود. ممنوع وإنما يقلله أو يقليله لا يمنع الصحة كتخصيصه بالنوع»^(٢).

٢ - أن مسألة تلف المعين، أو فوات الربح يمكن تلافيها، فإذا أمكن ذلك، صح العقد عندهم، وهذا هو مقتضى قولكم، وهذا أمر يمكن تلافيه في العقد الذي بين أيدينا وهو صكوك امتياز البناء والتشغيل والإعادة، إذ إن الربح متوقع الحصول، وتلف المعين، غير ممكن لأن المستصنع جهة لا تتعلق بالأشخاص، كما أن السلعة المصنوعة (المشروع) خاضع لمواصفات خاصة، ويقوم عليه فرق بشرية تتعاهد سلامة المشروع، من مهندسي إشراف، إلى مقاولي تنفيذ، فالتلف مأمون إلا بجائحة سماوية، يستوي فيها المعين وغير المعين.

٣ - أن في المضاربة معنى الوكالة، فإذا خصصه في عمل معين، ورضي المضارب بذلك صحت المضاربة فالأمر لا يعدوهما.

٤ - أن التضيق على العامل قد يكون فيه مصلحة له ولرب المال، فتوحيد جهده في مشروع أو عمل معين أولى من تشتيته في تجارات مختلفة، ومصلحة رب المال فيما يظهر له من أن العمل فيما قيده فيه، أسلم لماله وأحفظ له، وأرباح.

القول الثاني: إن كانت السلعة التي أمره ألا يشتري غيرها كثيرة موجودة لا تفقد فلا بأس بذلك، وإن كان يمكن فقدها فلا يصح القراض بها وتكون المضاربة فاسدة وهو قول المالكية، قال مالك في رجل دفع إلى رجل مالا قراضاً وشرط عليه أن لا تشتري به إلى

(١) الحاوي للماوردي ٩/ ١١١.

(٢) المغني ٥/ ٤٠.

إلا سلعة كذا وكذا أو ينهأ أن يشتري سلعة باسمها قال مالك: من اشترط على من قارض أن لا يشتري حيواناً أو سلعة باسمها فلا بأس بذلك ومن اشترط على من قارض أن لا يشتري إلا سلعة كذا وكذا فإن ذلك مكروه إلا أن تكون السلعة التي أمره أن لا يشتري غيرها كثيرة موجودة لا تخلف في شتاء ولا صيف فلا بأس بذلك. قال في الشرح: فأما إذا قال له أقارضك على أن لا تشتري إلا سلعة كذا السلعة بعينها فإن كانت السلعة كثيرة موجودة ولا تعدم التجارة فيها ولا تعدم هي في وقت من الأوقات كالحیوان والطعام فإن ذلك جائز وإن كانت السلعة قد تعدم في وقت من الأوقات أو تتعذر التجارة بها لقلتها في بعض الأزمان لم تجز المقارضة بها وعقد القراض على ذلك فإنه فاسد^(١).

القول الثالث: وهو قول الحنفية^(٢)، والحنابلة^(٣): أنه يصح تقييد رب المال للمضارب في عمله بهال المضارب ولو في سلعة معينة، أو أن يعامل أحداً بعينه.

أدلتهم:

- ١ - قالوا: لأن الأصل في الشروط اعتبارها ما أمكن وإذا كان القيد مفيداً كان يمكن الاعتبار فيعتبر؛ لقول النبي عليه أفضل الصلاة والسلام: (المسلمون عند شروطهم)^(٤).
- ٢ - أنه شرط مفيد؛ لأن بعض أنواع التجارة يكون أقرب إلى المقصود من بعض. وكذا الناس مختلفون في ذلك فقد يهتدي الإنسان إلى بعض التجارة دون بعض أفكان الشرط مفيداً فيتقيد به^(٥).

(١) المنتقى شرح الموطأ ٥/١٥٩ وينظر: المدونة ٣/٦٥٢.

(٢) ينظر: بدائع الصنائع ٦/٩٩، درر الحكام ٣/٤٥٢.

(٣) ينظر: المغني ٥/٤٠، ٢٣، ١٣ الفروع ٤/٣٨٤.

(٤) الحديث سبق تخريجه في حاشية رقم (٢) ص ٩٨.

(٥) بدائع الصنائع ٦/٩٩.

٣- أنها مضاربة خاصة لا تمنع الربح بالكلية فصحت كما لو شرط أن لا يتجر إلا في نوع يعم وجوده ولأنه عقد يصح تخصيصه بنوع فصح تخصيصه في رجل بعينه وسلعة بعينها كالوكالة^(١).

الترجيح:

يظهر للباحث رجحان القول الثالث:

(١) لقوة ما احتج به، وتوجه المناقشة لما احتج به المانعون.

(٢) ولأن من السلع المعينة ما يكون كبيراً يعادل في قيمته وربحه ملايين السلع غير المعينة - كما هو في مسألتنا هذه - ولذلك احتاج أرباب المال قصر - دفع المال فيها، لتيقن فائدته لهم، واحتاج العامل القصر - عليها، حتى يصرف جهده وهمه إلى تحقيق العمل المطلوب منه، دون أن يشتت جهده في أعمال ومشاريع كثيرة تضر به أو برب المال.

(٣) ثم إنه لا يدفع الناس أموالهم في مضاربة إلا بأن تكون الأعمال المضارب بها يغلب على الظن ربحها، وكون العامل، موثقاً في أمانته، ومعرفة هذا في العصر - الحاضر على وجه القطع أمر غير متيسر فاستعاض عنه بمعرفة العمل، والثقة بعمل المضارب وأمانته قد حصلت لها جهة أخرى وهي المستصنع.

(٤) لما كان مقصود المضاربة تنمية المال وزيادته، فإنه إذا كانت غلبة الظن بربح عمل معين وسلعة معينة أكثر من التي لم يعين فيها ذلك كانت بالحكم بصحة المضاربة بها أولى.

(٥) ولونظرنا إلى صكوك امتياز البناء والتشغيل، لوجدنا أن جميع ما علل به الشافعية أو المالكية في نفي تخصيص المضارب، بسلعة معينة، أو شخص معين، قد انتفى في العقد الذي بين أيدينا - صكوك امتياز البناء والإعادة -؛ وذلك لأن احتمالات التلف وانتهاء مقصود المضاربة في مسألتنا، تساوي غير المتعين - كما تقدم - فتساويا في الحكم.

(١) المغني ٥/ ٤٠.

المسألة الثانية: تكييف الصورة الثانية من صكوك امتياز البناء والتشغيل

والإعارة:

أولاً: تكييف الشكل الأول منها:

بعد اكتمال المشروع وقبل التشغيل والإدارة: فهنا تستحق الشركة الصانعة منفعة هذا المرفق، المدة المحددة في العقد، فإذا أرادت الشركة استرجاع تكاليفها مع ربح مناسب؛ حتى تستطيع البدء في مشاريع أخرى، فإنها تعتمد إلى بيع هذه المنفعة المحددة - بالمدة في العقد - إلى حملة الصكوك، وبذلك يملكون هذه المنفعة، ويكون دخلها الناتج عنها آيلاً إلى حملة الصكوك، وتستحق الشركة التي تتولى إدارة المشروع أجره محددة - تستقطع من الدخل العام - مقابل الإدارة والتشغيل سواء أكانت هي المنفذة أم غيرها.

وقبل الدخول في تكييف هذا الشكل من أشكال صكوك امتياز البناء والتشغيل

والإعارة لابد أن نحدد آلية التصكيك:

تتلخص هذه الآلية في النقاط التالية:

(١) لابد أن يوجد شرط في العقد الموقع بين كل من الصانع والجهة المستصلحة، يميز للصانع إصدار الصكوك لهذه المنفعة^(١).

(٢) تقوم الجهة الصانعة بعد اكتمال المشروع، وجاهزيته للتشغيل بالتعاقد مع مؤسسة مالية لإصدار هذه الصكوك وتسويقها.

(٣) توضح نشرة الإصدار، المدة التي تستحق فيها منفعة المشروع، والأرباح التشغيلية والصافية المتوقعة خلال هذه المدة، وذلك على اعتبار أن جميع دخل المشروع للمكتسبين،

(١) يحق لجهة الإدارة (المستصلحة) إنهاء العقد وسحب المشروع من المتعهد (الصانع) دون سابق إنذار

إذا تنازل عن العقد دون ترخيص مسبق من الجهة المختصة. ينظر: عقد bot لإلياس ناصيف

إن كان البيع وقع على كامل المنفعة، وإن وقع لبعضها مشاعاً بالنسبة، فيوضح في تلك النشرة النسبة المباعة للمشتري والنسبة المتبقية للبائع من تلك المنفعة التي اشتركوا فيها، وينبغي على ذلك معرفة حقوق كل طرف من مجموع الدخل .

٤) توضح نشرة الإصدار المشغل للمشروع، وأجرة الإدارة والتشغيل الشهرية أو السنوية.

٥) توضح نشرة الإصدار القوائم بمراجعة ومحاسبة المشغل - نيابة عن المكتبتين - والذي يقوم أيضاً بعملية حساب الدخل وتقسيمه على الملاك بعد اقتطاع المصاريف.

٦) يلحظ هنا وجود نائب عن المكتبتين، ونائب عن الجهة الصانعة، وربما يباشر طرفي العقد جهة مالية واحدة، مأمونة وذات ملاءة مالية وسمعة جيدة؛ توفر الثقة لدى المستثمرين.

٧) من أجل توفير ضمان مالي أكيد، للمكتبتين تقوم الجهة المستصنعة بضمان حسن التشغيل طيلة مدة العقد بإلزام الصانع تقديم ضمان مالي، أو كفيل غارم في حال التقاعس أو الإخلال بتنفيذ التزامات العقد.

بعد إزالة كافة الارتباطات المتعلقة بإصدار هذه الصكوك، من وكلاء ومشغلين وغيرهم - فالبحث يتركز على تكييف إصدار هذه الصكوك - يتبين لنا أن العلاقة الأساسية، هي بين طرفين رئيسيين، هما المكتبتون من جهة، والجهة الصانعة من جهة أخرى، ومن هذا المنطلق نبني التكييف، ومما تبين في هذه العقد أن أجرة الاستصناع: هي المنفعة المستحقة للصانع في المدة المحددة، والصانع يقوم - بموجب هذه الصكوك - بنقل ملكية هذه المنفعة لطرف آخر، وعلى هذا فإن التصرف في المنفعة - بأي تصرف كان - مبني على مسألة مهمة، وهي هل المنفعة مال، تأخذ حكم الأموال في كل شيء؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

الأول: ذهب الحنفية^(١)، إلى أن المنفعة ليست بمال.

الثاني: ذهب جمهور الفقهاء من المالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤)، إلى أن المنفعة

تعد مالا من الأموال.

أدلة الأقوال:

أدلة القول الأول:

١- قالوا إن من عناصر المال أن يكون شيئاً مادياً، يقبل الحيازة والإحراز ومعلوم أن المنافع لا يتحقق فيها ذلك؛ لأنها أعراض زائلة لاستقرار لها ولا بقاء؛ فأما عدم استقرارها؛ فلأنها أعراض تتجدد بتجدد أوقاتها، وتحدث آناً بعد آناً باكتسابها وعلم مبتغيها وطلبه، فإذا ما انتفعت بسكنى منزل، فإنما تحدث المنفعة بنزولك فيه وشغلك إياه، وسكنائه في يوم معين، غير سكنائه في يوم آخر، بل وسكنائه في هذه الساعة غير سكنائه في ساعة أخرى، وهكذا نرى أن منافع الأعيان أعراض تحدث ساعة فساعة عند طلبها واكتسابها فهي عند الطلب والاكتساب معدومة لوجود لها في عالم الأعيان، وإذا وجدت فنيت وانتهت في الحال، وإذا كانت كذلك لم يمكن حيازتها، وادخارها ولا إحرازها، فهي غير مستقرة، وليس لها بقاء فلا يمكن أن تكون مالا وهي على هذه الصفة؛ لأن المال لا بد من إحرازه وحيازته حتى يمكن تداوله^(٥).

(١) ينظر: المبسوط ١١/٧٩-٨٠، تبين الحقائق ٥/٢٤٣، حاشية ابن عابدين ٦/٦٩٢.

(٢) ينظر: شرح مختصر خليل للخرشي ٧/٢، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣/٣٩٦.

(٣) نهاية المحتاج للرملي ٦/٥١، تخريج الفروع على الأصول للزنجاني ص ٢٢٥.

(٤) كشف القناع للبهوتي ٤/٨٧، دقائق أولي النهى بشرح المنتهى ٢/٤٠١.

(٥) ينظر: المبسوط ١١/٧٩-٨٠، حاشية ابن عابدين ٤/٥٠١.

نوقش:

(أ) بأنه لا دليل من نص أو إجماع أو قياس صحيح على اشتراط الحيازة في المال، وبالتالي فإنه يبقى على الأصل في عدم الاشتراط.

(ب) على التسليم بالقول بالاشتراط؛ فإنه ليس بلازم في المال أن يحرز أو يحاز بنفسه، بل يكفي أن يحاز بحيازة أصله ومصدره، ولاشك أن المنافع تحاز بحيازة أصولها ومصادرها، فإن من يحوز بيتاً أو سيارة مثلاً يمنع غيره أن ينتفع بها إلا بإذنه، وهكذا فإذا ما وسّعنا في معنى الحيازة والإحراز، فجعلناه أعم من أن يكون بالمباشرة أو بالواسطة، كان ذلك شاملاً للمنافع، لأنها ممكنة الحيازة والإحراز بوساطة أصلها وينتفع بها.

أضف إلى ذلك أن الحيازة والإحراز للشيء تابع لطبيعته وماهيته، فالمنافع أعراض، وهذه الأعراض وجودها مسلم به لوجود محلها، وهو الزمن - في نظر الأحناف - وعلى هذا فالمنفعة تقبل الوجود الحسي - غير المستمر، وإذا تحقق في المنافع الحيازة والإحراز بحسب طبيعتها، لم يكن للأحناف دليل على قولهم في عدم ماليتها^(١).

٢ - قالوا: لو كانت المنافع أموالاً مضمونة؛ لضمنت بالمنافع لكونها مثلاً لها - وهو أعدل - والمعمول به لدى الفقهاء أن المنفعة لا تضمن بالمنفعة، فإذا لم تضمن بها، لا يمكن أن تضمن بالأعيان؛ لأن الأعراض - المنافع - ليست بمثل للأعيان، لأن ما لا يبقى لا يكون مثلاً لما لا يبقى، وضمان العدووان مشروط بالمماثلة بالنص والإجماع^(٢).

نوقش: بأنه لا يشترط فيما يعد مالا أن يضمن بمثله عند الإلتلاف، فهناك من الأعيان مالا يضمن بمثله بل بالقيمة، كما إذا عدم المثل، وكما لو اعتدي على إنسان بجراحة فإنها لا تضمن إلا بالأرث إذا لم يؤمن الحيف، فكذلك المنافع^(٣).

(١) ينظر: أحكام المعاملات الشرعية ص ٢٧، والملكية في الشريعة الإسلامية لعل الخفيف ص ١٧-١٩.

(٢) ينظر: المبسوط ١١/ ٧٩-٨٠، وتبين الحقائق ٥/ ٢٣٤.

(٣) أحكام المعاملات الشرعية ص ٢٧.

أدلة القول الثاني:

- ١- استدلووا بقوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُمْ مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ﴾^(١).
وجه الدلالة: دلت الآية على أن طلب الزوجة، وابتغاءها لا يكون إلا بأن يدفع صداقها من المال، والنكاح من المنافع فدل على أنها من الأموال.
 - ٢- قوله تعالى: ﴿قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَنِي حَبْجٍ فَإِنْ أَتَمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِنْدِكَ...﴾^(٢).
وجه الدلالة: دلت الآية على ابتغاء الزوجة بالمنفعة، وانعقد على ذلك إجماع المسلمين، فكان دليلاً على أن المنفعة مال، فلولا أنها تعتبر مالا لما صحت أن تكون صداقاً^(٣).
 - ٣- العرف: حيث إن عرف الناس في كل مكان وزمان على اعتبار المنافع أموالاً، فهم يطلبون للمنافع قيمة والعكس، كما في عقود الإجازات^(٤).
 - ٤- كما أن المنافع تعتبر أموالاً كالأعيان، فالمنافع متقومة بالعقد عليها، كالإجارة فتصير مضمونة بالتلف والفوات تحت اليد العادية، فضمن المنافع بالتعدي عليها دليل على اعتبارها مالا^(٥).
- نوقش: بأن كون المنافع متقومة في عقود الإجازات على هذا الوضع لم يكن إلا ضرورة ترتبت على إجازة هذه العقود للحاجة إليها، فوجب أن تقتصر على محلها؛ لأن الضرورة تقدر بقدرها فلا يثبت للمنافع تقوم في غير عقود الإجارة.
- الجواب: إن قولكم إن كون المنافع في عقود الإجازات لم يكن إلا ضرورة ترتبت على إجازة هذه العقود للحاجة إليها، بأن هذا تخصيص من غير مخصص، فهو تحكم من غير

(١) سورة النساء، الآية [٢٤].

(٢) سورة القصص، الآية [٢٧].

(٣) ينظر: الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ١٣/ ٢٧٣، مغني المحتاج للشربيني ٣/ ٢٢٠.

(٤) ينظر: تخریج الفروع على الأصول للزنجاني ص/ ٢٢٦، الملكية للعبادي ١/ ١٨٤.

(٥) تخریج الفروع على الأصول للزنجاني ص ٢٢٥-٢٢٦.

دليل، فيلزم من قولكم هذا أن تكون المنافع غير متقومة في غير عقود الإجازات، وهذا لا يقول به أحد، ثم إن اعتبار ماليتها قائم في كل المنافع، ولا يقتصر - تقومها في بعض العقود دون بعضها الآخر، كما ثبت ذلك من خلال أدلة إثبات ماليتها، وهذا باعتبار نظر الشارع لها، أضف إلى ذلك أن الأعيان المالية لا يحرص عليها إلا لمنافعها، فكيف لا تكون مالا ومتقومة في نفس الأمر^(١).

الترجيح:

يترجح للباحث القول الثاني الذي يذهب إلى أن المنافع أموال؛ لما يلي:

(١) قوة أدلته، وتوجه المناقشة لأدلة القول الأول، والجواب عن مناقشتهم لأدلة الجمهور.

(٢) ولما في القول من عدم مالية المنافع من إهدار للحقوق، وضياع للمصالح، وإهمال للمنافع؛ إذ الأعيان المالية لا يحرص عليها لذاتها، إنما لأجل المنافع الناتجة منها.

(٣) كما أن المنافع أعراض موجودة لها ماهية مطلوبة، وهي في ذاتها مقصودة؛ مبناها عند الناس على المشاحة، والشرع المطهر جاء بحفظ الحقوق وإن قلّت، والقول بماليتها هو الأقرب لتحقيق مقاصد الشريعة في ذلك.

وبناء على كون المنافع من الأموال فإنه يصح بيعها وشراؤها على الإطلاق دون أن يكون ذلك مختصاً بالإجارة^(٢)، وهذا يوسع نطاق التكييف؛ لذلك يمكن تخريج هذا النوع من الصكوك على أحد ثلاثة عقود:

(١) ينظر: تبين الحقائق ٥ / ٢٣٤، رهن المنفعة: بحث تكميلي للباحث خالد الرشود ص ٢٦.

(٢) يرى الحنفية أن ذلك مختص بالإجارة لورد النص بها، والأصل عندهم عدم جوازها لأنها على خلاف القياس كما سيأتي. ينظر الفتاوى الهندية ٦ / ٤٢٩، فتح القدير ٩ / ٥٩ - ٦٠، العناية شرح الهداية ٩ / ٥٩ - ٦٠.

الأول: تخريجها على عقد مشاركة في المشاع (الملك):

أشار بعض الباحثين إلى أنه يمكن تخريجها على عقد مشاركة في المشاع^(١) (الملك)، وتوضيح ذلك أن الشركة في الاصطلاح الفقهي قسمان: شركة ملك وشركة عقد^(٢)، وشركة الملك: أن يشترك رجلان في ملك مال^(٣)، وهي تنقسم إلى قسمين: اختيارية، واضطرارية (جبرية).

فالاختيارية: هي التي تكون بإرادة الشريكين أو الشركاء: سواء بواسطة عقد أم بدونه، وسواء وقع العقد مشتركا منذ بدايته، أم طرأ عليه اشتراكها، أم طرأ الاشتراك في المال بعد العقد.

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

(١) ينظر: بحث بعنوان: "عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية" للقاضي تقي الدين عثمان، مقدم لمجمع الفقه الإسلامي في دورته التاسعة عشرة المنعقد في مدينة الشارقة ص ١٠. وقد أشار إلى هذه التكييف بقوله: وكذلك يجوز إصدار الصكوك بعد اكتمال المشروع، وحينئذ تكون هذه الصكوك ممثلة للحصة الشائعة في المنفعة التي حصلت عليها الجهة الصانعة ثمنا للاستصناع، وحاصل ذلك أن المنفعة أصبحت مملوكة للجهة الصانعة لمدة متفق عليها، فيجوز لها أن تشرك الآخرين فيها لقاء عوض مالي، فيكون مثل أن يملك رجل منفعة مجمع سكني باستئجاره من المالك، ثم يدخل الشركاء في حصصه الشائعة قبل إجارة شققه إلى المستأجرين النهائيين.

(٢) ينظر: المبسوط ١١/١٥٢، رد المحتار ٢/٣٤٣، شرح الخرشي ٤/٢٥٤، مغني المحتاج ٢/٢١١، المغني ٥/٣، الإنصاف ٦/٢٥٦. جاء في المغني المطبوع مع الشرح الكبير ٥/١٠٩: شركة العقد هي: اجتماع في تصرف، وهي أنواع خمسة: شركة العنان والأبدان أو الوجوه أو المضاربة أو المفاوضة ينظر: الخرشي على خليل ٤/٢٥٤، ٢٧١، والفواكه الدواني ٢/٢٧١.

(٣) المبسوط ١١/١٥٢.

ومثال ما كان بواسطة عقد طراً اشتراكه أو اشتراكه في المال بعده، أن يقع الشراء أو قبول الهبة أو الوصية من واحد، ثم يشرك معه آخر، فيقبل الآخر الشركة - بعوض أو بدونه. ومثال ما كان بدون عقد ما لو خلط اثنان مائليهما، وما لو اصطاد اثنان صيدا بشرك نصابه، أو أحيا أرضاً مواتاً. والاضطرارية، أو الجبرية: هي التي تكون دون إرادة أحد من الشريكين أو الشركاء^(١).

وبما أن المنافع مال، فيصح أن يبيع جزءاً منها للمكتتبين، فيكونون شركاء له في تلك المنفعة بالجزء المشاع، وتكون هذه الشركة بعقد وهو الصك. ما يؤخذ على هذا التكييف:

- ١ - أن المقصود بالبحث في هذه المسألة هو بيان العقد الذي انتقلت بسببه المنفعة جزئياً أو كلياً إلى حملة الصكوك، أما الشركة في الملك، فهي نتيجة نهائية لهذا السبب الذي أدى لهذا التمليك، وبالتالي فحكم الشركة في الملك تبع لحكم السبب الذي تملك به، فإن كان السبب جائزاً كانت الشركة فيه جائزة، وإن كان السبب محرماً كانت الشركة محرمة، فلو اشترك اثنان أو أكثر في ملك أرض مغتصبة، أو مال مسروق، أو منفعة دار في مقابل عوض محرم كبيع خمر، أو خنزير ونحوه كانت الشركة محرمة بسبب ذلك المال المحرم.
- ٢ - ثم إن المنفعة إذا انتقلت كاملة من الجهة الصانعة إلى حملة الصكوك، لم يكن بين من انتقلت منه وإليه شراكة، إذ خرجت المنفعة من ملك الأول للثاني.

الثاني: تخرج هذه الصكوك على عقد الإجارة:

ومستند هذا التكييف ما يلي:

- (١) أن الفقهاء من المذاهب الأربعة قد اتفقوا على أن الإجارة هي: بيع منافع بعوض

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية ٢٦ / ٢٢.

مسمى^(١). ومقتضى هذا الشكل من صكوك امتياز البناء والتشغيل والإعادة أن الصانع يبيع المنفعة التي امتلكها بعد اكتمال المشروع إلى حملة الصكوك، بعوض مسمى وهو حصيلة الاكتتاب.

(٢) بالنظر إلى أركان الإجارة، وهي: الصيغة (الإيجاب والقبول) والعاقدان، والمعقود عليه (المنفعة والأجرة)^(٢)، نجد أنها منطبقة على هذه الصكوك، فالصيغة هي نشرة الإصدار، التي ينص فيها - بناء على هذا التخريج - على أنها إجارة، والعاقدان هما: الجهة الصانعة، مالكة المنفعة وتمثل المؤجر، وحملة الصكوك يمثلون المستأجر، والأجرة: هي القيمة الإجمالية للمنفعة التي جرى تقسيمها على الصكوك - ويلزم تحديدها في نشرة

(١) ينظر عند الحنفية: فتح القدير ٩/٥٩-٦٠، العناية شرح الهداية ٩/٥٩-٦٠، البحر الرائق ٨/٣، وقد نصوا - جميعاً - أن الأصح لغوياً أن يبيع المنافع هو إيجاراً لأن الثاني هو الأجرة اهـ. وعند المالكية: الفواكه الدواني ٢/١٠٩، شرح مختصر خليل للخرشي ٧/١٢، وفي الشرح الصغير (٤/٦): الإجارة: عقد معاوضة على تمليك منفعة بعوض، مواهب الجليل ٤/٢٢٥، وفي شرح ميارة (٢/٨٣) معنى الكراء: بيع المنافع الطارئة عن الرقاب اهـ وعند الشافعية: مغني المحتاج ٦/١٣٦، حاشية البجيرمي على الخطيب ٣/٥، وعند الحنابلة: المغني ٥/٢٥٠، كشف القناع ٣/٥٦٥.

(٢) يختلف الفقهاء في تعداد أركان عقد الإجارة، فالجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة على أنها: الصيغة (الإيجاب والقبول) والعاقدان والمعقود عليه (المنفعة والأجرة) ينظر: شرح الخرشي ٧/٢، التاج والإكليل ٧/٤٩٣، الشرح الصغير مع حاشية الصاوي ٤/٧، حاشية الجمل ٣/٥٣٢، معالم القربة في طلب الحسبة لمحمد القرشي ص ٧٤، الفروع ٤/٤٢٠، الإنصاف ٦/٤. وذهب الحنفية إلى أنها الصيغة فقط، وأما العاقدان والمعقود عليه فأطراف للعقد ومن مقوماته، فلا قيام للعقد إلا باجتماع ذلك كله فالخلاف لفظي لا ثمرة له. ينظر: الفتاوى الهندية ٤/٤٠٩، الموسوعة الفقهية ١/٢٥٤.

الإصدار^(١) - وبناء عليها يتم تحديد عدد الصكوك التي يمثل مجموع أقيامها تلك الأجرة، التي استحقها مالك المنفعة وهي الجهة الصانعة.

لكن قد يثور بسبب هذا التكييف إشكالات هي كالتالي:

الإشكال الأول: استند هذا التكييف على أن الإجارة بيع للمنافع، كما تباع الأعيان؛ ولذلك صح انتقالها من المالك للصانع قيمةً للمصنوع، ثم انتقلت تلك المنفعة - جملة - من الصانع إلى المكتتبين بالبيع، ثم من المكتتبين إلى المستفيدين - بالتجزئة - فهل يصح بيع المنافع بإطلاق كالأعيان؟ وهل الإجارة بيع أم أنها عقد خاص شرع لحاجة معينة فيقتصر عليها؟

وجه هذا الإشكال: أن القول بأن المنافع تباع كالأعيان وتسمى إجارة؛ يلغي الفرق بين العقدين، ويجعل القول بأحد العقدين كالقول بالآخر، فلا فرق بين أن تقول هي إجارة أو بيع، بينما نجد أن كلا العقدين له أحكام تخصه وتميزه عن العقد الآخر. أم أن الإجارة هي عقد خاص شرع لسد حاجة معينة فلا يزداد عليها:

اختلف في ذلك الفقهاء على ثلاثة أقوال:

القول الأول: ذهب ابن حزم الظاهري^(٢) إلى أن الإجارة ليست بيعاً.

(١) اتفق الفقهاء على وجوب العلم بالأجرة قدراً وجنساً وصفة نقل هذا الاتفاق ابن قدامة رحمته الله

(المغني: ٥/ ٢٥٥) فقال: «يشترط في عوض الإجارة كونه معلوماً. لا نعلم في ذلك خلافاً».

(٢) هو علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري. أبو محمد (٣٨٤ - ٤٥٦ هـ). عالم الأندلس في عصره.

أصله من الفرس. كان فقيهاً حافظاً يستنبط الأحكام من الكتاب والسنة على طريقة أهل الظاهر،

كثير التأليف. مزقت بعض كتبه بسبب معاداة كثير من الفقهاء له. من تصانيفه: "المحلى" في الفقه؛

و"الإحكام في أصول الأحكام" في أصول الفقه؛ و"طوق الحمامة" في الأدب. ينظر: الأعلام

للزركلي ٥/ ٥٩ والمغرب في حلى المغرب ص ٣٦٤.

حجته: قال ابن حزم: «والإجارة ليست بيعاً لوجهين:

الأول: أنها جائزة في كل ما لا يحل بيعه كالحراً والكلب والسنوراً وغير ذلك. ولو كانت بيعاً لما جازت إجارة الحراً والقائلون إنها بيع يحيزون إجارة الحراً فتناقضوا.

الثاني: ولا يختلفون - القائلين بأنها بيع - في أن الإجارة إنما هي الانتفاع بمنافع الشيء المؤاجر الذي لم يخلق بعداً ولا يحل بيع ما لم يخلق بعداً فظهر فساد هذا القول»^(١).

جواب الوجه الأول: أنه إنما حُرِّم بيع عين الحرِّ، ولم يحرم بيع منفعته، أن يقال: كون الشيء يجوز بيعه في حال دون حال غير مستنكر في أحكام الشرع، بدليل أن بعض الأعيان التي يجوز بيعها قد يقترن بها وصف يمنع ذلك البيع كالبر يجوز بيعه بنقد حاضراً ونسيئة، لكن لا يجوز إذا كان ببر مثله لا حاضراً - إلا مع التماثل - ولا نسيئة، ويجوز بتمر حاضراً مع التفاضل لانسيئة. فالمقصود أن امتناع البيع في حال أو بسبب، لا يمنع جوازه مطلقاً. فعدم جواز بيع أعيان الحر، والكلب، والسنور لا يمنع جواز بيع منافعها، لاختلاف الحال، وزوال المانع، ووجود المقتضي. قال الشافعي في تقرير هذا المعنى - أن الإجارة من جنس البيوع وإن تخلفت عنها في بعض صورها: والبيوع قد تجتمع في معنى أنها ملك وتختلف في أحكامها ولا يمنعها اختلافها في عامة أحكامها وأنه يضيق في بعضها الأمر ويتسع في غيره من أن تكون كلها بيوعاً يحللها ما يحلل البيع ويحرمها ما يحرم البيع في الجملة ثم تختلف بعد في معانٍ أخرى، فلا يبطل صنف منها خالف صنفاً في بعض أمره بخلافه صاحبه وإن كانا قد يتفقان في معنى غير المعنى الذي اختلفا فيه^(٢).

وما ذكره في الوجه الثاني، هي ذات الحجة التي احتج به أصحاب القول الثاني وجوابها

هناك.

(١) المحلى ٣/٧.

(٢) الأم ٢٦/٤.

القول الثاني: أن الإجارة بيع، وشرعت على خلاف القياس؛ لحاجة الناس استحساناً، بالنص والإجماع، فوجب أن يقتصر على هذه الحاجة ولا يتوسع فيها، وهو المفهوم من قول الأحناف: جاء في البدائع: وقيل: إنها- أي الإجارة- لا تجوز والقياس ما قاله؛ لأن الإجارة بيع المنفعة والمنافع للحال معدومة والمعدوم لا يحتل البيع فلا يجوز إضافة البيع إلى ما يؤخذ في المستقبل كإضافة البيع إلى أعيان تؤخذ في المستقبل فإذا لا سبيل إلى تجويزها لا باعتبار الحال ولا باعتبار المآل فلا جواز لها رأساً لكننا استحسننا الجواز بالكتاب العزيز والسنة والإجماع.... وبه تبين أن القياس متروك لأن الله تعالى إنما شرع العقود لحوائج العباد وحاجتهم إلى الإجارة ماسة؛ لأن كل واحد لا يكون له دار مملوكة يسكنها أو أرض مملوكة يزرعها أو دابة مملوكة يركبها وقد لا يمكنه تملكها بالشراء لعدم الثمن أو لا بالهبة والإعارة؛ لأن نفس كل واحد لا تسمح بذلك فيحتاج إلى الإجارة فجوزت بخلاف القياس؛ لحاجة الناس كالسلم ونحوه تحقيقه: أن الشرع شرع لكل حاجة عقداً يختص بها فشرع لتمليك العين بعوض عقداً وهو البيع أو شرع لتمليكها بغير عوض عقداً وهو الهبة أو شرع لتمليك المنفعة بغير عوض عقداً وهو الإعارة فلم يشرع الإجارة مع امتساس الحاجة إليها لم يجد العبد لدفع هذه الحاجة سبيلاً وهذا خلاف موضوع الشرع^(١).

ومعنى قولهم: إنه على خلاف القياس: امتناع طرده في كل عقد بيع منافع، بل لا بد أن تستدعيه الحاجة، ويكون على الصورة المعروفة؛ لهذا يقصر- الحكم على محل الجواز ولا يقاس عليه^(٢).

(١) بدائع الصنائع ٤/ ١٧٣، وينظر: فتح القدير ٩/ ٦٠، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ١/ ٥٢٣، غمز عيون ذوي البصائر ١/ ٢٩٤.

(٢) ينظر هذا المعنى في: فتح القدير ٩/ ٤٥، بدائع الصنائع ٥/ ١٨٨، ١٧٣، كشف الأسرار شرح أصول البزدوي لعبد العزيز البخاري ٣/ ٣٣٨، و٤/ ١٢، تكملة المجموع للسبكي ١١/ ٢٩٥، إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام لابن دقيق العيد ٢/ ٢٢١.

بناء عليه: فبيع المنفعة - التي ملكها الصانع - بهذه الصورة غير المعهودة، لا يصح أن تكون إجارة، عندهم.

خلاصة حجتهم: قالوا: «هي على خلاف القياس»؛ لأنها بيع معدوم؛ فالمنافع معدومة حين العقد.

الجواب عنها من أربعة أوجه:

الأول: أن بيع المعدوم ينقسم إلى بيع الأعيان وبيع المنافع؛ ومن سلم بطلان بيع المعدوم فإنما يسلمه في الأعيان دون المنافع، والشارع جوز المعاوضة على المعدوم كما في السلم. فيجوز بيع المنافع المعدومة فهي من قبيل المعاوضات، ويكون النهي عن بيع المعدوم نهياً خاصاً بالأعيان.

الثاني: كما أن القول بأن البيع لا يرد على المعدوم بالقياس؛ دعوى بغير دليل أفلم لا يجوز أن تكون العلة في الأصل كونه معدوماً يمكن تأخير بيعه إلى زمن وجوده؟ وعلى هذا التقدير فالعلة مقيدة بعدم خاص والمخالف لم يبين أن العلة في الأصل مجرد كونه معدوماً؛ فقياسك - الذي جعلت الإجارة على خلافه - فاسد.

الثالث: أن القياس المحض وقواعد الشريعة وأصولها ومناسباتها تشهد لهذه العلة؛ فإنه إذا كان له حال وجود وعدم كان في بيعه حال عدم مخاطرة وقماراً؛ أما ما ليس له إلا حال واحد والغالب فيه السلامة فليس العقد عليه مخاطرة ولا قماراً وإن كان فيه مخاطرة يسيرة فالحاجة داعية إليه؛ ومن أصول الشريعة أنه إذا تعارضت المصلحة والمفسدة قدم أرجحهما والغرر إنما نهى عنه لما فيه من الضرر بهما أو بأحدهما وفي المنع مما يحتاجون إليه من البيع ضرر أعظم من ضرر المخاطرة؛ فلا يزيل أدنى الضررين بأعلاهما. بل قاعدة الشريعة ضد ذلك وهو دفع أعلى الضررين باحتمال أدناهما^(١).

(١) إعلام الموقعين ٢/ ٣-٤.

الرابع: أن اشتراط الوجود والملك فيما يضاف إليه العقد ليس لعينه بل للقدرة على التسليم وذلك لا يتحقق في المانع، فإن الوجود يعجزه عن التسليم بحكم العقد هنا؛ لأن المنافع أعراض لا تبقى وقتين، والتسليم حكم العقد، والحكم يعقب السبب، فلا يتصور بقاء الوجود من المنفعة عند العقد إلى وقت التسليم؛ فإذا كان بالوجود يتحقق العجز عن التسليم عند وجوب التسليم فلا معنى لاشتراط الوجود عند العقد ولكن تقام العين المنتفع بها موجودة في ملك العقد، مقام المنفعة في حكم جواز العقد ولزومه، كما تقام المرأة مقام ما هو المقصود بالنكاح في حكم العقد والتسليم، وتقام الذمة التي هي محل المسلم فيه مقام ملك المعقود عليه في حكم جواز السلم أو يجعل العقد مضافاً للانعقاد إلى وقت وجود المنفعة ليقترن الانعقاد بالاستيفاء فيتحقق بهذا الطريق التمكن من استيفاء المعقود عليه^(١).

القول الثالث: ذهب المالكية ونص الشافعي والمشهور عند الحنابلة^(٢) إلى أن الإجازات صنف من البيوع، وأن المنفعة كالعين وليست كالدين.

قال الشافعي رحمه الله تعالى: «فالإجازات صنف من البيوع؛ لأنها تمليك لكل واحد منهما من صاحبه ولذلك يملك المستأجر المنفعة التي في العبد والدار والدابة إلى المدة التي اشترطها حتى يكون أحق بها من مالكمها ويملك بها صاحبها العوض فهي منفعة معقولة من عين معلومة فهي كالعين المبيعة ولو كان حكمها بخلاف العين كانت في حكم الدين ولم يجز أن يكتري بدين؛ لأنه حيثئذ يكون ديناً بديناً وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الدين بالدين»^(٣). وجاء في التاج والإكليل، عن الإجارة: «هي بيع منافع

(١) المبسوط ١٥/٧٤.

(٢) ينظر: مواهب الجليل ٥/٣٨٩، التاج والإكليل ٧/٤٩٣، الأم ٨/٢٢٦، المغني ٥/٢٥٠، الفروع ٤/٤٢٠.

(٣) الأم ٨/٢٢٦، والحديث سبق تخريجه في حاشية (١) ص ١٤٦.

معلومة، بعوض معلوم وهي معاوضة صحيحة يجري فيها ما يجري في البيوع من الحلال والحرام»^(١).

يمكن أن يجاب عليه:

١ - بالنقض في أنه لو كانت المنفعة مثل العين من كل وجه، لم تجز الإجارة، لأنها بيع منافع معدومة، ولو جازت ماسميناً هذا العقد باسم خاص وهو الإجارة بل أسميناه بيعاً.

٢ - أن كون الإجارة تمليك؛ لا يكفي في أن تكون بيعاً، فهي عقد معاوضة مستقل بذاته، غير مندرج في البيع وله أحكام تخصه، والتمليك موجود في كثير من المعاوضات، فتخصيصه بالبيع - لمجرد كونه تمليك - تخصيص بغير مخصص.

الترجيح:

بالموازنة بين الأقوال يظهر للباحث:

(أ) أن هناك اتفاقاً بين الأقوال على مايلي:

١ - أن المنفعة تختلف عن العين في البيع، من جهة كون الأصل في المنفعة عدم الوجود وقت العقد، بخلاف العين.

٢ - أن أحكام الإجارة تختلف إجمالاً عن أحكام البيع، سواء في القبض، أو الضمان، وحتى في الصيغة؛ ولذلك نص الشافعية على أن الإجارة لا تنعقد بلفظ البيع^(٢).

(ب) من هذا الاتفاق يمكن أن نصل إلى نتيجة واحدة وهي أن الإجارة ليست كالبيع من كل وجه، بل إن هناك اختلافات مؤثرة بينهما، كما تقدم؛ ولهذا كانت الإجارة عقداً

(١) التاج والإكليل ٤٩٣/٧.

(٢) ينظر: تحفة الحبيب على شرح الخطيب ٣/٢٠٩، فتوحات الوهاب بشرح منهج الطلاب ٣/٥٣٣، تحفة المحتاج ٦/١٢٤.

مستقلا عن البيع في الأركان والشروط والأحكام. ثم إن اختلاف عقد الإجارة عن البيع كعقدين، واختلاف بيع الأعيان عن بيع المنافع من وجه لا يمنع صحة بيع المنافع في بعض العقود التي لم يرد الشرع بالنهي عنها، ولا تعد من قبيل الإجارة، وسيأتي بعض الثمرات من هذا الخلاف.

ولو اعتبرنا القول الثالث على إطلاقه، لم يكن ثمة فرق بين التكييفين الثاني، والثالث. وبناء على ما سبق فإن الإشكال يبقى مؤثرا في تكييف هذا العقد بأنه عقد إجارة. ومن آثار هذا الخلاف: مسألة: بيع المنفعة لمن لا يريد - أو لا يتمكن من - استيفاء المنفعة بنفسه كمن يشتري المنفعة لبيعها، فمن قال إن المنفعة كالعين في البيع، وأن الإجارة بيع للمنافع وهي كبيع الأعيان، قال بأن بيع المنفعة لمن يريد إعادة بيعها - ولو كان لا يتمكن من استيفائها -، جائز وهو نوع من الإجازات، ومن قال إن الإجارة بيع للمنافع، شرعت على خلاف القياس أو من قال إنها ليست ببيع، قال بأن الإجارة شرعت للحاجة، فمن لا حاجة له بها ولا يمكنه استيفاؤها بنفسه، بأن اشتراها للبيع فإن هذا الأمر لا يدخل في الإجارة؛ لهذا اشترطوا في إعادة الإجارة أن يكون المستأجر الثاني مساويا للأول في الضرر أو دونه^(١)، ومن لا يمكنه استيفاء المنفعة، لا يتحقق فيه هذا الشرط.

وبالنظر إلى المسألة التي بين أيدينا وهي صكوك عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة، فمن المعلوم أن حملة الصكوك لا يستفيدون من المنفعة، بشكل مباشر، إلا على وجه قليل جدا لا يذكر، واستفادتهم منها ليس بحكم ملكية الصك بل من جملة المتفعين بعقد إجارة جديد، يدفعون فيه أجرة لمشغل المشروع، وعليه فإن حملة الصكوك يقصدون بتملك المنفعة، إعادة بيعها، والانتفاع بالمبلغ الناتج منها، ولا يمكنهم استيفاؤها! ولا يحق لهم

(١) سيأتي تفصيل إعادة الإجارة في المسألة التالية.

ذلك، فلو جاء حامل الصك بصكه على أن يستفيد من المشروع بنفسه، لم يسمح له بذلك حتى يدفع الأجرة المقررة للانتفاع، مثل غيره من المستفيدين من المشروع، ممن لا يحمل هذا الصك، فبناء على القول الأول والثاني، لا تكون إجارة، وعلى القول الثالث تكون إجارة.

الإشكال الثاني: يقوم المشغل للمشروع نيابة عن حملة الصكوك بتأجير المنفعة - التي استأجروها من الجهة الصانعة - على المستفيدين من المشروع. فهل يجوز إعادة تأجير المنفعة المستأجرة على المستفيدين؟ يتفرع عن هذا السؤال مسألتان:

الأولى: حكم قيام المستأجر - حملة الصكوك - بتأجير المنفعة التي ملكوها من المؤجر - الجهة الصانعة - على المستفيدين:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على أربعة أقوال:

الأول: وهو وجه عند الحنابلة^(١): عدم جواز إعادة التأجير مطلقاً سواء قبل قبض المنفعة أو بعده.

الثاني: وهو قول الحنفية^(٢)، ووجه عند الشافعية صححه بعضهم^(٣)، والصحيح من مذهب الحنابلة^(٤): عدم الجواز قبل القبض وجوازه بعده.

(١) ينظر: المغني ٢٧٧/٥ الفروع ٤/٤٤٦. وأشار إلى أن القاضي أبي يعلى ذكر أن عدم الجواز بعد القبض، رواه عن أحمد، ونص في الفروع أنها وجه في المذهب وهو الأقرب.

(٢) ينظر: البدائع ٢٠٦/٤، تبين الحقائق ١٢٢/٥ وقال: «إن أجره قبل القبض لا يجوز بلا خلاف وبعده يجوز بلا خلاف». اهـ. قوله بلا خلاف: يعني في مذهب الحنفية.

(٣) ينظر: الفتاوى الفقهية الكبرى لابن حجر الهيتمي (٢/١٤٥).

(٤) ينظر: المغني ٢٧٧/٥ الفروع ٤/٤٤٦، الإنصاف ٤٣/٦.

الثالث: وهو قول لأبي حنيفة وأبي يوسف^(١): جوازها في غير المنقول قبل القبض وبعده دون المنقول^(٢).

الرابع: وهو قول المالكية^(٣)، ووجه عند الشافعية صححه بعضهم^(٤)، وقول الأكثر عند الحنابلة^(٥): جوازه مطلقاً، سواء كان قبل القبض أو بعده.

أدلة الأقوال:

أدلة القول الأول:

(١) قالوا أما قبل القبض فلا يجوز لأن المنافع مملوكة بعقد معاوضة فاعتبر في جواز العقد عليها: القبض كالأعيان^(٦).

يجاب عليه: بما سبق بيانه في الإشكال الأول من وجود الفرق بين المنافع والأعيان، في قبضها، ومع وجود الفرق لا يصح القياس.

(١) هو يعقوب بن إبراهيم بن حبيب. القاضي الإمام (١٨١ هـ). من ولد سعد بن حبة الأنصاري صاحب رسول الله ﷺ. أخذ الفقه عن أبي حنيفة رَحِمَهُمُ اللَّهُ، وهو المقدم من أصحابه جميعاً. ولي القضاء للمهادي والمهدي والرشيد. وهو أول من سمي قاضي القضاة، وأول من اتخذ للعلماء زياً خاصاً. وثقه أحمد وابن معين وابن المديني. روي عنه أنه قال: «ما قلت قولاً خالفت فيه أبا حنيفة إلا وهو قول قاله ثم رغب عنه»، قيل: «إنه أول من وضع الكتب في أصول الفقه». من تصانيفه: "الخراج"، و"أدب القاضي"، و"الجوامع". ينظر: الجواهر المضية ص ٢٢٠-٢٢٢، وتاريخ بغداد ٢٤٢/١٤، والبداية والنهاية ١٨٠/١٠.

(٢) تبين الحقائق ١٢٢/٥، الجوهرة النيرة - حنفي ٢٦١/١.

(٣) ينظر: المنتقى شرح الموطأ ١١٣/٥، التاج والإكليل ٥٢١/٧.

(٤) ينظر: أسنى المطالب ٨٢/٢، ٤١٧.

(٥) قال في الفروع ٤٤٦/٤ هو قول الأكثر، وقال في الانصاف ٤٣/٦: هو المذهب على ما اصطالحناه، وأطلق ابن تيمية الجواز، ينظر: فتاوى ابن تيمية ٤٠٨/٥.

(٦) المغني ٢٧٧/٥.

وأما بعد القبض: قالوا:

- ١- (لأن النبي ﷺ نهى عن ربح ما لم يضمن)، والمنافع لم تدخل في ضمانه^(١)؛ لأن المنافع لا تقبض إلا شيئاً فشيئاً فإذا أجرها كان كمن ربح فيما لم يضمنه؛ لكونه لم يقبضها.
- ٢- ولأنه عقد على ما لم يدخل في ضمانه فلم يجزأ كبيع المكيل والموزون قبل قبضه^(٢).
- يجاب عليه: بأن قبض العين قام مقام قبض المنافع بدليل أنه يجوز التصرف فيها فجاز العقد عليها كبيع الثمرة على الشجرة ويبطل قياسهم لهذا الأصل^(٣).

دليل القول الثاني:

يتفق دليلهم مع القول الأول فيما إذا كان قبل القبض، ويمكن أن يجاب عليه: بنص تعليل القول الرابع لجوازه قبل القبض.

أما بعد القبض فقالوا:

- (١) إن إيجار المأجور بعد قبضه جائز مع أن المنافع لم تقبض ولكن أقام الشرع قبض محلها مقام قبضها في نفسها للحاجة إلى ذلك^(٤).
- (٢) ولأن موجب عقد الإجارة ملك المنفعة والتسلط على استيفائها بنفسه وبمن يقوم مقامه^(٥).

(١) المرجع السابق والحديث سبق تخريجه.

(٢) المغني ٥/ ٢٧٧.

(٣) المغني ٥/ ٢٧٧. ويتضح من دليلهم أنهم منعوا إعادة التأجير لعدم إمكان قبض المنافع مطلقاً، فلذلك لم يفرقوا بين حالي القبض، حسب رأي المخالفين.

(٤) قواعد الأحكام في مصالح الأنعام للعز بن عبد السلام ٢/ ١٨٤. ويتضح أنهم علقوا جواز إعادة التأجير بعد القبض بالحاجة؛ إذ صححوا قبض المنفعة بقبض العين للحاجة إلى ذلك.

(٥) شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢/ ٢٥٣.

دليل القول الثالث:

قالوا في التفريق بين العقار والمنقول: قالوا: بالنسبة للمنقول فلاشتماله على ربح ما لم يضمن فإن المقصود من البيع (أو الإجارة) الربح وربح ما لم يضمن منهى عنه شرعاً والنهي يقتضي الفساد فيكون فاسداً قبل القبض، وبالنسبة للعقار: فلأن ركن البيع (أو الإجارة) صدر من أهله لكونه بالغاً عاقلاً غير محجور عليه في محله؛ لأنه محل مملوك له وذلك يقتضي الجواز والمانع وهو الغرر معدوم فيه؛ لأنه باعتبار الهلاك وهو في العقار نادر فيه، فصح العقد لوجود المقتضي وانتفاء المانع بخلاف المنقول فإن المانع فيه موجود^(١).

يجاب عليه بما يلي:

- ١- بالنسبة للحديث وأنه داخل في ربح ما لم يضمن فقد سبق الجواب عنه.
- ٢- أن التفريق بين العقار والمنقول، في قبض المنفعة؛ غير متجه للمنقول مثل العقار إن صح فيه قبل القبض صح في المنقول. فكلها أعيان، والمسألة مفروضة في المنافع، ومبنى دليلهم على أن القبض شرط في البيع فكذا في الإجارة، وقد سبق بيان الفرق بين العقدين.
- ٣- أن العقد في الإجارة على المنفعة، بخلاف البيع فالعقد فيه على العين، واستيفاء المنفعة لا يختلف بين العقار وغيره.

- ٤- أن قولهم: إن اعتبار الهلاك في العقار نادر، فإن كان المراد بالعقار الأرض البيضاء، فقط فمسلم، وإن كان المراد به عموم العقارات من دور، ودكاكين، ونحوها فغير مسلم.

دليل القول الرابع:

قالوا: إن المعقود عليه المنافع، وهي لا تصير مقبوضة بقبض العين، فلا يؤثر فيها قبض العين^(٢). وإذا كان لا تأثير له، جاز إعادة تأجير المنفعة ولو لم يقبض العين.

الترجيح:

(١) ينظر: العناية شرح الهداية ٦/٥١٣، حاشية ابن عابدين ٥/١٤٧.

(٢) أسنى المطالب ٢/٨٢، ٤١٧.

يظهر - والله أعلم - أن هذه الأقوال قد بنت حججها على التعليل، وربما يكون التعليل الواحد يعلل به لقولين متناقضين، فمثلاً اتفق القول الأول والأخير بالتعليل على أن المنافع لا تصير مقبوضة بقبض العين، فمنعه القول الأول، وأعدم تأثيره القول الرابع، فصحح إعادة التأجير؛ لأن المعقود عليه المنفعة، ولا أثر لقبض العين. ومع ذلك فإن لكل قول حجته وإن كان أقربها - من وجه نظر الباحث - القول الرابع، لما يلي:

(١) أن الأصل في العقود الإباحة إلا ما دل الدليل على حرمة، ولادليل خاص يمنع ذلك.

(٢) أن الأصل في مشروعية العقود - التي أباحتها الشريعة - هو الحاجة لها، فقد يملك المستأجر منفعة زائدة عن حاجته فيحتاج إلى إعادة تأجير الزائد منها، وبناء عليه فبالنظر إلى إعادة تأجير المنفعة، فالحاجة قبل القبض مساوية، للحاجة بعده، والتفريق بين الحالين لا وجه له.

المسألة الثانية: يقوم المكتتبون بإعادة تأجير المنفعة التي ملكوها بأكثر مما اشتروها به فهل يجوز هذا؟

اختلف الفقهاء في إعادة تأجير المنفعة بأكثر مما استأجرها به على أقوال:

القول الأول: روي عن بعض التابعين^(١): كراهية الزيادة مطلقاً.

القول الثاني: وهو قول أبي حنيفة^(٢) وروايه عن أحمد^(٣): أنه إن أحدث في العين زيادةً جاز له أن يكرها بزيادة وإلا لم تجز الزيادة فإن فعل تصدق بالزيادة وصح

(١) هم: ابن المسيب وأبو سلمة وابن سيرين أو مجاهد أو عكرمة أو الشعبي أو النخعي، كما يروى عن ابن

عمر رضي الله عنه، ينظر: المصنف لابن أبي شيبة ٥/٤٠٣-٤٠٤، المغني ٥/٢٧٨.

(٢) ينظر: المبسوط ١٥/١٣٠، البدائع ٤/٢٠٦، تبين الحقائق ٥/١٢٢.

(٣) ينظر: المغني ٥/٢٧٨، الإنصاف ٦/٣٤.

العقد^(١). وخص بعض الحنفية، المنع من الزيادة بما إذا كانت الإجارة الثانية من جنس الأولى فإن كانت الثانية خلاف جنس الأولى طابت له الزيادة^(٢).

القول الثالث: رواية عن أحمد^(٣): إن أذن له المالك في الزيادة جازاً وإلا لم يجوز.

القول الرابع: وهو قول المالكية^(٤)، والشافعية^(٥)، ونص عليه أحمد وهو المذهب عند

الحنابلة^(٦): يجوز للمستأجر إجارة العين بمثل الأجر وزيادة.

أدلة الأقوال:

دليل القول الأول:

قالوا: لأنه داخل في ربح ما لم يضمن، (وقد نهى النبي ﷺ عن ربح ما لم يضمن)^(٧).
توضيحه: أن العين المستأجرة لا تدخل في ضمان المستأجر وإن قبضها، بدليل أنها لو هلكت فصارت بحيث لا يمكن الانتفاع بها كان الهلاك على المؤجر؛ لهذا لا يجوز للمستأجر أن يؤجرها بأكثر مما استأجرها به؛ لأنه يكون بذلك قد ربح فيما لم يدخل في ضمانه، فيشملة النهي^(٨).

(١) ينظر: البدائع ٢٠٦/٤.

(٢) ينظر: البدائع ٢٠٦/٤، الجوهرة النيرة ١/٢٦١.

(٣) ينظر: المغني ٥/٢٧٨، الإنصاف ٦/٣٤.

(٤) المدونة ٣/٥٢١، المنتقى شرح الموطأ ٥/١١٣، التاج والإكليل ٧/٥٢١.

(٥) ينظر: الحاوي الكبير للماوردي ٦/٣٤، المهذب للشيرازي ١/٤٠٣.

(٦) ينظر: المغني ٥/٢٧٨، القواعد لابن رجب ١٧٩، الإنصاف ٦/٣٤، كشف القناع للبهوتي

٣/٥٦٦.

(٧) سبق تخريجه في حاشية رقم (٣) ص ٨٣.

(٨) ينظر: المبسوط ١٥/١٣٠، البدائع ٤/٢٠٦.

يجاب عليه: بأننا لانسلم أن المنافع لم تدخل في ضمانه، بل إنها - المنافع - قد دخلت في ضمانه من وجه فإنها لو فاتت من غير استيفائه كانت من ضمانه^(١).

دليل القول الثاني:

قالوا: لأنه يربح بذلك فيما لم يضمن (وقد نهى النبي ﷺ عن ربح ما لم يضمن) ولأنه - أيضاً - يربح فيما لم يضمن فلم يجزأ كما لو ربح في الطعام قبل قبضه. ويخالف ما إذا عمل عملاً فيها؛ لأن الربح في مقابلة العمل^(٢). وقالوا: أما جواز الإجارة - أي صحة العقد - فلا شك فيه؛ لأن الزيادة في عقد لا تعتبر فيه المساواة بين البدل والمبدل لا تمنع صحة العقد وههنا كذلك فيصح العقد^(٣). أي وتبطل الزيادة.

يجاب عليهم: بما سبق من جواب على دليل القول الأول، ويضاف إليه: بأنه لا يصح القياس على بيع الطعام قبل قبضه؛ فإن البيع ممنوع منه بالكلية سواء ربح أو لم يربح أوها هنا جائز في الجملة وتعليقهم بأن الربح في مقابلة عمله، ملغى بما إذا كنس الدار ونظفها فإن ذلك يزيد في أجرها في العادة^(٤)؛ وذلك لأنهم يرون أنه إذا كنس الدار ونظفها، لم يعتبر زيادة يطيب بها الفضل^(٥).

دليل القول الثالث:

استدلوا بمثل دليل القول الأول، وأجازوا الزيادة بإذن المؤجر الأول لأنها حقه، فإن أذن له بأخذها، فهي حقه وقد طابت نفسه بذلك.

(١) المغني ٥/ ٢٧٨.

(٢) ينظر: المبسوط ١٥/ ١٣٠، البدائع ٤/ ٢٠٦، المغني ٥/ ٢٧٨.

(٣) البدائع ٤/ ٢٠٦.

(٤) المغني ٥/ ٢٧٨.

(٥) ينظر: البدائع ٤/ ٢٠٦.

أدلة القول الرابع:

- (١) استدلو على صحة العقد، بمثل ما استدل به القول الثاني في صحة العقد.
- (٢) وقالوا: له أن يكرها بمثل ما أكرها به وأقل وأكثر لأنه عاوض على ملكه كبائع الأعيان^(١).
- توضيحه: أن المنفعة قد دخلت في ملك المشتري بالعقد، فصح أن يعاوض عنها بأقل أو أكثر، كغيرها من الممتلكات^(٢).
- (٣) قالوا: لأنه عقد يجوز برأس المال فجاز بزيادة^(٣).
- (٤) ولأنه لم يأت نهي عن النبي ﷺ عن ذلك وهي مؤاجرة وقد أمر عليه السلام بالمؤاجرة^(٤).

الترجيح:

- يترجح للباحث القول الرابع لقوة ما استدل به وتوجه المناقشة للأقوال الأخرى.
- إذا تبين هذا فقد اشترط القائلون بجواز إعادة التأجير، شرطين:
- ١- أن تكون الإجارة الثانية مساوية للإجارة الأولى في المدة أو أقل منها.
 - ٢- أن يكون المستأجر الثاني مساويا للمستأجر الأول في الضرر أو أقل منه^(٥)؛ لأن الناس بطبعهم يختلفون في كيفية الاستيفاء، وطريقته، ومدى الحرص على سلامة العين.
- وبناء عليه يبقى الإشكال بتكييفها بعقد الإجارة، لأن حملة الصكوك لا يتأتى منهم استيفاء المنفعة بأنفسهم، ولا يمكنهم ذلك، فلا يتحقق الشرط الثاني.

(١) المنتقى شرح الموطأ ٥/ ١١٤.

(٢) ينظر: القواعد لابن رجب ١٧٩.

(٣) شرح منتهى الإردات ٢/ ٢٥٣، كشف القناع ٣/ ٥٦٦.

(٤) المحلى ٧/ ٢٣. وقوله أمر، أي أجاز.

(٥) ينظر: المدونة ٣/ ٥٢١، البدائع ٤/ ٢٠٦، أسنى المطالب ٢/ ٤٢٧، القواعد لابن رجب ١٧٩.

الإشكال الثالث: هل يصح اشتراط الإدارة (التشغيل والصيانة) على المؤجر - الجهة الصانعة - في نشرة الإصدار؟

أولاً: وجه هذا الإشكال: أن اشتراط الإدارة على المؤجر، يؤدي إلى أن حملة الصكوك لم يقبضوا العين محل المنفعة، وتكون العين في قبضة الجهة الصانعة، قبل وبعد الإجارة، ويكون دور المكتبتين فقط دفع المال، وانتظار المردود المالي منه، مما قد يؤدي إلى صورية العقد، وكونه حيلة لربا النسيئة، ومقتضاه بيع نقد بنقد أكثر منه مع التأجيل والتقسيت، وهذا مانع لتكيفه على أنه عقد إجارة، وعليه فإن هذا الإشكال يتكون من جزأين:

الأول: حكم اشتراط هذا الشرط في العقد.

الثاني: هل يؤدي هذا الشرط إلى صورية هذا العقد وكونه حيلة للربا؟

ثانياً: الجواب عن جزأي الإشكال:

الجواب عن الجزء الأول: حكم هذا الشرط يتبين بما يلي:

(أ) الإدارة تتكون من جزئين:

(١) المنفعة التي تقدمها الجهة الصانعة عن طريق الإدارة.

(٢) الوكالة التي حصلت عليها من المكتبتين لبيع المنفعة وقبض الثمن، والتصرف في

منفعة العين بموجب مقتضيات الإدارة.

(ب) لا يخلو أن تكون هذه الوكالة المتضمنة لأداء المنفعة؛ إما تبرعية أو بعوض.

أولاً: إن كانت تبرعية فيكون الشرط من باب اشتراط عقد تبرع في عقد معاوضة:

وبالتأمل في المسألة يتبين للباحث: أن التبرع في هذا العقد ليس خالصاً، بل لولا عقد

المعاوضة لم يكن هذا التبرع، ولهذا فهو جزء من الثمن - بالشرط -، قال شيخ الإسلام

ابن تيمية رحمته الله: «لأن ذلك التبرع إنما كان لأجل المعاوضة لا تبرعاً مطلقاً؛ فيصير جزءاً

من العوض»^(١).

(١) الفتاوى الكبرى ٣٩ / ٤، ينظر العقود المركبة للعمري ص ٩٨.

وبناء عليه يجتمع حكم المسألتين في أنها اشتراط عقد معاوضة في عقد معاوضة (اشتراط عقد إجارة في عقد إجارة).

ثانياً: إن كانت الإجارة ليست تبرعية بل لها جزء من الثمن إما أن يكون مجهولاً أو معلوماً، فقد سبق أن رجح الباحث^(١) أنه يجوز اشتراط عقد معاوضة في عقد معاوضة. وبناء عليه فإن الإدارة تعد عقد إجارة؛ يصح أن يشترطه المكتتبون على الجهة الصانعة، ويدخل في القيمة الإجمالية للعقد.

الجواب عن الجزء الثاني من الإشكال، من وجهين:

الأول: القياس على صحة إعادة تأجير العين من مالكةا الذي استأجرها منه قبل قبضها^(٢): فإذا كان إعادة تأجير العين أو المنفعة، على المؤجر لا يؤدي إلى صورية العقد، فههنا أولى، يؤيده:

الوجه الثاني: وهو أن الأجرة الأولى تختلف عن الثانية، في المقدار والقبض، وهي محتملة للزيادة والنقص عن الأولى، ثم إن المدير لا يلتزم بأداء الأجرة، إنما بالإدارة، وقبض الأجرة من المستفيدين نيابة عن حملة الصكوك، والفرق بين الأمرين ظاهر، وثمة أمر ثالث يكسر القول بصورية هذا العقد بالشرط، وهو أن هناك طرف ثالث يتسحيل عادة توافئه مع أحد العاقدين وهم المستفيدون من منفعة المشروع، الذين يدفعون الأجرة المستحقة للمكتتبين، التي يقبضها مدير المشروع.

الإشكال الرابع: لو قلنا إنه عقد إجارة، فعلى من تكون الصيانة في فترة التشغيل، هل

على حملة الصكوك؟ أم على المؤجر، أم على المشغل - إذا كان طرفاً آخر غيرهما؟

(١) في المسألة الثانية من الفرع الثاني من المطلب الثالث من المبحث الثالث في التمهييد.

(٢) وهو المذهب عند المالكية (ينظر: الكافي لابن عبد البر ١/ ٣٧٠، شرح الخرشي ١١/ ٧) والأصح

عند الشافعية (روضة الطالبين ٥/ ٢٦٥) والراجح عند الحنابلة (ينظر: المغني ٥/ ٢٧٧، الإنصاف

٦/ ٣٤، الكشف للبهوتي ٣/ ٥٦٦).

تحرير محل النزاع في المسألة:

(أ) المقصود بالصيانة هنا: هو الحفاظ على صلاحية المشروع لحسن الأداء، بحيث يمكن الانتفاع به الانتفاع الدوري اللائق^(١).

(ب) من المتفق عليه أن أعمال صيانة المشروع - في عقد البناء والتشغيل والإعادة - أثناء مدة العقد تقع على عاتق الجهة الصانعة؛ وذلك لأن من التزامات الجهة الصانعة مع جهة الإدارة هو نقل إدارة المشروع في نهاية المدة إلى جهة الإدارة، بصورة جيدة، وصالحة للاستعمال، ولذلك لو لم ينص العقد بين الجهتين الصانعة، والمستصنعه على الصيانة فإن شركة المشروع - الجهة الصانعة - ملزمة عرفاً بأعمال الصيانة^(٢).

(ج) أن المستأجر النهائي هو المستفيد من المشروع، واستفادته من المشروع ليست محددة بمدة، بل بالانتفاع، فالمستفيد من الطريق - مثلاً - يدفع الأجرة، ثم يسمح له بالمرور عليه والانتفاع به؛ لذا فلا يمكنه القيام بالصيانة، كما أن المستخدمين كثر، في آن متقارب، وكل منهم يعد عاقدا بذاته، وإجبارهم جميعاً على الصيانة متعذر، وتخصيص بعضهم، تفريق بين المتماثلات. ولهذا فهو يخرج من قسمة من عليه الصيانة.

(د) اتفق الفقهاء من المذاهب الأربعة على أنه لا يلزم المستأجر صيانة أو إصلاح العين المؤجرة^(٣).

(١) ينظر: القاموس القانوني الثلاثي ص ١٠٧٩.

(٢) ينظر: عقد bot للدكتور إلياس ناصيف ص ٢٧٤.

(٣) ينظر: حاشية ابن عابدين ٦٦/٥، حاشية الدسوقي ٤٥/٤، الشرح الصغير ٧٠/٤، ٧١، المذهب ٤٠١/١، كشف القناع ١٦/٤. واختلفوا هل يجبر المؤجر على الصيانة، أم يخير المستأجر بين البقاء أو الفسخ؟ على قولين.. والتطرق لهذه المسألة خارج عن موضوع البحث، لكون الفسخ غير ممكن، إذ إنه يضر بحملة الصكوك، لكونهم قد دفعوا قيمة المنفعة المقدرة بالمدة كاملة، ويضر - الجهة الصانعة، ويلغي فائدة الصكوك، فتعين إجبار المؤجر بها، وهي الجهة الصانعة.

وإليك نماذج من أقوالهم في المسألة، جاء في بدائع الصنائع^(١): «وتطيين الداراً وإصلاح ميزابها وما وهى من بنائها على رب الدار دون المستأجر». اهـ وجاء في المدونة^(٢): «قلت: أرأيت إن استأجرت رحى أطحن عليها على من نقرها إذا عجزت؟ قال: لم أسمع من مالك في هذا شيئاً وأرى أن يحملوا على ما يتعامل الناس عندهم عليه في نقر أرحيتهم إذا أكروها فيحملون على ذلك وإن لم تكن لهم سنة يحملون عليها فأرى ذلك على رب الرحى وإنما النقش عندي بمنزلة متاع الرحى إذا فسد فعلى رب الرحى إصلاحه إذا لم تكن سنة يتعاملون بها فيما بينهم». اهـ

و قال الشافعي^(٣): «وعلف الدواب والإبل على الجمال أو مالك الدواب..» اهـ، وجاء في الإنصاف^(٤): «وحكى في التلخيص: أن المؤجر يجبر على الترميم بإصلاح مكسراً وإقامة مائل. قلت: وهو الصواب. قال الشيخ تقي الدين رحمته الله: للمستأجر مطالبة المؤجر بالعمارة التي يحتاج إليها المكان المأجور..» اهـ، فعلى هذا فإن الصيانة تكون على الجهة الصانعة، أما التشغيل فيكون بمقتضى عقد الإجارة على المستأجر لأنه من قبيل استيفاء المنفعة، واستيفاء المنفعة على المستأجر باتفاق الفقهاء. وينتج مما سبق أن الصيانة تكون على الجهة الصانعة والتشغيل على حملة الصكوك، رغم أن الصيانة من توابع التشغيل.

التكييف الثالث: أن هذا العقد، يعد عقد بيع مستحدث^(٥)، لا سابق له:

مستند هذا التكييف هو:

(١) ٢٠٨/٤.

(٢) ٤٥٨/٣.

(٣) الأم ٣٧/٤.

(٤) ٦٧/٦.

(٥) الوصف بأنه مستحدث لا يغير في الحكم الأصلي للعقد شيئاً - كونه بيع -، ولكنه جواب لسؤال مقدر وهو: أنه لم يرد في كتب الفقه تسمية بيع المنفعة بيعاً كالعين، بل هي إجارة، فأجيب بأنه بيع لسلعة (منفعة) جديد لم يسبق إلى مثله قياساً على بيع العين.

١- أن هذا عقد بيع جديد، والأصل في كل عقد جديد هو الإباحة - ما لم يدل دليل على تحريمه - ولادليل بحرمة هذا العقد فيكون مباحاً، قال ابن القيم رحمه الله في تقرير هذا المعنى^(١): الأصل في العقود والشروط الصحة إلا ما أبطله الشارع أو نهى عنه وهذا القول هو الصحيح فإن الحكم ببطالها حكم بالتحريم والتأثم ومعلوم أنه لا حرام إلا ما حرمه الله ورسوله ولا تأثم إلا ما أثم الله ورسوله به فاعله كما أنه لا واجب إلا ما أوجبه الله ولا حرام إلا ما حرمه الله ولا دين إلا ما شرعه فالأصل في العبادات البطلان حتى يقوم دليل على الأمر والأصل في العقود والمعاملات الصحة حتى يقوم دليل على البطلان والتحريم. والفرق بينهما أن الله - سبحانه - لا يعبد إلا بما شرعه على السنة رسله فإن العبادة حقه على عباده وحقه الذي أحقه هو ورضي به وشرعه وأما العقود والشروط والمعاملات فهي عفو حتى يحرمها لهذا نعى الله - سبحانه - على المشركين مخالفة هذين الأصلين - وهو تحريم ما لم يحرمه والتقرب إليه بما لم يشرعه - وهو - سبحانه - لو سكت عن إباحة ذلك وتحريمه لكان ذلك عفو لا يجوز الحكم بتحريمه وإبطاله فإن الحلال ما أحله الله والحرام ما حرمه وما سكت عنه فهو عفو فكل شرط وعقد ومعاملة سكت عنها فإنه لا يجوز القول بتحريمها فإنه سكت عنها رحمة منه من غير نسيان وإهمال فكيف وقد صرحت النصوص بأنها على الإباحة فيما عدا ما حرمه ؟ وقد أمر الله - تعالى - بالوفاء بالعقود والعهود كلها فقال - تعالى - : ﴿ وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ ﴾^(٢)، وقال : ﴿ يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾^(٣)، وقال : ﴿ وَالَّذِينَ هُمْ لِأَمْنَتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَاعُونَ ﴾^(٤)،

(١) إعلام الموقعين ١/ ٢٥٩-٢٦٠.

(٢) سورة الإسراء، الآية [٣٤].

(٣) سورة المائدة، الآية [١].

وقال - تعالى - : ﴿وَالْمُوفُونَ بِعَهْدِهِمْ إِذَا عَاهَدُوا﴾^(٢)، اهـ.

٢- كثرة الإشكالات الواردة على تخريجه على عقد الإجارة، تجعل أسلم طريق للخروج منها، هو تجاوز ضيق هذا التكييف إلى رحابة العقود المباحة.

٣- أن المقاصد لها تأثير في العقود، والمقصود بمشروعية الإجارة - كما تقدم - هو الحاجة لاستهلاك المنفعة، ولا حاجة لحملة الصكوك باستهلاكها، كما لا قصد لهم إليها، إنما قصدهم الاتجار فيها.

٤- تعذر استيفاء المكتتبين للمنفعة بموجب الصك، مع أنه يملك جزءاً مشاعاً منها، بينما الأصل في عقد الإجارة هو التمكن من استيفاء المنفعة^(٣)، بينما لا يشترط في العين المشتراة أن تمكن المشتري من استهلاكها؛ إذ يجوز شراء ما لا يمكن من الانتفاع به؛ لأجل المتاجرة به وبيعه.

٥- أن المنفعة في هذه الصكوك، صار لها شبه كبير بالعين من حيث انتقالها من يد إلى يد، وتجزئتها بعد ذلك والمتاجرة بها، وهذا يخالف صورة المنفعة المثبتة في كتب الفقهاء؛ أنها لا تستقر وتستهلك شيئاً فشيئاً، ولا تثبت زمانين، وهذا وإن كان ثابتاً فيها في هذا العقد عند بيعها على وجه التجزئة - للمستهلك النهائي -، لكن يخالفها عند بيعها على وجه الجملة، وهو المقصود بالتكييف.

٦- أن بيع المنفعة بهذه الصورة الواردة في هذا النوع من الصكوك، ليس له مثل موافق

(١) سورة المؤمنون، الآية [٨]، وسورة المعارج [٣٢].

(٢) سورة البقرة، الآية [١٧٧].

(٣) اتفق الفقهاء من المذاهب الأربعة - فيما أعلم - أنه إذا تعذر على المستأجر استيفاء المنفعة لم تلزم الإجارة، واختلفوا فمنهم من أبطل الإجارة ومنهم من أثبت للمستأجر حق الفسخ على تفصيل في الموانع التي تمنع استيفاء المنفعة، ينظر على سبيل المثال: المبسوط ١٥/١٣٧، التاج والإكليل ٧/٥٦٣، الأم ٤/١٩، المغني ٥/٢٦٢.

- من جميع الجهات - في جميع أبواب الفقه؛ وتكُلف تكييفه بالإجارة يخرج العقد (الصكوك) عن حيثياته، ويوجد الفرق بين العقدين (المكيف والمكيف به).

٧- أن تكييف هذا العقد بأنه بيع للمنفعة كالعين، له أصل عند الفقهاء، وأكثر من توسع في بيع المنافع هو الإمام الشافعي رحمه الله، إذ أجرى للمنافع أحكام الأعيان في البيع، وكأنه يؤصل لقاعدة في المنافع أشمل وأوسع من باب الإجارة، فقال رحمته الله: «والإجارات صنف من البيوع؛ لأن البيوع كلها إنما هي تمليك من كل واحد منهما لصاحبه يملك بها المستأجر المنفعة التي في العبد والبيت والدابة إلى المدة التي اشترط حتى يكون أحق بالمنفعة التي ملك من مالها ويملك بها مالك الدابة والبيت العوض الذي أخذه عنها وهذا البيع نفسه فإن قال قائل: قد تخالف البيوع في أنها بغير أعيانها وأنها غير عين إلى مدة. قال الشافعي: فهي منفعة معقولة من عين معروفة فهي كالعين»^(١). وقال أيضاً: «والمنفعة من عين معروفة قائمة إلى مدة كدفع العين»^(٢).

الترجيح:

يترجح - والله أعلم - أن العقد بين المكتبتين والجهة الصانعة، عقد بيع مستحدث لمالي:

- ١ - كثرة الإشكالات والمسائل الخلافية، المثارة على تكييفه بأنه عقد إجارة.
- ٢ - قوة ما استند إليه هذا التكييف.
- ٣ - أنه لا يشترط في البيع إمكان استهلاك المشتري للمبيع، إذ قد يشتري ما لا يمكن من استهلاكه، كما لو اشترى تاجر أدوات النجارة، أو أجهزة طبية لبيعها على المستشفيات، أو معدات زراعية، وليس عنده مزارع، فهي أشياء لا يمكن من الاستفادة منها - عرفاً -

(١) الأم ٦/ ٢٤.

(٢) الأم ٤/ ٢٧.

لكن يصح بيعها وشراؤها، لا لأجل استخدامها بل لأجل بيعها، والربح فيها، ومثله المنفعة التي اشتراها حملة الصكوك، فليس الشراء لأجل استهلاكها بل لأجل بيعها، والربح بها، فهي أقرب للأعيان من هذه الجهة.

ثانياً: تكييف الشكل الثاني منها:

بعد اكتمال المشروع وبعد التشغيل والإدارة وفي أثناء المدة عندما يتبقى للشركة الصانعة منفعة جزء من المدة المتفق عليها مع الجهة المستصلحة، تقوم بطرح مجمل المتبقي من العقد للاكتتاب عن طريق إصدار صكوك تمثل جزءاً من المتبقي أو كله: والقول في تكييف البعض كالقول في تكييف الكل: بمعنى أن تكييف انتقال جزء من المنفعة إلى المكتتبين كالقول في تكييف انتقالها جميعاً.

المطلب الثاني

حكم تصكيك

عقد امتياز البناء والتشغيل والإعارة:

يتبين من تكييف عمليات التصكيك، وشروطها أن حكمها الجواز، ولا محذور فيها، وقد سبق الجواب عن كل ما يمكن أن يعترض به على تكييف تلك الصكوك.

المبحث الثالث

شروط عقد إصدار صكوك التمويل
بعقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة

وفيه مطلبان:

المطلب الأول

شروط عقد إصدار صكوك التمويل
بعقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة

وفيه فرعان:

الفرع الأول: شروط عقد إصدار الصورة الأولى من صكوك التمويل بعقد
امتياز البناء والتشغيل والإعادة:

بما أن الباحث قد انتهى إلى تكييف هذه الصورة، أنها عقد مضاربة فإنه يشترط فيها
ما اشترطه الفقهاء لعقد المضاربة وهي مقسمة على أركان العقد كالتالي:

(١) الصيغة:

وتتكون من الإيجاب والقبول، فاكتتاب حامل الصك قبول مقدم، وموافقة المصدر
على الاكتتاب إيجاب مؤخر، أو أن نشرة الإصدار تعد إيجاباً مفتوحاً، وتسجيل المكتب
الالكترونى أو يدويا قبول.

(٢) العاقدان:

فإذا نظرنا إلى أطراف صكوك امتياز البناء والتشغيل والإعادة؛ نجد أنها ترجع إلى طرفين
— وهم العاقدان — ممول أو صاحب رأس المال ويمثله حامل الصك، وعامل يتولى العمل بهذا
المال والانتفاع به بقصد استثماره وتنميته، وتحقيق ربح منه: ويمثله الجهة الصانعة.

أولاً: شروط العاقلين:

(١) ذهب المالكية^(١)، والشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣)، إلى أنه: يشترط لصحة المضاربة أن

(١) المدونة ١٠٧/٥، الشرح الصغير وحاشية الصاوي ٤٥٧/٣ - ٤٥٨، وشرح الخرشي وحاشية
العدوي ٢٠٣/٦.

(٢) مغني المحتاج ٣١٤/٢، ونهاية المحتاج ١٥/٥، ٢٢٦.

(٣) المغني ١/٥ - ٢، شرح منتهى الإرادات ٢٠٨/٢.

تقع من جائز التصرف وهو الحر البالغ الرشيد الذي يصح منه التوكيل والتوكل، أي المتأهل لأن يوكل غيره ويتوكل لغيره، لأن العاقلين كل واحد منهما وكيل عن صاحبه وموكل لصاحبه، فمن جاز له أن يوكل ويتوكل جاز له عقد شركة المضاربة، ومن لا فلا، وعلى ذلك لا تصح المضاربة من طفل أو عبد إلا بإذن سيده أو كان مأذونا له في التجارة، وكذا غيره من المحجور عليهم.

وذهب الحنفية^(١) إلى أنه: يشترط في رب المال والمضارب أهلية التوكيل والوكالة، ولا يصح التوكيل من المجنون، والصبي الذي لا يعقل أصلاً، لأن العقل من شرائط الأهلية، وأما البلوغ والحرية فليس بشرط لصحة الوكالة، فتصح وكالة الصبي العاقل والعبد، مأذونين كانا أو محجورين.

٢) هل يشترط إسلام المضارب (الجهة الصانعة)؟ يندرج تحت هذا السؤال مسألتان:

(أ) هل يصح أن تكون الجهة الصانعة غير مسلمة:

من المعلوم أن عقود البناء والتشغيل والإعادة، غالباً ماتختص بالعقود الإدارية الحكومية، وهي تمثل مشاريع عامة، تمس المجتمع المسلم بكليته، فهل يجوز ترسية هذه المشاريع على غير المسلم (شركة غير إسلامية) ؟

فالجواب: بأن المشاريع ذات المنافع العامة يمكن تقسيمها من حيث تولي غير المسلمين لها إلى نوعين:-

الأول: مشاريع تتعلق بأمن المواطن، والاطلاع على مكان القوة والضعف في المجتمع المسلم والدولة الإسلامية، فلا يجوز دخول غير المسلمين فيها، بل حتى غير الثقات من المسلمين فيها لقوله سبحانه: ﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَتَّخِذُوا بِطَانَةً مِّن دُونِكُمْ لَا يَأْلُونَكُمْ خَبَالًا وَدُّوا مَا عَنِتُّمْ قَدْ بَدَتِ الْبَغْضَاءُ مِنْ أَفْوَاهِهِمْ وَمَا تُخْفَىٰ صُدُورُهُمْ أَكْبَرُ قَدْ

(١) بدائع الصنائع ٦/ ٢٠، ٨١، ٨٢، الفتاوى الهندية ٤/ ٢٩٣.

بَيْنَا لَكُمْ الْآيَةَ^١ إِنْ كُنْتُمْ تَعْقِلُونَ^(١)، قال القرطبي^(٢) في تفسيره: «وقدّم أبو موسى الأشعري على عمر رضي الله عنه بحساب فرفعه إلى عمر فأعجبه، وجاء عمر كتاباً فقال لأبي موسى: (أين كاتبك يقرأ هذا الكتاب على الناس؟) فقال: (إنه لا يدخل المسجد). فقال: (لم، أجنب هو؟) قال: (إنه نصراني)؛ فأنتهره وقال: (لا تُدْهِمهم وقد أقصاهم الله، ولا تُكرمهم وقد أهانهم الله، ولا تأمّنهم وقد خوّنهم الله). وعن عمر رضي الله عنه قال: (لا تستعملوا أهل الكتاب إنهم يستحلون الرّشأ، واستعينوا على أموركم وعلى رعيّكم بالذين يخشون الله تعالى)، وقيل لعمر رضي الله عنه: (إن معنا رجلاً من نصارى الحيرة لا أحد أكتب منه ولا أخط بقلم أفلا يكتب عنك؟) فقال: (لا آخذ بطانة من دون المؤمنين). فلا يجوز استكتاب أهل الدّمة، ولا غير ذلك من تصرفاتهم في البيع والشراء والاستئابة إليهم^(٣)». اهـ. ويدخل في عموم الآية كل عمل من أعمال المسلمين الخاصة التي تتعلق

(١) سورة آل عمران، الآية [١١٨].

(٢) هو محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرّح (ت ٦٧١ هـ). أندلسي. من أهل قرطبة أنصاري، من كبار المفسرين. اشتهر بالصلاح والتعبّد. رحل إلى المشرق واستقر بمنية ابن الخصيب (شمال أسبوط - بمصر) وبها توفي. من تصانيفه: "الجامع لأحكام القرآن"، و"التذكرة بأمور الآخرة"، و"الأسنى في شرح الأسماء الحسنى". ينظر: الديباج المذهب ص ٣١٧، والأعلام للزركلي ٦/ ٢١٨.

(٣) تفسير القرطبي (الجامع لأحكام القرآن) ٤/ ١٧٨، والأثر رواه البيهقي في السنن الكبرى، باب لا ينبغي للوالي أو القاضي أن يتخذ كاتباً نصرانياً ١٥/ ١١٩، برقم ٢٠٨٥٤. وأبو موسى الأشعري (ت ٤٢ هـ وقيل غير ذلك)

هو عبد الله بن قيس بن سليم بن حضار بن حرب، أبو موسى، الأشعري، قيل إنه قدم مكة قبل الهجرة فأسلم ثم هاجر إلى أرض الحبشة، ثم قدم المدينة مع أصحاب السفيتين بعد فتح خيبر، واستعمله النبي ﷺ على زبيد وعدن واستعمله عمر رضي الله عنه على الكوفة، روى عن النبي ﷺ وعن أبي بكر وعمر وعلي وابن عباس وأبي بن كعب وعمار بن ياسر ومعاذ بن جبل رضي الله عنه، وعنه أولاده إبراهيم وأبو بكر وأبو بردة وأنس بن مالك وأبو سعيد الخدري وغيرهم، وقال الشعبي: «خذوا العلم عن ستة»، فذكره فيهم، وقال ابن المديني: «قضاة الأمة أربعة: عمر وعلي وأبو موسى وزيد بن ثابت». ينظر: الاستيعاب ٤/ ٣٢٦ تهذيب التهذيب ٥/ ٣٦٢ - ٣٦٣.

بأسرارهم الأمنية والاجتماعية التي قد يعين انكشافها لغير المسلمين من تمكينهم من بلاد المسلمين.

الثاني: مشاريع لا تتعلق بأمن المواطن و الوطن ولا بأسرار القوة والضعف في الدولة الإسلامية، فلا أعلم مانعا شرعيا من إسنادها إلى غير المسلم بعقود البناء والتشغيل والإعادة: كبناء المدارس والمستشفيات والطرق والجسور وتصريف المياه، وغيرها والأصل في ذلك ما جاء عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال: (أعطى النبي ﷺ خيبر اليهود أن يعملوها ويزرعوها، ولهم شطر ما يخرج منها)^(١). فهذا فيه تمكين لغير المسلمين من أرض إسلامية لكنه لم يتضمن ضررا دينيا أو أمنيا ومثله فعل عمر رضي الله عنه حيث ترك الأرض في أيدي عمالها من الكفار حين افتتح العراق، وكتب لسعد بن أبي وقاص: (واترك الأرضين والأنهار لعمالها، فيكون ذلك في أعطيات المسلمين، فإنك إن قسمتها بين من حضر، لم يكن لمن بقي بعدهم شيء)^(٢). وهذا عمل مثله يشتهر ولم ينكر فكان إجماعا. ونص دليل القياس هنا أن: يقال في عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة: هو عقد تحققت فيه مصلحة المسلمين الموجودين منهم ومن لم يوجد بعد من غير ضرر أو استبطان فصح استعمال الكافر فيه كزراعة الأرضين وسقيها.

(ب) هل يشترط الإسلام في المضارب؟

تحرير محل النزاع: اتفق الفقهاء من المذاهب الأربعة^(٣) على أنه إذا علم تعامل غير

(١) متفق عليه، رواه البخاري في كتاب الحرث والمزراعة، باب المزراعة مع اليهود برقم (٤١٤٩) – واللفظ

له –، ومسلم في كتاب المزراعة والمساقاة، باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر برقم (٢٦١٤).

(٢) رواه البيهقي الكبرى في السنن في كتاب جماع أبواب السير، باب السواد، ج ٩ / ١٣٤ برقم

(١٨١٤٩).

(٣) جاء في مطالب أولي النهى للرحبياني (٣/ ٤٩٥): وما يشتره كافر من نحو خمر بمال الشركة

والمضاربة ففاسد أو يضمنه؛ لأن العقد يقع للمسلم أو لا يثبت ملك لمسلم على خمر؛ أشبه شراءه

ميتة ومعاملته بالربا أو ما خفي أمره على المسلم فالأصل حله. وينظر المراجع الآتية.

المسلم بمحرم في ديننا، كالربا وبيع خمر وخنزير، لم يجز مقارضته واختلفوا إذا لم يعلم وكان ظاهره عدم التعامل بمحرم على ثلاثة أقوال:

الأول: قول عند المالكية بحرمة مضاربة المسلم للذمي، جاء في التاج والإكليل: «قال مالك: لا يجوز لمسلم أن يستأجر نصرانيا إلا للخدمة أما لبيع أو شراء أو تقاض أو ليعض معه فلا يجوز لعملهم بالربا أو استحلالهم له»^(١). اهـ. وجاء في شرح مختصر خليل للخرشي: «علم من قوله توكيل أن رب المال والعامل لا بد أن يكونا من أهل التوكيل فعلم منه حرمة مقارضة المسلم للذمي وهو قول والمذهب الكراهة»^(٢).

الثاني: قول عند المالكية أيضا: «أنه إن كان المضارب هو الكافر فالعقد فاسد، وإن كان رب المال هو الكافر والمضارب هو المسلم فالعقد جائز مع الكراهة»^(٣).

الثالث: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية^(٤)، والمالكية^(٥)، والشافعية^(٦)، والحنابلة^(٧): إلى جواز مضاربة غير المسلم في الجملة مع الكراهة وخص الحنابلة الكراهة بما إذا انفرد الكتابي بالتصرف^(٨).

(١) التاج والإكليل ١٨٨/٧.

(٢) شرح الخرشي ٢٠٣/٦.

(٣) جاء في شرح حدود ابن عرفة للرصاع (٣٧٥): وأما دفع المسلم للكافر فقد منع ذلك في المدونة وإن وقع فهو فاسد أو أما عكس ذلك فقد وقع كراهيته فيها.. ينظر: منح الجليل ٣٨٦/٦.

(٤) ينظر: المبسوط ٢٢/٦٠، بدائع الصنائع ٨١/٦ - ٨٢.

(٥) ينظر: المدونة الكبرى ١٠٧/٥، شرح الخرشي ٢٠٣/٦، مواهب الجليل ٣٢٨/٢.

(٦) ينظر: الأم ٥٣/٢، ٦٤٥/٣، نهاية المحتاج ٦/٥.

(٧) ينظر: المغني ١٠٩/٧، الفروع ٣٧٧/٤.

(٨) ينظر: إضافة إلى المراجع السابقة: كشف القناع ٤٩٦/٣، مطالب أولي النهى للرحبياني ٤٩٥/٣.

أدلة الأقوال:**أدلة القول الأول:**

يتبين مما سبق - عند ذكر سياق قولهم - لهم دليلاً:

١ - أن الكافر يستحل الربا وما حرم الله فمضاربه ذريعة إلى تناوله.

٢ - أن المضارب لا بد أن يكون أهلاً للتوكل والتوكيل، والكافر ليس بأهل لذلك.

دليل القول الثاني:

أنه إذا كان الكافر هو المضارب، فهو الذي يتصرف بالمال في البيع والشراء والمتاجرة، والكفار ليسوا من أهل الأمانة، فلا نأمن من معاملته بالربا وبيع الخمر ونحوه^(١).

أدلة القول الثالث:

وجه الجواز قالوا: لأنه من نوع التجارة والمعاملة أو هو توكيل من رب المال إياه بالتصرف فيه، فلا يمتنع للمسلم أن يدفع ماله إلى مسلم ونصراني مضاربة؛ لأن النصراني لا يستبد بالتصرف في هذا المال دون المسلم والمسلم لا يُمكنه من الربا والتصرف في الخمر فكان دفعه إليهما مضاربة كالدفع إلى المسلمين^(٢).

وجه الكراهة: قالوا: لأننا لا نأمن من معاملته بالمحرمات^(٣).

الترجيح:

يتضح من أدلة الأقوال أن الذين كرهوا أو منعوا المضاربة مع الكافر، هو بسبب تعامله بالربا المحرم، فدفع المال إليه، واستبداده بالتصرف دون المسلم؛ يقوي احتمال وقوعه فيما حرم الله؛ لأنه يستحل الربا وغيرها، وبالنسبة للمسألة محل البحث، فإن العمل معلوم جوازه - كما تقدم - وقد أمنا من تعامله بالربا، فعلى هذا، يمكن الوصول - بذلك - إلى اتفاق الفقهاء على جواز أن تكون الجهة الصانعة جهة غير مسلمة والله أعلم.

(١) ينظر: التاج والإكليل ١٨٧/٧.

(٢) المبسوط ١٢٢/٢٢ - ١٢٦.

(٣) ينظر: مطالب أولي النهى للرحبياني ٤٩٥/٣.

(٣) رأس المال:

وهو حصيلة الاكتتاب في هذه الصكوك، واشترط الفقهاء في رأس مال المضاربة شروطاً - كلها قد توافرت في حصيلة الاكتتاب^(١) - هي:

(أ) كون رأس المال من النقد^(٢).

(ب) كون رأس مال المضاربة معلوماً^(٣).

(ج) كون رأس مال المضاربة عيناً لادينا^(٤).

(د) كون رأس مال المضاربة مسلماً إلى العامل^(٥).

(٤) الربح:

وهو في صكوك امتياز البناء والتشغيل والإعادة يمثل الدخل الناتج عن تشغيل المشروع، فبعد أن يستعيد حامل الصك رأس ماله يصبح ما زاد عليه ربحاً، ويتم قسمة هذا الدخل على الطرفين المتعاقدين على حسب ما اتفق عليه - بالنسب المشاعة - في نشرة الإصدار.

(١) لن أتطرق لبحث بعض المسائل الخلافية التي لاعلاقة لها بموضوع البحث؛ لما فيه من خروج عن الموضوع، وتزيد لاداعي له، مثل الخلاف في كون رأس المال عروضاً، أو ديناً، أو المضاربة في الصرف، أو المضاربة بالمنفعة، أو بالتبر، وغيره.

(٢) ينظر: المبسوط ٢٢/٢١، المدونة ٣/٦٢٩، الأم ٤/٦، الفروع ٤/٣٨٠، المحلى ٧/٩٦.

(٣) ينظر: المبسوط ٢٢/٢٨، شرح حدود ابن عرفة ٣٨٢، التاج والإكليل ٧/٤٢٤، الأم ٤/٨، المغني ٥/٤٣.

(٤) ينظر: بدائع الصنائع ٦/٨٣، المدونة ٣/٦٢٩، روض الطالب مع شرحه أسنى المطالب ٢/٣٨٠، المغني ٥/٤٣.

(٥) ينظر: بدائع الصنائع ٦/٨٤، المدونة ٣/٦٤٩، روض الطالب مع شرحه أسنى المطالب ٢/٣٨٠، تحفة المحتاج ٦/٨٣-٨٤، كشف القناع ٣/٥٠٧.

اشترط الفقهاء في الربح شروطاً - قد شملتها صكوك امتياز البناء والتشغيل والإعادة - هي:

- ١ - يشترط لصحة المضاربة أن يكون نصيب كل من العاقلين من الربح معلوماً^(١). وبناء عليه يجب تحديد، نصيب كل من حملة الصكوك والجهة الصانعة من الدخل الناتج من تشغيل المشروع.
- ٢ - يشترط أن يكون المشروط لكل من المضارب ورب المال من الربح جزءاً شائعاً نصفاً أو ثلثاً أو ربعاً^(٢).
- ٣ - يشترط أن يكون الربح مشتركاً بين العاقلين، فلا يستقل به أحدهما عن الآخر^(٣).

(٥) العمل:

وهو المشروع المراد تنفيذه بنظام البناء والتشغيل والإعادة: اشترط بعض الفقهاء في العمل شرطان هما:

- (١) ينظر: بدائع الصنائع ٦/ ٨٥، والشرح الصغير ٣/ ٦٨٢، ٦٨٧، ومغني المحتاج ٢/ ٣١٣، وروضة الطالبين ٥/ ١٢٢ - ١٢٤، والمغني ٥/ ٢٠، مطالب أولي النهى ٣/ ٥١٤.
- (٢) ينظر: بدائع الصنائع ٦/ ٨٥ - ٨٦، والشرح الصغير ٣/ ٦٨٢ - ٦٨٧، وروضة الطالبين ٥/ ١٢٢ - ١٢٤، والمغني ٥/ ٢٩ - ٣٢.
- (٣) اشترط الفقهاء الاشتراك في الربح، وهذا متفق عليه بين فقهاء المذاهب الأربعة، لكن اختلفوا في صحة العقد إن عدم هذا الشرط فمنهم من قال بصحة العقد وتحوله من مضاربة إلى عقد آخر وهم الحنفية والمالكية (ينظر: بدائع الصنائع ٦/ ٨٦، حاشية ابن عابدين ٤/ ٤٨٥، الشرح الصغير ٣/ ٦٩٢، والخرشي ٦/ ٢٠٩)، ومنهم من قال ببطان العقد، إذا أعطاه المال بصيغة المضاربة، وهم الشافعية والحنابلة (ينظر: روضة الطالبين ٥/ ١٢٢ - ١٢٤، ومغني المحتاج ٢/ ٣١٢ - ٣١٣، المغني لابن قدامة ٥/ ٢٥، الفروع ٤/ ٣٧٩)، وصكوك امتياز البناء والتشغيل والإعادة قد كملت فيها هذه الشروط، ولهذا لا يلزم الدخول في تفصيلات الخلاف، والدخول فيها خروج عن الموضوع، وتزيد لا حاجة له.

١- أن يكون العمل تجارة.

٢- أن لا يضيق رب المال على العامل في عمله.

وقد سبق الكلام عن هذين الشرطين، في الفرع الثاني من المطلب الأول من المبحث الثاني من هذا الباب.

الفرع الثاني: شروط عقد إصدار الصورة الثانية من صكوك التمويل بعقد امتياز البناء والتشغيل وإعادة:

بما أن الباحث قد انتهى إلى تكييف هذه الصورة، أنها عقد بيع، وبما أن أي عقد يقوم على أركان، وهذه الأركان لها شروط فأبدأ ببيان هذه الأركان ثم شروطها:

أولاً: أركان عقد البيع:

للفقهاء خلاف مشهور في تحديد الأركان في البيع وغيره من العقود، هل هي الصيغة (الإيجاب أو القبول) أو مجموع الصيغة والعاقدين (البائع والمشتري) والمعقود عليه أو محل العقد (المبيع والثمن).

فالجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة^(١): يرون أن هذه كلها أركان البيع ؛ لأن الركن عندهم: ما توقف عليه وجود الشيء وتصوره عقلاً، سواء أكان جزءاً من حقيقته أم لم يكن، ووجود البيع يتوقف على العاقدين والمعقود عليه، وإن لم يكن هؤلاء جزءاً من حقيقته.

ويرى الحنفية أن الركن في عقد البيع وغيره: هو الصيغة فقط. أما العاقدان والمحل فمما يستلزمه وجود الصيغة لا من الأركان ؛ لأن ما عدا الصيغة ليس جزءاً من حقيقة البيع، وإن كان يتوقف عليه وجوده^(٢).

(١) ينظر: الشرح الصغير ٣/٢ ط الحلبي، ومغني المحتاج ٥/٢ - ٧، وشرح منتهى الإرادات

١٤٠/٢.

(٢) ينظر: الاختيار لتعليل المختار ٤/٢.

وعلى قول الجمهور، فأركان هذه الصورة من عقد صكوك البناء والتشغيل والإعادة كالتالي:

- (١) الصيغة: وهي نشرة الإصدار كما تقدم.
- (٢) العاقدان: وهما المكتتبون والجهة الصانعة.
- (٣) الثمن: عرفه الفقهاء بأنه: ما يبذله المشتري من عوض للحصول على المبيع^(١)، ويمثله في عقد صكوك امتياز البناء والتشغيل والإعادة: حصيلة الاكتتاب.
- (٤) المبيع: وهو كامل - أو بعض - منفعة المشروع المستصنع، للمدة المحددة في العقد.

ثانياً: شروط عقد البيع:

بما أن عقود المعاملات تتفق - جملة - في وجود ركني الصيغة والعاقدين، وشروط هذين الركنين لا تختلف كثيراً من عقد إلى عقد، وقد مضى الكلام على شروط هذين الركنين، فلا حاجة إلى إعادتها، لكن يضاف إلى ماسبق من تلك الشروط، شرط الرضا من العاقدين، وهو شرط باتفاق أهل العلم^(٢)؛ لقوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾^(٣).

ويبقى بيان شروط الركنين المتبقين، الثمن والمبيع.

شروط الثمن:

اتفقت المذاهب الأربعة في الجملة^(٤) على شروط الثمن الآتية:

- (١) ينظر: حاشية ابن عابدين ٤/١٠٤، جواهر الإكليل ١/٣٠٥، منح الجليل ٢/١٠٠ و ٣/٦١٦، المجموع ٩/٢٦٩، القليوبي ٢/٣، شرح منتهى الإرادات ٢/١٨٩.
- (٢) الرضا شرط في جميع عقود المعاملات والنص ورد في التجارة وهي شاملة لجميع التجارات فالبيع والإجارة والشراكة من التجارات، ونقل ابن قدامة (المغني ٥/١٣٩) الإجماع على تحريم أخذ المال بغير رضا (غصبا).
- (٣) سورة النساء، الآية [٢٩].
- (٤) نقل الاتفاق في الموسوعة الفقهية الكويتية ١٥/٢٦.

الأول: وجوب تسمية الثمن في عقد البيع^(١).

الثاني: أن يكون مالا^(٢).

الثالث: أن يكون مملوكا للمشتري^(٣).

الرابع: أن يكون مقدور التسليم^(٤).

الخامس: أن يكون معلوم القدر والوصف^(٥).

وبتأمل هذه الشروط، يظهر انطباقها على حصيلة الاكتتاب، مع ملاحظة أنه يتوجب على مصدر الصكوك تسمية القيمة الاجمالية للمنفعة وتقسيمها على الصكوك، ويكفي ذكر قيمة الصك في قيده إضافة إلى نشرة الإصدار، التي يشترط تضمينها قيمة المنفعة الاجمالية.

(١) ينظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام - علي حيدر ١/ ١٨٥، المقدمات الممهدة ٢/ ٣٠، المجموع ٩/ ١٥٨، ١٥٩ تحقيق المطيعي، الأشباه للسيوطي ص/ ١٨٤، الفروع ٤/ ٣٠، الإنصاف ٤/ ٣٠٩.

(٢) ينظر: البحر الرائق ٥/ ٢٧٧، رد المحتار ٤/ ٥٠١ الشرح الكبير للدردير ٣/ ١٠، وشرح الزرقاني ٥/ ١٦، المنهاج ومغني المحتاج عليه ٢/ ١١، كشف القناع ٣/ ١٥٢، مطالب أولي النهى ٣/ ١٢. (٣) ينظر: رد المحتار ٤/ ٥٠٥، البحر الرائق ٥/ ٢٧٩ - ٢٨٠، شرح الزرقاني والبناني عليه ٥/ ١٦، مغني المحتاج ٢/ ١٥، حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح المحلي ٢/ ١٦٠، كشف القناع ٣/ ١٥٧، مطالب أولي النهى ٣/ ١٨.

(٤) ينظر: البحر الرائق ٥/ ٢٧٩ و ٢٨٠، حاشية رد المحتار ٤/ ٥٠٥، الشرح الكبير للدردير ٣/ ١٠. (٥) ينظر: تبين الحقائق ٤/ ٥، البحر الرائق ٥/ ٢٩٤، الدر المختار ورد المحتار عليه ٤/ ٥٣٠، حاشية الدسوقي ٣/ ٢٢. جواهر الإكليل ٢/ ٨، مغني المحتاج شرح منهاج الطالبين ٢/ ١٦، حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح المحلي ٢/ ١٥٧، كشف القناع ٣/ ١٧٣، مطالب أولي النهى ٣/ ٣٨.

شروط المبيع:

الأول: أن يكون مالا^(١): المبيع في هذا العقد - الذي نحن بصدد - هو منفعة محددة بمدة، وقد تقدم أن الراجح في المنفعة أنها مال^(٢).

الثاني: أن يكون مملوكا للبائع^(٣): تقدم أن الجهة الصانعة تمتلك المنفعة المدة المحددة في عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة، وهي بهذا تعد مالكة للمبيع عند العقد.

الثالث: أن يكون معلوما لكل من العاقلين^(٤): بناء على هذا الشرط: فإنه يشترط أن تشمل نشرة الإصدار على جميع المعلومات، التي تحدد المنفعة - تحديدا يرفع الجهالة عنها - التي يستحقها المكتتبون أثناء المدة، وهي ذات المنفعة المحددة للجهة الصانعة في العقد الأصلي، وهو عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة. ويتحقق العلم بالمنفعة بثلاثة أشياء:

(١) تعيين العين المنتفع بها (المشروع).

(٢) تقدير المدة^(٥).

(٣) العرف - إن لم يكن شرط يبين كيفية الاستخدام - في ضبط منفعة العين وكيفية استيفائها^(٦).

(١) ينظر: بدائع الصنائع ١٤٩/٥، حاشية ابن عابدين ١٠٠/٤، حاشية الدسوقي ١٠/٣، حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح المحلي ٥٧/٢، شرح منتهى الإرادات ١٤٢/٢.

(٢) ص ١٧٨ من هذا الكتاب.

(٣) ينظر: بدائع الصنائع ١٤٦/٥، حاشية ابن عابدين ٦/٤، ١٠٦، الفروق للقرافي ٢٤٠/٣، حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح المحلي ١٦٠/٢، كشف القناع ١٦٠/٣.

(٤) ينظر: حاشية ابن عابدين ٦/٤، حاشية الدسوقي ١٥/٣، حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح المحلي ١٦١/٢، شرح منتهى الإرادات ١٤٦/٢.

(٥) جاء في المذهب ٣٩٥/١، ٣٩٦: ويعلم مقدار المنفعة بتقدير العمل أو بتقدير المدة، ينظر: المغني ٣٥٧/٥، ٣٦٨، الموسوعة الفقهية الكويتية ١/٢٦٠-٢٦١.

(٦) ينظر: تبين الحقائق ١١٣/٥، الهداية ٢٤١/٣، الشرح الصغير ٣٩/٤، حاشية الدسوقي ٢٣/٤، ٢٤، المغني ٥١١/٥.

الرابع: أن يكون مقدور التسليم^(١): فلا يصح بيع الجمل الشارد، ولا بيع الطير في الهواء، ولا السمك في الماء.

ودليله:

(نهي النبي ﷺ عن الغرر)^(٢). وفي عقدنا هذا المبيع منفعة، فهل هي مقدور على تسليمها، أم لا؟ وللجواب على ذلك يقال: إن المنفعة تابعة للعين؛ لأن المنفعة لا يمكن استيفاؤها إلا من العين فهي تابعة لها، والقدرة على تسليم العين، يتبعه القدرة على تسليم المنفعة، فتأخذ حكمها، يؤيد هذا القاعدة المشهورة: «التابع تابع»^(٣). وبما أن العين - في صكوك امتياز البناء والتشغيل والإعادة - هي المشروع الذي تم بناؤه، مقدور على تسليمه، فالمنفعة مقدور على تسليمها، مادام محل المنفعة (العين) قائما.

الخامس: أن يكون المبيع موجودا حين العقد:

وللحديث عن هذا الشرط لابد من بيان أمور:

(١) دليل هذا الشرط: الإجماع، جاء في المجموع^(٤): بيع المعدوم باطل بالإجماع. اهـ.

(٢) مستند هذا الإجماع:

(أ) حديث: (أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ حَبْلِ الْحَبْلَةِ، وَكَانَ بَيْعًا يَتَّبِعُهُ أَهْلُ الْجَاهِلِيَّةِ، كَانَ الرَّجُلُ يَبْتَاعُ الْجُرُورَ إِلَى أَنْ تُنْتَجَ النَّاقَةُ، ثُمَّ تُنْتَجَ النَّبْطُ فِي بَطْنِهَا)^(٥).

(١) حاشية ابن عابدين ٦/٤، حاشية الدسوقي ٣/١١-١٢، والفروق ٣/٢٤٠، وهامش الفروق ٣/٢٣٨، ٢٧١، حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح المحلى ٢/١٥٨، شرح منتهى الإرادات ٢/١٤٥.

(٢) سبق تخريجه في حاشية (٢) ص ١٤١.

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ١١٧، غمز عيون أولي البصائر للحموي ١/٣٦١.

(٤) المجموع شرح المذهب ٩/٣١٠. وقال ابن المنذر: وقد أجمعوا على أن بيع الملاقيح (ما في ظهور الأنعام) والمضامين (ما في بطونها) غير جائز (ينظر: المغني المطبوع مع الشرح الكبير ٤/٢٧٦، ط الكتاب العربي، إجماع الأئمة الأربعة ١/٤١٨).

(٥) متفق عليه، أخرجه البخاري في كتاب البيع، باب بيع الغرر وحبل الحبلية برقم ٢١٤٣، ومسلم في كتاب البيع، باب تحريم بيع حبل الحبلية برقم ٣٨٨٢.

(ب) الحديث المتقدم في نهى النبي ﷺ عن الغرر.

(٣) علة النهي عن بيع المعدوم - المستنبطة من هذه الأدلة - التي يعلق الحكم عليها: العلة عند الحنفية والمالكية^(١) قالوا: «لأن في هذا البيع غرراً، فعسى أن لا تلد الناقة، أو تموت قبل ذلك، فهو بيع معدوم وماله خطر المعدوم». العلة عند الشافعية^(٢) قالوا: «لأنه بيع ما ليس بمملوك، ولا معلوم ولا مقدور على تسليمه».

العلة عند الحنابلة^(٣) قالوا: «لأنه مجهول، فإنه لا تعلم صفته ولا حياته - الجنين -، وبأنه غير مقدور التسليم، وإذا لم يجز بيع الحمل، فأولى أن لا يجوز بيع حمله». (٤) بالنظر إلى جميع هذه العلل، وتطبيقها على المبيع (منفعة المشروع)؛ نجد أنها لا تنطبق عليها وبالتالي لا تكون داخلة في النهي النبوي، بيانه من وجهين:

الأول: علم من السنة المطهرة أنه ليس كل بيع معدوم محرم، بدليل جواز الإجارة - وهي عقد على منافع معدومة -، والسلم - وهو عقد على أعيان معدومة -، جاء في الفصول: وإذا اقتضت علة لحكم مقيدة بوصفاً أو شرط لم يلزم عليها إيجاب ذلك الحكم مطلقاً غير مقيد بذلك الوصف أو الشرط. نظير ذلك: أنا إذا جعلنا بيعه لما ليس عنده علة لفساد بيع ما في الذمة حالاً لم يلزمنا عليه السلم المؤجل؛ لأنه تغير الوصف الذي جعل العلة له.. وكذلك كل علة نصبناها لحكم فإنه لا يلزمنا عليها حكم من أصل آخر مخالف له في موضوعه. ألا ترى: أنه إذا أفسدنا بيعاً؛ لأن ثمنه مجهول لم يلزمنا عليه إفساد

(١) ينظر: بدائع الصنائع ٥/٢٣٨، فتح القدير ٦/٥٠، القوانين الفقهية ١٦٩.

(٢) ينظر: شرح المنهج بحاشية الجمل ٣/٧٠، شرح المحلي على المنهاج ٢/١٧٥.

(٣) ينظر: المغني ٤/٢٧٦، الشرح الكبير ٤/٢٧، كشف القناع ٣/١٦٦.

النكاح لجهالة المهر، وكذلك إذا أبطنا بيع المعدوم؛ لأنه معدوم لم يلزمنا عليه إبطال الإجارة وإن كانت المنافع معدومة. اهـ وقد تقد كلام ابن القيم في التفريق بين المعدومات في البيع^(١).

الثاني: إذا علم أنه ليس كل بيع معدوم ممنوع، تبين لنا أن الممنوع منه يشترط أن تتوافر فيه علة النهي، وتبين - مما سبق - أن علة النهي عن بيع المعدوم عند الفقهاء لا تخرج عن أربعة أمور سنبحث مدى وجود أي منها في العقد الذي نحن بصدده:

(أ) الغرر، وقد سبق بيان معنى الغرر^(٢) - وأنه ما يكون مجهول العاقبة لا يدري أيكون أم لا. وقد تقدم بيان أن المنفعة تبع للعين، ووجود العين، يقتضي - وجود منفعتها، وهذا ينفي الغرر، أو يقلله. قال الشافعي رحمته الله^(٣): «والمنفعة من عين معروفة قائمة إلى مدة كدفع العين». اهـ وبهذا ثبت عدم تحقق الغرر - الموجب لإبطال البيع - في المنفعة المباعة في هذا النوع من الصكوك.

(ب) عدم القدرة على التسليم.

(ج) الجهالة.

(د) أنه غير مملوك حال العقد.

وهذه العلل الثلاث الأخيرة، قد تبين - مما سبق من شروط - ؛ انتفاؤها في هذا النوع

من صكوك عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة.

(١) ص ١٨٥.

(٢) حاشية (٢) ص ١٤١.

(٣) الأم ٤/ ٢٧.

المطلب الثاني

الشروط في عقد إصدار صكوك التمويل بعقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة

وفيه فرعان:

الفرع الأول: الشروط في الصورة الأولى من عقد إصدار صكوك التمويل بعقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة:

سبق أن انتهى الباحث إلى تكييف هذه الصورة بأنها عقد مضاربة، وباب الشروط واسع لكن أهمها في هذه الصكوك مايلي:

أولاً: اشتراط إيداع الدخل في حساب خاص بالصكوك:

وفيه مسائل:

(١) معنى هذا الشرط:

أن يشترط حملة الصكوك في نشرة الإصدار أن يفتح المضارب (الجهة الصانعة) حساباً خاصاً بالمشروع، يتم إيداع الدخل الناتج عن المشروع فيه، ويكون هذا الحساب خاضعاً للمراقبة المالية.

(٢) فائدته:

- (أ) الحفاظ على أموال الشركة، وحماية مال المضاربة من الاختلاط بغيره.
- (ب) ضبط الإيرادات والمصروفات.
- (ج) نفي التهمة عن الجهة الصانعة.
- (د) باجتماع الفوائد السابقة تنتج الفائدة الرابعة، وهي أن وجود هذا الشرط يشجع المستثمرين على الإقبال على الاكتتاب في هذه الصكوك.

(٣) حكم هذا الشرط:

أولاً: يرى جمهور الفقهاء من الحنفية^(١)، والشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣): أن الأصل عدم

(١) ينظر: المبسوط ٢٢ / ٤٨، بدائع الصنائع ٩١ / ٦.

(٢) ينظر: تحفة المحتاج ٩٧ / ٦ وفيه: وقد قال الإمام لو خلط مال القراض بهاله ضمن. اهـ، مغني المحتاج ٣ / ٤٢٠.

(٣) ينظر: المغني ٣٠ / ٥.

خلط مال المضاربة بغيره، ولا يجوز الخلط إلا بإذن مطلق أو خاص فإن لم يكن ثمة إذن لم يجوز الخلط، فإن فعل ضمن. ويتأكد هذا الأصل بالشرط، فلو شرط عليه عدم الخلط، لم يجوز له ذلك، وإن خالف ضمن.

وأما المالكية فأجازوا الخلط ولو بغير إذن، إذا تحققت مصلحة القراض منه، وأبطلوا القراض إن شرط رب المال على العامل الخلط، جاء في المدونة: أرأيت الرجل يدفع إلى الرجل المال القراض أيعمل به وله مال فيتجر به لنفسه فيتخوف أن قدم ماله وآخر مال الرجل أو وقع الرخص في الأول أو يخاف أن يقدم مال الرجل ويؤخر ماله أيقع الرخص في الآخر فكيف تأمره أن يعمل؟ قال: الصواب من ذلك أن يخلطهما جميعاً ثم يشتري بهما جميعاً. قال مالك: ولكن لا يصلح له أن يقارضه على أن يخلط المقارض ماله بهال القراض قال مالك: فهذا لا يجوز قلت: أرأيت إن لم يشترط رب المال أن يخلط مالي بهال فخلطت ماله بهالي أضمن؟ قال: قال مالك: لا تضمن له^(١).

ويفهم من إبطال مالك رحمه الله لشرط الخلط أنه يخالف مقتضى العقد، وأن مقتضاه هو عدم الخلط وبهذا يتفق الجميع في أن الأصل في المضاربة عدم خلط مال المضاربة، وإذا كان كذلك فإن هذا هو مقتضى العقد، وبناء عليه فاشتراطه لا خلاف فيه عندهم. ثانياً: اتفق الفقهاء من المذاهب الأربعة على أن المضارب أمين لا يضمن إلا بالتعدي والتفريط^(٢). ومن لازم هذه الأمانة حفظ المال المؤتمن عليه بالمعروف، جاء في المبسوط: «وعليه حفظ مال المضاربة في بيته ولا يجوز أن يستوجب على ذلك أجراً»^(٣). وجاء

(١) ٦٤١/٣، وينظر: شرح مختصر خليل للخرشي ٢١٠/٦.

(٢) ينظر عند الحنفية: بدائع الصنائع ٨٧/٦، رد المحتار على الدر المختار ٤٨٦/٤ عند المالكية:

حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٥٢٣/٣، حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٦/٣، عند

الشافعية: المهذب للشيرازي ٣٨٨/١، عند الحنابلة: المغني لابن قدامة ٣٩/٥.

(٣) ١٥٠/٢٢.

– أيضاً- في المغني: «إذا سرق مال المضاربة أو غصباً فعلى المضارب طلبه والمخاصمة فيه في أحد الوجهين وفي الآخر ليس عليه ذلك؛ لأن المضاربة عقد على التجارة فلا تدخل فيه الخصومة. والأول أولى؛ لأنه يقتضي- حفظ المال ولا يتم ذلك إلا بالخصومة والمطالبة^(١). وبناء عليه فاشتراط فتح حساب خاص بالصكوك، يوافق مقتضى- عقد المضاربة وهو وجوب حفظ المضارب لمال المضاربة والعناية بذلك.

ثانياً: اشتراط الصيانة على الجهة الصانعة:

وفيه ثلاثة مسائل:

(١) معنى هذا الشرط:

سبق بيان معنى الصيانة المراد في هذه العقود^(٢)، وتتضمن الصيانة أمرين:

- ١- العمل المبني على المجهود البدني والفكري.
 - ٢- المواد التي يتم توفيرها لسد مانقص، أو إصلاح ما عطب.
- وبناء عليه، فإن حملة الصكوك يشترطون على الجهة الصانعة أن تتولى القيام بالصيانة بنفسها، وتحمل الجهة الصانعة العمل دون المواد وهو المقصود بالشرط؛ ويتولى حساب المضاربة (الشراكة) توفير المواد.

(٢) فائدته:

- (أ) تقليل تكاليف الصيانة؛ لأنه يخفف الجزء الأكبر من تكاليف الصيانة، وهو العمل؛ إذ يسقط حسابه من أموال الشركة.
- (ب) أن فيه ضماناً لحسن عمل المشروع، وأدائه على الوجه المطلوب؛ وذلك لأن الجهة الصانعة هي من قامت بتنفيذ المشروع، فمعرفة بصيانتها أكثر من غيرها، كما أن هذا الشرط يجعل الصيانة تحت ضمانها وبالتالي فيه ضمان لأموال المكتتبين المعتمدة على دخل المشروع.

(١) ٣٣/٥.

(٢) ص ١٩٩ من هذا الكتاب.

(٣) حكم هذا الشرط:

لم أجد من ذكر حكم هذا الشرط بعينه، أو شرطاً يمكن القياس عليه؛ لهذا يرى الباحث أنه لا مانع من اشتراط هذا الشرط لما يلي:

(١) أنه ليس من الشروط الفاسدة، وبيانه: قال ابن قدامة رحمه الله: الشروط الفاسدة تنقسم إلى ثلاثة أقسام:

أحدها: ما ينافي مقتضى العقد وهو الربح أو تمنع الفسخ الجائز بحكم الأصل؛ وعلة فساده: كونها تفوت المقصود من المضاربة.

القسم الثاني: ما يعود بجهالة الربح مثل أن يشترط للمضارب جزءاً من الربح مجهولاً.

القسم الثالث: اشتراط ما ليس من مصلحة العقد ولا مقتضاه: مثل أن يشترط على المضارب المضاربة له في مال آخر أو يأخذه بضاعة أو قرضاً أو أن يخدمه في شيء بعينه أو يرتفق ببعض السلع مثل أن يلبس الثوب ويستخدم العبد ويركب الدابة أو يشترط على المضارب ضمان المال أو سهما من الوضعية أو أنه متى باع السلعة فهو أحق بها بالثمن أو شرط المضارب على رب المال شيئاً من ذلك. فهذه كلها شروط فاسدة^(١).

وبناء عليه، فليس اشتراط هذا الشرط داخلاً في أحد الأقسام الثلاثة، بل إنه يوافق مقتضى العقد من وجهين:

١ - أن فيه مصلحة للشركة بزيادة الربح وهو المقصود الأساس من الشركة.

٢ - أن المطلوب من المضارب - الجهة الصانعة - هو العمل، والعمل في عقود البناء والتشغيل والإعادة، يقوم على أمرين رئيسيين هما: البناء والتشغيل ولا يتحقق حسن التشغيل، إلا بالصيانة الجيدة، التي تكفل استمرار العمل بالأداء المطلوب، خلال المدة المحددة.

(١) المغني ٥/ ٤١، وينظر: تبين الحقائق ٤/ ١٣٣، ٥٦، أسنى المطالب ٢/ ٣٨١.

(٢) أن عدم هذا الشرط، يؤدي إلى أن الجهة الصانعة - المخولة بالصيانة بموجب العقد مع الجهة المستصلحة - تستحق أجره إذا قامت بالصيانة، فينتج عن ذلك تجزأ العمل في المضاربة، وجمع المضارب بين الربح والأجرة، وهذا يخالف مقتضى - العقد، جاء في الفروق: إذا دفع رجل إلى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف على أن للمضارب - ما عمل في المال - أجر عشرة دراهم كل شهراً فعمل على هذا الشرط أفرح فالربح على ما اشترطاً ولا أجر له^(١).

ثالثاً: اشتراط الضمانات في هذا العقد:

نظراً لطول مدة العقد، فإنه يحتاج إلى مزيد من الضمانات، لإعطاء الثقة في هذا النوع من الصكوك، وهذه الضمانات - التي يمكن اشتراطها في العقد - لها عدة أنواع أهمها مايلي:

(أ) اشتراط حملة الصكوك على الجهة الصانعة ضمان حسن العمل والتشغيل

حسب المواصفات والشروط المذكورة في العقد الأساس مع الجهة المستصلحة:

(١) المراد بهذا الشرط:

بما أن الجهة الصانعة تتولى قبض المال من المكتبتين وهي التي تقوم - وبمعرفة - القيام بالمشروع، يشترط حملة الصكوك على الجهة الصانعة، ضمان حسن العمل في البناء وأثناء التشغيل - حسب المواصفات المذكورة في العقد الأساس مع الجهة المستصلحة - ؛ بحيث يكون المشروع قادراً على توفير الدخل الذي يثمر أموال المكتبتين.

(٢) فائدته:

١ - تبين سابقاً أن الجهة الصانعة تقبض المال من المكتبتين، وتقوم ببناء المشروع ثم تشغيله، وأموال المكتبتين تكون في خطر في حال أخلت الجهة الصانعة بشيء من الشروط أو المواصفات المذكورة في العقد الأساس مع الجهة المستصلحة؛ إذ قد تقوم تلك الجهة

(١) الفروق ٢ / ٢٧٤.

بسحب المشروع؛ فتتعاضم خسارة المكتبتين، فيكون اشتراط هذا الشرط، مما يساهم في تخفيف الخطر على أموال للمكتبتين.

٢- كلما زاد الأمان وقلت المخاطر المحفوفة برأس المال، كلما زاد الإقبال على الاكتتاب في هذه الصكوك.

(٣) حكمه:

يرى الباحث أن هذا الشرط يقتضيه العقد، وبالتالي فلا ريب في جوازه، لما يلي:

- ١- أن فيه تأكيداً، لحق المكتبتين في ضمان أموالهم، عند تقصير الجهة الصانعة في العمل الموكل إليها، حسب الشروط والمواصفات المذكورة في العقد الأساس.
- ٢- تقدم أن الفقهاء من المذاهب الأربعة اتفقوا على أن يد المضارب يد أمانة^(١)، وأنه يضمن بالتعدي أو التفريط أو التقصير، وبالتالي فهذا الشرط تأكيد لهذا المعنى.

(ب) اشتراط خطاب ضمان بنكي لكل أو بعض قيمة الصكوك عند سحب المشروع

بسبب تقصير الجهة الصانعة:

(١) المراد بهذا الشرط:

هو تابع للشرط الأول ومحقق له؛ إذ أنه لما كان موجب الشرط السابق ضمان أموال المكتبتين عند سحب المشروع من الجهة الصانعة، ونظراً لما يخلفه ذلك من تبعات على أموال حملة الصكوك وتأخير إيصالها لهم، وقد يستمر هذا التأخير سنوات طويلة، كما قد يكلف أموالاً كثيرة، في الترافع أمام المحاكم، وفي هذا إضرار كبير بالمكتبتين في هذه الصكوك، قد يفقد الثقة بها؛ وتجنباً لكل هذه التبعات، يشترط المكتبتون ضماناً بنكياً، يغطي كامل أموال الاكتتاب أو جزءاً منها.

(١) يرجع حاشية رقم (٢) ص ٢٢١.

(٢) محل هذا الشرط:

محل هذا الشرط هو عند وقوع التعدي والتفريط من الجهة الصانعة بحيث يؤدي ذلك إلى سحب المشروع، أو خسارته بأي شكل كان. ولا يشمل التلف والخسارة الواقعة بغير تعد ولا تفريط كالجائحة السماوية، أو الإضطرابات السياسية، وذلك لاتفاق العلماء - كما تقدم - على عدم جواز تضمين المضارب لرأس المال مطلقاً^(١).

معنى الضمان البنكي أو خطاب الضمان:

هو تعهد كتابي، يتعهد البنك بمقتضاه بكفالة أحد عملائه (طالب الضمان) في حدود مبلغ معين، لدى طرف ثالث، عن التزام ملقى على عاتق العميل المكفول، وذلك ضماناً بوفاء العميل بالتزامه تجاه الطرف الثالث، خلال مدة من الزمن معينة^(٢). وهو نوعان:

(أ) خطابات الضمان الابتدائية:

وهي تعهدات موجهة من البنك إلى المستفيد - وهي هنا الجهة التي تمثل المكتتبين - لضمان دفع مبلغ من النقود، ويستحق الدفع عند عدم قيام الطالب بتسليمه وفق الشروط المذكورة فيه^(٣).

(ب) خطابات الضمان النهائية:

هي تعهدات للجهة المستفيدة لضمان دفع مبلغ من النقود على عهدة العميل، ويصبح الدفع واجباً عند تخلف العميل عن الوفاء بالتزاماته، المنصوص عليها في العقد النهائي للعملية، بين العميل والجهة التي صدر خطاب الضمان لصالحها^(٤).

(١) قال ابن قدامة (المغني ٥ / ٤٠): متى شرط على المضارب ضمان المال أو سهما من الوضعية أ فالشرط باطل. لا نعلم فيه خلافاً.

(٢) الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية، الجزء الخامس - المجلد الأول ص ٤٦٤، ١٤٠٢ هـ - ١٩٨٣ م.

(٣) ينظر: مجلة البنوك الإسلامية ٣١.

(٤) ينظر: الأعمال المصرفية والإسلام، ص ٢٢٦ للدكتور مصطفى عبد الله الممشري.

٣) حكم خطاب الضمان البنكي:

نص قرار مجمع الفقه الإسلامي بشأن خطاب الضمان البنكي على مايلي^(١):

١- أن خطاب الضمان بأنواعه الابتدائي والانتهايي لا يخلو إما أن يكون بغطاء أو بدونه، فإن كان بدون غطاء، فهو: ضم ذمة الضامن إلى ذمة غيره فيم يلزم حالا أو مآلا، وهذه هي حقيقة ما يطلق عليه في الفقه الإسلامي اسم: (الضمان) أو (الكفالة). وإن كان خطاب الضمان بغطاء فالعلاقة بين طالب خطاب الضمان وبين مصدره هي (الوكالة) والوكالة تصح بأجر أو بدونه مع بقاء علاقة الكفالة لصالح المستفيد (المكفول له).

٢- أن الكفالة هي عقد تبرع يقصد للإرفاق والإحسان، وقد قرر الفقهاء عدم جواز أخذ العوض على الكفالة، لأنه في حالة أداء الكفيل مبلغ الضمان يشبه القرض الذي جر نفعا على المقرض، وذلك ممنوع شرعا. ولذلك فإن المجمع قرر ما يلي:

أولا: أن خطاب الضمان لا يجوز أخذ الأجر عليه لقاء عملية الضمان (والتي يراعى فيها عادة مبلغ الضمان ومدته)، سواء أكان بغطاء أم بدونه. ثانيا: أما المصاريف الإدارية لإصدار خطاب الضمان بنوعيه ف جائزة شرعا، مع مراعاة عدم الزيادة على أجر المثل، وفي حالة تقديم غطاء كلي أو جزئي، يجوز أن يراعى في تقدير المصاريف لإصدار خطاب الضمان ما قد تتطلبه المهمة الفعلية لأداء ذلك الغطاء. اهـ

٤) حكم اشتراط حملة الصكوك ضمانا بنكيا على الجهة الصانعة:

يمكن قياس اشتراط خطاب الضمان البنكي في عقد المضاربة على أحد شيئين:

(١) قرار رقم ٥، الدورة الثانية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١٢٠٩/٢ - ١٢١٠. والتوسع في حكم خطاب الضمان ليس هذا موطنه.

الأول: أخذ الرهن على رأس مال المضاربة:

(١) وجه القياس: أن الضمان البنكي مثل الرهن في كون الخطاب يمثل مالاً يجب صرفه بمجرد طلب المستفيد، من غير دعوى، فهو بمثابة حجز عين مدة الرهن للاستيفاء منها عند الإخلال، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن العلة الجامعة بين الفرع والأصل، أن كلا منهما وثيقة بالحق.

(٢) وجه الفرق: أن الرهن عين يستوفي منها المال، بخلاف خطاب الضمان البنكي فلا يستوفي بنفس الخطاب وإنما يُطلب من البنك توفيه ما استعد بأدائه عن المضمون عنه.

(٣) حكم أخذ الرهن على مال المضاربة: اتفق الفقهاء من المذاهب الأربعة - في الجملة - ^(١) على عدم جواز أخذ الرهن على مال المضاربة، جاء في المدونة: قلت: أيجوز للرجل أن يعطي مالا مضاربة ويأخذ به رهنا في قول مالك؟ قال: «لا خير في هذا عند مالك» ^(٢). وجاء في تحفة الفقهاء: «وأما الأعيان التي ليست بمضمونة: كالودائع والعواري والمستأجر ومال المضاربة، والشركة: فلا يجوز الرهن بها لأن ما ليس بمضمون لا يصير المرتهن مستوفياً بهلاكه» ^(٣).

ويتحصل مما سبق عدم جواز اشتراط حملة الصكوك الضمان البنكي - إذا قسناه على الرهن - على الجهة الصانعة.

(١) ينظر: عند الحنفية غير ماسيأتي: بدائع الصنائع ٥/١٤٢، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٢/١٠١، عند المالكية غير ماسيأتي: مواهب الجليل ٥/١٦، عند الشافعية: روض الطالب مع شرحه أسنى المطالب ٢/١٥٠، مغني المحتاج ٣/٥٥، حاشيتا قليوبي وعميرة ٢/٢٣٣، وأما الحنابلة: فقد نصوا على أنه يشترط في المرهون به أن يكون ديناً أو ماله إلى أن يكون ديناً واجباً، وهذا يخرج أخذ الرهن على مال المضاربة، كونه ليس ديناً ولا ماله إلى ذلك. ينظر: الفروع ٤/٢٠٨، دقائق أولى النهى ٢/١٠٧.

(٢) المدونة ٤/١٤٧.

(٣) تحفة الفقهاء للسمرقندي ٣/٣٧.

الثاني: طلب الضامن أو الكفيل من المضارب.

هل يجوز اشتراط ضامن أو كفيل على المضارب لضمان تعديه أو تقصيره؟
اتفق الفقهاء أنه لا يجوز أخذ الضمان مطلقا كما تقدم، واختلفوا في أخذ ضمان على رأس مال المضاربة عند تعدي المضارب وتقصيره على قولين:

الأول: ذهب الحنفية^(١)، والشافعية^(٢): إلى المنع من ضمان مال المضاربة مطلقا.

الثاني: ذهب المالكية^(٣)، والحنابلة^(٤): إلى جواز ضمانها عند التعدي والتفريط.

تعلييل القول الأول:

قالوا: لأنها غير مضمونة لا عينها ولا تسليمها^(٥)، ولأن الواجب فيها التخلية دون الرد^(٦).

يمكن أن يجاب عليه: بعدم التسليم، فمال المضاربة مضمون عند تعدي المضارب أو تقصيره و تفريطه؛ باتفاق، والواجب عليه عند ذاك الرد لا مجرد التخلية.

تعلييل القول الثاني:

قالوا: لأنها مضمونة على من هي في يده فلزم ضمانه كالمغصوب والعواري^(٧).
بيانه: أنه يصح ضمان مال المضاربة عند التعدي والتفريط، لأنه في هذه الحال يصير مضمونا من قبل المضارب فيصح أن يضمن من غيره وذلك قياسا على المال المغصوب والعارية، بجامع أن اليد عليه في كل منها يد ضمان.

(١) ينظر: بدائع الصنائع ٦/٧، العناية شرح الهداية ٧/١٩٩-٢٠٠، تحفة الفقهاء ٣/٢٣٧، مجمع الضمانات ١/٤٧١.

(٢) ينظر: تحفة المنهاج ٥/٢٥٣، حاشياتا قليوبي وعميرة ٢/٤١٠.

(٣) ينظر: شرح الخرشي ٦/٢٤، حاشية الدسوقي ٣/٣٣٢.

(٤) ينظر: المغني ٤/٣٤٧، الإنصاف ٥/٢٠٠، كشف القناع ٣/٣٧٠، ٣٧٦.

(٥) مجمع الضمانات ١/٤٧١.

(٦) تحفة المنهاج ٥/٢٥٣.

(٧) المغني ٤/٣٤٧.

الترجيح:

يظهر للباحث رجحان القول الثاني، لظهور المناسبة في أخذ أو اشتراط ضمان رأس المال عند التعدي والتفريط، والمنعون إنما ارتكزوا في حجبتهم على أن يد المضارب يد أمانة وهذا لا خلاف فيه أنه لا يضمن في تلك الحال، إلا عندما تكون يده يدا عادية (بالتعدي أو التفريط) فيجب عند ذاك الضمان كيد الغاصب باتفاق. وإذا وجب عليه الضمان في تلك الحال صح ضمانه من غيره؛ لأن المال في تلك الحال صار مضمونا.

إذا تبين هذا فإن مسألة اشتراط الضمان البنكي على الجهة الصانعة لم أجد من تحدث عنها على وجه الخصوص في كتب الفقهاء المتقدمين، ولهذا فإن حكمها لا يخلو من حالين:

الحالة الأولى: أن يترتب على الجهة الصانعة مصاريف ونفقات مالية كثيرة بسبب هذا الشرط، فلا يخلو أيضا أن تكون هذه المصاريف إما قبل حصول التعدي أو بعده:

(أ) أن تكون المصاريف والنفقات المالية - بسبب الشرط - قبل وقوع التعدي أو

التفريط:

فيترجح للباحث أن هذا الشرط فاسد؛ لما يلي:

(١) تقرر سابقا أن الشرط إذا كان يخالف مقتضى العقد فإنه فاسد، وبناء عليه فإن اشتراط خطاب الضمان إذا كان يؤدي إلى دفع المضارب (الجهة الصانعة) نفقات كثيرة قبل التعدي؛ ينافي مقتضى العقد؛ وذلك لأنه يترتب على المضارب (الجهة الصانعة) نفقات مالية باهضة - تتعلق برأس المال وبمصلحة أحد الشر-يكن وهو رب المال (حملة الصكوك) - دون أن يقع منه تعد أو تفريط، جاء في بدائع الصنائع: يستحق المضارب النفقة بعمله في مال المضاربة على سبيل الوجوب، لأن الربح في المضاربة يحتمل الوجود والعدم، والعاقل لا يسافر بمال غيره لفائدة تحتمل الوجود والعدم مع تعجيل النفقة من مال نفسه، فلو لم يتجمل نفقته من مال المضاربة لامتنع الناس من قبول المضاربات مع مساس الحاجة إليها، فكان إقدام المضارب ورب المال على هذا العقد - والحال ما ذكر - إذنا من رب المال للمضارب بالإتفاق من مال المضاربة، فكان مأذونا له في الإتفاق دلالة،

فصار كما لو أذن له به نصا، ولأنه يسافر لأجل المال لا على سبيل التبرع ولا ببذل واجب له لا محالة فتكون نفقته في المال^(١). وقال مالك: «وجه القراض المعروف الجائز أن يأخذ الرجل المال من صاحبه على أن يعمل فيه ولا ضمان عليه ونفقة العامل من المال في سفره من طعامه وكسوته وما يصلحه بالمعروف بقدر المال»^(٢).

(٢) أن المضارب إذا تحمل نفقة متعلقة بمحل الشركة، فإن هذه النفقة تضم إلى رأس المال، ويكون شريكا بالمال والعمل، وهذا يخالف نص العقد أن رأس المال من جانب والعمل من جانب آخر، جاء في الفروق: وأما النفقة فإنها تجب على رب المال خاصة.... ووجهه: أن وجوب النفقة بمعنى يضم إلى رأس المال فوجب على رب المال كالثمن لو اشترى بألف المضاربة عبدا ثم تلف الألف فإنه يرجع على رب المال بألف^(٣).

(٣) أن صاحب المال اشترط زيادة لا يقتضيها مطلق عقد القراض فوجب أن يفسد القراض كما لو اشترط في ذلك المقدار من الربح لنفسه خالصا^(٤).

(٤) القياس على اشتراط رب المال النفقة على المضارب في السفر^(٥)، في الفساد بجامع أن كلا منهما تحميل للمضارب نفقات لا يقتضيها العقد.

(٥) أن المقصود من هذا الشرط هو حفظ رأس المال، عند التعدي والتفريط، ومؤنة حفظه من رأس المال، إذا استلزم الحفظ النفقة^(٦).

(١) بدائع الصنائع ١٠٥/٦-١٠٦.

(٢) الموطأ مع شرحه المنتقى ١٥٣/٥.

(٣) الفروق ٢/٢٧٦.

(٤) المنتقى شرح الموطأ ١٣٧/٥.

(٥) نص الحنفية والمالكية على فساد هذا الشرط ينظر: البحر الرائق ١٨٧/٦، حاشية ابن عابدين

٣٥٦/٥، المنتقى شرح الموطأ ١٣٧/٥، تحفة الحكام لابن ميارة المالكي ١٢٨/٢.

(٦) ينظر: بدائع الصنائع ٨/٣٠، العناية ٧/٤٢٢، المدونة ٣/٦٣٥، التاج والإكليل ٧/٤٥١، المنهاج

مع شرحه تحفة المحتاج ٦/٩٧، المغني ٧/١٦٢، الإقناع ٢/٤٥٧، ٤٥١.

(ب) أن تكون المصاريف والنفقات المالية - بسبب الشرط - بعد وقوع التعدي أو

التفريط:

إذا كانت المصاريف لا تقع على عاتق المضارب إلا بعد وقوع التعدي أو التفريط منه، فإن الباحث يرى صحة الشرط لمالي:

(١) أن هذه المصاريف وقعت عليه بسبب تعديه وتفريطه لا بسبب عقد المضاربة.
 (٢) أن يد المضارب - عند حصول التعدي أو التفريط منه - صارت يد ضمان بعد أن كانت يد أمانة فيتحمل كافة النفقات الناتجة عن تصرفه قياساً على الغاصب كما تقدم^(١).
الحال الثاني: ألا يترتب عليه مصاريف ونفقات مالية كثيرة إذا لم يترتب على خطاب الضمان نفقات مالية كثيرة أو مؤثرة، سواء أكان ذلك الخطاب مجاناً أم كان عليه رسوم بسيطة، فإنه يصح هذا الشرط من وجهين يرتبط كل منهما بالآخر:

الأول: ما تقدم من ترجيح صحة تضمين المضارب بالتعدي أو التفريط قبل وقوعه.
الثاني: إلحاق اليسير من النفقات بالنادر والنادر كالمعدوم في الحكم: فقد نصت القاعدة الفقهية على أن النادر لا حكم له أو ملحق بالمعدوم^(٢).

خامساً: اشتراط الحافز للجهة الصانعة:

سبق أن تكلم الباحث عن هذا الشرط في التمهيد، وترجع له أن الحافز يعد من قبيل الجعالة، ويجوز اشتراطه في المضاربة؛ بناء على ترجيح جواز اشتراط عقد معاوضة في عقد معاوضة.

(١) ص ٢٢٦.

(٢) جاء في المنتقى شرح الموطأ ٤ / ٢٧٤: ووجه الفرق بين القليل والكثير أن القليل غير مقصود ومعلوم في الأغلب أن مثل هذا لا يطلب ولا تتبعه النفس فكأنه لم يبق له إلا ما جرت العادة بتركه والتسامح به اهـ وقد نص على هذه القاعدة: كشف الأسرار شرح أصول البزدوي للبخاري ٣ / ٤٠٠، بريقة محمودية في شرح طريقة محمدية ٣ / ٢٠٩، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣ / ٩٦، منح الجليل ١ / ١٦٣، المشور في القواعد للزركشي ٣ / ٢٤٦، كشف القناع ٣ / ٤٧٧، مطالب أولي النهى ٣ / ٤٦٩.

الفرع الثاني: الشروط في الصورة الثانية من عقد إصدار صكوك التمويل بعقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة:

سبق أن انتهى الباحث إلى تكييف هذه الصورة بأنها عقد بيع، والشروط في عقد البيع بابها واسع لكن نقتصر على أهمها:

أولاً: اشتراط حملة الصكوك على الجهة الصانعة تشغيل المشروع وصيانته:

سبق بيان المراد بهذا الشرط، وحكمه^(١) على اعتبار أن صكوك عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة يكيف على أنه عقد إجارة، وأما بالنسبة لعقد البيع، فإن هذه المسألة تخرج على مسألة اشتراط نفع البائع في المبيع، وهو من اشتراط عقد معاوضة في عقد معاوضة وقد سبق بيان حكمه في الموضع المشار إليه. ويتفرع عن هذا الشرط مسألتان:

(١) إذا لم ترتض الجهة الصانعة هذا الشرط:

يحتمل أن يكون عدم الرضا عائداً إلى ثلاثة أمور:

(أ) طلب الجهة الصانعة أجره محددة على القيام بالصيانة والتشغيل غير داخله في قيمة

العقد:

بناء على ذلك يمكن الاتفاق بين حملة الصكوك والجهة الصانعة، على تلك الأجرة بموجب عقد جديد يوضح التزامات كل طرف، وكم تستحق الجهة الصانعة من الأجرة، وكيفية تسديدها، كأن يكون عن طريق حسم جزء من الدخل الأسبوعي أو الشهري أو السنوي للمشروع.

(ب) عدم قدرة الجهة الصانعة على الوفاء بمتطلبات التشغيل والصيانة:

أحياناً قد تكون الجهة الصانعة غير قادرة على الوفاء بمتطلبات التشغيل والصيانة ما تبقى من المدة، بالرغم من أنها ملزمة أمام الجهة المستصلحة بها، فتضطر لبيع ماتبقى من

(١) (ص ١٩٧) وما بعدها في الإشكال الثالث والرابع من المسألة الثانية من الفرع الثاني من المطلب الأول من المبحث الثاني من هذا الباب.

المشروع والتخلي عن إدارته للمشتري، أو قد تتسع التزاماتها الفنية، فلا تفي إمكاناتها بالعمل الفني كما يجب، وبالتالي لا توافق على هذا الشرط.

عند وجود هذا المانع - عدم قدرتها على الوفاء بمتطلبات التشغيل والصيانة - هل يصح أن تقبل الجهة الصانعة بالشرط وتسند المهمة لجهة فنية أخرى تتولى الصيانة والتشغيل؟.

تصدى ابن قدامة رحمته الله للجواب عن هذه المسألة فقال: «إذا اشترط المشتري منفعة البائع في المبيع فأقام البائع مقامه من يعمل العمل أقله ذلك؛ لأنه هاهنا بمنزلة الأجير المشترك يجوز أن يعمل العمل بنفسه أو بمن يقوم مقامه. وإن أراد بذل العوض عن ذلك لم يلزم المشتري قبوله وإن أراد المشتري أخذ العوض عنه لم يلزم البائع بدله؛ لأن المعاوضة عقد تراض فلم يجبر عليه أحد. وإن تراضيا عليه احتمل الجواز؛ لأنها منفعة يجوز أخذ العوض عنها لو لم يشترطها فإذا ملكها المشتري أجاز له أخذ العوض عنها كما لو استأجرها»^(١).

(ج) طلبها تحمل حملة الصكوك جزءا من تكاليف الصيانة والتشغيل:

وهذا السبب داخل في الفقرة التالية:

(٢) إذا وافقت بشرط أن يتحمل حملة الصكوك جزءا مقدرا من الصيانة:

بأن يكون العمل الفني على الجهة الصانعة، وقيمة المواد اللازمة - كقطع الغيار مثلا - على حملة الصكوك.

ونظرا لأن هذا الشرط يحمل في طياته شرطا واستثناء منه بشرط مقابل، فقد يقع اختلال في الصيغة؛ لذلك يقترح الباحث نصا يمكن إثباته في نشرة الإصدار كالتالي:

(١) المغني ٤/ ٨٢، وينظر الإنصاف ٤/ ٣٤٧، مطالب أولي النهى ٣/ ٧١.

«اشترط حملة الصكوك (المشتري) على الجهة الصانعة (البائع) أن تتحمل بند الصيانة والتشغيل للمشروع على أن يتحمل حملة الصكوك نفقة المواد اللازمة لتغذية هذا البند».

حكم هذا الشرط:

الشرط بهذه الصيغة يتضمن أمرين:

(١) اشتراط المشتري منفعة البائع في المبيع.

(٢) استثناء البائع جزء من المنفعة المشروطة ألا يتحملها.

تقدم بيان حكم اشتراط الأمر الأول والخلاف فيه، وذكرت أنه من باب اشتراط عقد معاوضة في عقد معاوضة، وقد ترجح للباحث جوازه، كما تقدم.

وأما الثاني فليس في حقيقته شرط، بل هو قبول ببعض الشرط - المشتري من قبل حملة الصكوك - وعدم قبول ببعض، فيرجع غير المقبول منه إلى أصله.

وبما أن العقد عقد بيع ونفقة الصيانة والتشغيل المقصودة هي بعد تمام البيع، فهل الأصل التزام البائع بنفقة المبيع بعد البيع أم المشتري؟ هذه المسألة من آثار الخلاف في تكييف هذه الصورة من صكوك عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة، فمن قال: إنها إجارة قال: إن الصيانة على المؤجر باتفاق الفقهاء من المذاهب الأربعة كما تقدم^(١). ومن قال: إنها بيع فإن من مقتضيات البيع انتقال ملكية المبيع للمشتري^(٢) والنفقة على المبيع (الصيانة) والانتفاع به (تشغيله) من توابع الملك.

(١) في الإشكال الرابع من المسألة الثانية من الفرع الثاني من المطلب الأول من المبحث الثاني ص ١٩٨.

(٢) ينظر: أحكام القرآن للجصاص ٢/٢٥١، المبسوط ١٣/١٠٤، شرح الخرشي ٦/١٧١، الفروق

٢/٢٨٨، أسنى المطالب ٢/٢٣٩، الفتاوى الكبرى لابن حجر الهيتمي ٢/١٤١، تحفة المحتاج له

٥/٢٢٩، المغني ٤/٨١، مطالب أولي النهى ٣/١٤٢، قال ابن تيمية رحمه الله (٦/١٣٤): وذلك

أن البيع مقصوده الذي شرع البيع له أن يحصل ملك الثمن للبائع ويحصل ملك المبيع للمشتري

فيكون كل منهما ملكا لمن انتقل إليه كسائر أملاكه اهـ.

ثانياً: اشتراط الجهة الصانعة (البائع) على حملة الصكوك أجرة التشغيل

والصيانة بخصمها جزئياً من دخل المشروع:

سبق أن أشرت^(١) إلى أن الإدارة تتضمن أمران:

(١) المنفعة التي تقدمها الجهة الصانعة عن طريق الإدارة.

(٢) الوكالة التي حصلت عليها من المكتبتين لبيع المنفعة وقبض الثمن، والتصرف في

منفعة العين بموجب مقتضيات الإدارة.

وهذا الشرط يضاف أمر ثالث:

(٣) وهو توكيل الجهة الصانعة في خصم مستحققاتها - أجرة التشغيل والصيانة - من

الدخل مباشرة، فهل يصح هذا الشرط ؟

يرى الباحث أن هذا الشرط صحيح^(٢) لما يلي:

(١) سبق الكلام عن الأمرين المتقدمين في الموضع المشار إليه ويبقى الكلام في الأمر

الثالث.

(١) عند الكلام عن الجواب عن الإشكال الثالث، ص ١٩٧ .

(٢) وهذا الشرط يختلف عن مسألة قفيز الطحان (الإجارة بجزء من العمل) من وجوه:

١ - أن الشرط في مسألة قفيز الطحان صادر من رب العمل بينما هنا صادر من الأجير.

٢ - أن الأجرة في قفيز الطحان هي أحد أجزاء المنتج الذي قام بعمله الأجير بخلاف ما هنا فالأجرة

مستقلة عن العمل وهي نقد.

٣ - أن من منع مسألة قفيز الطحان ؛ إنما كان للغرر والجهالة في الأجرة، إذ يحتمل أن يتلف القفيز

المستحق، وقد لا تتحقق المماثلة بالعمل، بخلاف ما هنا فإن الأجرة معلومة مقدرة، مستحقة بالعمل

في ذمة رب العمل، فإن وفي الدخل الأجرة أخذها منه وإن لم يوفي بقي في ذمة رب العمل قدرها.

٤ - أن هذا الشرط هو شرط استيفاء للحق الثابت في الذمة بخلاف مسألة قفيز الطحان، فهو تحديد

للأجرة بالشرط.

(٢) أن من مقتضيات الإجارة التمكين من استيفاء المنفعة وقبض الأجرة^(١)، وهذا الشرط يحقق قبض الأجرة عند تقديم الأجير منفعته.

(٣) عند قبض الجهة الصانعة للدخل فإنه صار وديعة في ذمتها يجب عليها الوفاء به للمكتبتين، كما أن للجهة الصانعة - بتقديم منفعة التشغيل والصيانة - دين في ذمة حملة الصكوك، وهذا الشرط تحصل المقاصة، بين طرفي العقد، وهي جائزة باتفاق الفقهاء من المذاهب الأربعة^(٢) جاء في أنوار البروق في أنواع الفروق: «منه يستفاد جواز من له عند شخص دين فيقول له احرق معي اليوم أو تنسج معي اليوم وأعطيك مما عليك من الدين في نظير هذا درهما وكذا إذا استعمله في زمن كثير من غير شرط أن يقطع له أجرة مما عليه فله أن يقاصه مما ترتب له في ذمته من الأجرة من الدين الذي له عليه»^(٣).

(٤) القياس على أخذ الزوجة نفقتها من مال زوجها، بجامع ثبوت الحق في كل، والتمكن من استيفائه بغير ضرر. والأصل المقيس عليه ثابت بالنص وهو قول النبي ﷺ للسائلة عن شح زوجها في النفقة فهل تأخذ من ماله بغير علمه فقال: (خُذِي أَنْتِ وَبَنُوكِ مَا يَكْفِيكِ بِالْمَعْرُوفِ)^(٤).

(١) ينظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ٢٣٧/١، المنتقى شرح الموطأ ١١٢/٥، تحفة المحتاج ٤٢٢/٣، نهاية المحتاج ٨٥/٥، كشف القناع ٥٣٠/٣، مطالب أولي النهى ٥٥١/٣.

(٢) ينظر: المبسوط ١٨٥/٦، ١٢٠٦-٢٠٧، بدائع الصنائع ٢٩/٤، ١٩٩/٥، المدونة ١٦٠/٣، المنتقى شرح الموطأ ١٦٦/٤، الفتاوى الفقهية ٧٩/٣، أسنى المطالب ٥٠٠/٤، الفروع ١٦٧/٤، ٢٥٥، الإنصاف ١١٦/٥، ٢٢٣.

(٣) ٢٥٠/٣.

(٤) رواه البخاري في باب من أجرى أمر الأمصار على مايتعارفون عليه من كتاب البيوع برقم ٢١٨٣، ومسلم في باب قضية هند من كتاب الأقضية برقم ٤٤٣١.

ثالثاً: اشتراط حملة الصكوك الضمانات:

(١) اشتراط حملة الصكوك ضامناً^(١) بإتمام تشغيل المشروع إلى نهاية مدة العقد:

المراد بهذا الشرط:

بما أن هذا العقد هو عقد بيع - كما أسلفت - وبما أنه لا يمكن تسليم المبيع دفعة واحدة، فيشترط حملة الصكوك الكفيل أو الضامن - إلى نهاية المدة - على الجهة الصانعة (البائع) لضمان تسليمها لجميع المبيع وفقاً للمواصفات المطلوبة، بحيث تستمر يد حملة الصكوك أو من ينيون قائمة على المشروع، إلى نهاية المدة المحددة في العقد، وهذا الشرط يضمن حملة الصكوك إعادة أموالهم، في حال أصبح المشروع مستحقاً لجهة ما، بتكاليف لم ترد في العقد، أو قامت الجهة المستصلحة بسحب المشروع لأي سبب كان؛ بحيث لا يدخل حملة الصكوك في أي خلاف ينشأ بين الطرفين الأساسيين في عقد الامتياز والتشغيل والإعادة bot.

فائدته:

جاء في تبين الحقائق بيان الفائدة المرجوة من هذا الشرط، فقال: الكفالة إن كانت مشروطة في البيع، بأن باع بشرط الكفالة، فالمطلوب من هذه الكفالة ترغيب المشتري في المبيع لأنه ربما لا يرغب في الشراء إذا لم يضمن بالدرك أحد فيكون المراد منه ترغيباً وتأكيده العقد^(٢).

(١) يسميه جمهور الحنفية بالكفالة ويعرفونها بأنها: ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة بنفس أو دين أو عين. (ينظر: بدائع الصنائع ٢/٤، فتح القدير ٦/٢٨٣، ٢٨٤، المبسوط ١٩/١٦٠) ويعرفه الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة بأنه: "ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق" هذا نص الحنابلة وألفاظ المالكية والشافعية تدور حول هذا المعنى (ينظر: جواهر الإكليل شرح مختصر خليل للآبي ٢/١٠٩ ط: دار المعرفة في بيروت، شرح حدود ابن عرفة ص ٣١٩، روضة الطالبين ٤/٢٤٠، تحفة المحتاج ٥/٢٤٠، قليوبي وعميرة ٢/٤٠٣، المغني ٤/٣٣٨ الإنصاف ٥/١٨٩).

(٢) ١٦٥/٤.

حكم الشرط:

هذا الشرط يمكن أن يخرج على أحد أمرين:

الأول: أنه شرط ضمان تسليم المبيع، على اعتبار أن المنفعة لم يتم تسليمها كاملة بل تستوفي شيئاً فشيئاً ولا خلاف في صحة الشرط بهذا المعنى^(١).

الثاني: على اعتبار أن المبيع - وهي المنفعة - يتم تسليمها بتسليم العين فإنه يخرج على أنه من باب شرط ضمان عهدة المبيع^(٢) عند الشافعية والحنابلة، وضمان الدرك عند الحنفية^(٣)، وورد عن المالكية الصيغتين^(٤). جاء في كشف القناع: «يصح ضمان عهدة بائع لمشتراً بأن يضمن الضامن عن البائع الثمن متى خرج المبيع مستحقاً أو رد المبيع بعيب أو يضمن أرش لعيب»^(٥).

واختلف الفقهاء في حكم هذا الضمان على قولين:

القول الأول: ذكره بعض الشافعية قولاً في المذهب^(٦): أنه لا يصح.

(١) قال ابن قدامة في المغني ٢٤٥/٤: «لأنعلم في صحته خلافاً».

(٢) ضمان العهدة: هي ضمان الثمن للمشتري إن استحق المبيع أو وجد فيه عيب. (التعريفات للجرجاني ص ٢٠٤ ط دار الكتاب العربي).

(٣) عرف الحنفية ضمان الدرك: بأنه التزام تسليم الثمن عند استحقاق المبيع. (ينظر: بدائع الصنائع ٩/٦، ابن عابدين ٢٦٤/٤، والبنابة ٧٤٤/٦، وفتح القدير ٤٠٣/٥).

(٤) ينظر: ضمان العهدة في المنتقى شرح الموطأ ١٧٨/٤، وضمان الدرك في فتح العلي المالک في الفتوى على مذهب مالک لعليش ٣٠٢/١، ومنح الجليل شرح مختصر خليل له ٢٤٥/٦.

(٥) ٣٦٩/٣.

(٦) جاء في مغني المحتاج ٢٠٣/٣: وفي قول هو باطل؛ لأنه ضمان ما لم يجب. ينظر: شرح المحلي على المنهاج مع حاشيتا قليوبي وعميره ٤٠٦/٢، فتوحات الوهاب بشرح منهج الطلاب ٣٨٠/٣.

القول الثاني: وهو المذهب عند الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤):

أنه يصح.

حجة القول الأول:

قالوا لأنه ضمان ما لم يجب^(٥)، وهو لا يجوز عندهم.

أجيب عنها: بعدم التسليم بأنه من ضمان ما لم يجب فإنه إن خرج المبيع مستحقاً تبين وجوب رد الثمن^(٦).

حجة القول الثاني:

(١) لأن الحاجة تدعو إلى الوثيقة على البائع والوثائق ثلاثة: الشهادة والرهن والضمان. فأما الشهادة فلا يستوفي منها الحق وأما الرهن فلا يجوز في ذلك بالإجماع؛ لأنه يؤدي إلى أن يبقى أبداً مرهوناً فلم يبق إلا الضمان.

(٢) ولأنه لا يضمن إلا ما كان واجباً حال العقد؛ لأنه إنما يتعلق بالضمان حكم إذا خرج مستحقاً أو معيباً حال العقد ومتى كان كذلك فقد ضمن ما وجب حين العقد والجهالة منتفية؛ لأنه ضمن الجملة فإذا خرج بعضه مستحقاً لزمه بعض ما ضمنه^(٧).

(١) ينظر: البناية ٦/٧٤٤، فتح القدير ٥/٤٠٣، مجمع الضمانات ص ٢٧٥، الاختيار ٢/١٧٢.

(٢) ينظر: المتقى شرح الموطأ ٤/١٧٨، فتح العلي المالک في الفتوى على مذهب مالک لعليش ١/٣٠٢، ومنح الجليل شرح مختصر خليل له ٦/٢٤٥.

(٣) ينظر: مغني المحتاج ٣/٢٠٣، شرح المحلي على المنهاج مع حاشيتا قليوبي وعميره ٢/٤٠٦، فتوحات الوهاب بشرح منهج الطلاب ٣/٣٨٠.

(٤) ينظر: المغني ٤/٥٩٦، الإنصاف ٥/١٩٨، كشاف القناع ٣/٣٦٩.

(٥) ينظر: مغني المحتاج ٣/٢٠٣، شرح المحلي على المنهاج مع حاشيتا قليوبي وعميره ٢/٤٠٦، فتوحات الوهاب بشرح منهج الطلاب ٣/٣٨٠.

(٦) ينظر المراجع السابقة.

(٧) المغني ٤/٥٩٦.

الترجيح

يظهر مما سبق رجحان القول الثاني لقوة ما عللوا به والجواب عن تعليل القول الآخر، ويكفي قوة لهذا القول إطباق المذاهب الأربعة المتبوعة على القول به، والذهاب إليه. وبناء على ما تقدم فعلى أي التخريجين حملنا اشتراط الضمان فهو جائز لا إشكال فيه.

٢) اشتراط حملة الصكوك رهنا بقيمة الصكوك أو جزء منها:

المقصود بهذا الشرط: هو توثيق حق حملة الصكوك عند قيام الجهة المستصلحة في العقد الرئيس، بسحب المشروع، أو فرض غرامة ما، أو نقصان منفعة المشروع بعيب إنشائي، ونحوها من الأمور التي قد تؤدي إلى منع حملة الصكوك الاستفادة من المنفعة المباعة على أكمل وجه.

حكمه:

كما تقدم في الضمان فإن هذا الشرط يخرج على أحد أمرين أيضا:
الأول: إن كان شرط الرهن بتسليم المبيع - وهي المنفعة المباعة - حتى انتهاء المدة، فتخرج على مسألة الرهن بتسليم أحد العوضين في البيع فقد قال ابن قدامة رحمته الله: «وجملة ذلك أن البيع بشرط الرهن أو الضمين صحيح والشرط صحيح أيضا؛ لأنه من مصلحة العقد غير مناف لمقتضاه ولا نعلم في صحته خلافا إذا كان معلوما»^(١).

الأمر الثاني: أن يكون الرهن بدرك المبيع أو عهده، فقد تبين من التعليل الأول للقول الثاني في المسألة السابقة، أنه لا يجوز أخذ رهن بعهد المبيع بإجماع وعلل ذلك: بأنه يؤدي إلى أن يبقى الرهن أبدا مرهونا، أي أبدية الرهن، وهذا يخالف مقتضى عقد الرهن، والبيع. وبالمقارنة بين هذين الأمرين؛ نرى أن الخلاف إنما هو في تطبيق أي الحكمين على المسألة الماثلة بين أيدينا فهل تم استلام المبيع وهو المنفعة، بمجرد قبض محلها وهو العين،

(١) المغني ٤/ ٢٤٥.

فيكون هذا الرهن من باب الرهن بعهدة المبيع، أو أن المنفعة لم يتم استلامها كلياً، وقبض المحل لا يعني أنه تم قبض المنفعة.

وبالتأمل في المسألة محل الإجماع - النهي عن اشتراط الرهن بعهدة المبيع - والمسألة التي بين أيدينا يتبين ما يلي:

(أ) يمكن القول بأن المبيع له تعلقان: تعلق أصلي وتعلق تبعي، فالأصلي وهو ما كان متعلقاً بالعين أو المشروع - لأن المنفعة لا يمكن تحصيلها دونها -، تم استلامه بالعقد، بينما التبعي وهو المنفعة - وهي المقصودة بالعقد - لم تستلم، فيكون الرهن بالجزء الذي لم يستلم من المبيع، وهو المنفعة. فيدخل في حكم الجواز.

(ب) أن التعليل الذي بني عليه الإجماع؛ لا ينطبق على مسألة الصكوك، إذ الرهن ينتهي بالمدة المقررة بين العاقلين.

(ج) يمكن أن يقال بأن المدة في مسألة صكوك عقد البناء والتشغيل والإعادة تكون غالباً طويلة، فالرهن بها شبيه بالتأيد.

المخرج من هذا الاعتراض أن يقال: بأن الرهن في مسألة الصكوك لا يكون على كامل المدة، بل على جزء مستقبلي منها، يتجدد من مدة إلى أخرى، فبتسليم المنفعة في مدة محددة، فإنه ينفك الرهن فيها ويتجدد الرهن في جزء آخر من المدة.

إذا تبين ذلك فإن الباحث يرى صحة اشتراط الرهن على الجهة الصانعة بشرط ألا يكون الرهن بكامل المدة، بل لجزء مقدر منها.

٣) اشتراط حملة الصكوك ضماناً بنكياً إلى نهاية العقد:

قد تقدم الكلام عن المراد بالشرط وفائده بما يغني عن إعادته، وحكمه داخل في حكم الضمان الذي مر - قبيل - بيان جوازه.

المبحث الرابع

حكم تداول صكوك

عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول

المقصود بتداول الصكوك

هو التصرف في الصكوك -لغير مصدرها- بالبيع والرهن والهبة وغيرها من التصرفات الشرعية، الناقلة للملكية، عبر وسيلة من الوسائل التجارية المتعارف عليها، كالقيد في السجلات، أو المناولة، أو بالوسائل الالكترونية الحديثة^(١).
فالتداول يشمل أمرين:

١ - معنى التداول: وهو نقل ملكية الصك بمايمثله.

٢ - كيفية التداول: ويشمل الطرق التي تعارف أهل العصر- على انتقال ملكيتها به، وهذه الطرق تتغير سريعاً، متوافقة مع التطور المادي والتقني، في كل زمان ومكان.

المطلب الثاني

حكم تداول الصورة الأولى من صكوك

عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة

تبين مما سبق تكيف هذه الصورة بأنها عقد مضاربة، وعقد المضاربة من عقود الشركات، وقد بين الباحث فيما سبق^(٢) أن قيمة الصك: هي بما يمثله من أعيان أو نقود أو ديون أو أعمال، فبناء عليه لا يخلو تداول الصك - من صكوك عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة من حالين:

(١) ينظر: بحث بعنوان: صكوك الاستثمار الإسلامية للدكتور حسين حامد حسان ص ٢٨، التنمية عن

طريق الأدوات التمويلية. د سامي حسن حمود ص ٢٣٦.

(٢) في المطلب الثاني من المبحث الأول من التمهيد.

الحال الأول: أن يكون قبل البدء في المشروع، وقبل أن تصرف الأموال في تنفيذ

المشروع:

بأن تكون الأموال مازالت نقداً، فالصك في هذه الحال، يمثل نقوداً فتداوله لا يخلو من

قسمين:

القسم الأول: أن يتم تداوله - انتقال ملكيته - بغير معاوضة:

وهو قسمين أيضاً:

(١) تبرع محض: وهو بذل المكلف مالا لغيره في الحال أو المستقبل بلا عوض^(١). كالهبة، والصدقة، والوصية، وغيرها: فلا خلاف بين الفقهاء في جواز التبرع بالمال - سواء أكان صكاً أم غيره - وانتقاله، بهذه الأسباب^(٢).

(٢) قرض: والقرض فعل خيراً وهو أن تعطي إنساناً شيئاً بعينه من مالك تدفعه إليه ليرد عليك مثله، إما حالاً في ذمته وإما إلى أجل مسمى^(٣). وعلى هذا، فبذل الصك كقرض لا يراد لذاته بل لقيمته، وقيمته لا تحصل إلا بالمعاوضة، فينبني صحة إقراضه على صحة التصرف فيه بالمعاوضة باستفادة المقرض من القيمة، فيكون التصرف فيه بالبيع محكوماً ببيان المسألة بعدها، فإقراض هذا الصك، هو وسيلة للحصول على النقد.

القسم الثاني: أن يتم تداوله بعقد معاوضة:

وعقود المعاوضات هي ضرب من التمليكات تقوم على أساس إنشاء حقوق،

(١) ينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية من إعداد وزارة الأوقاف في الكويت ١٠ / ٦٥، معجم المصطلحات الاقتصادية لنزيه حماد ص ١٠٧.

(٢) نص على الإجماع الشربيني في مغني المحتاج شرح منهاج الطالبين ٢ / ٣٩٦.

(٣) المحلى بالآثار لابن حزم الظاهري ٦ / ٣٤٧.

والتزامات بين العاقدين^(١)، مثل البيع، والإجارة، والسلم. وهو ينقسم - أيضا - إلى قسمين:

الأول: بيعه بغير نقد: فلا يخلو أيضا من نوعين:

- (١) أن يباع بورقة مالية - صك أو سهم^(٢) أو وحدة استثمارية^(٣) - : فهذه الورقة المالية حكمها حكم الصك، فإما أن تكون تمثل نقدا فحكمها حكم النقد، وسيأتي تفصيله في القسم الثاني. وإما أن تمثل الورقة المالية أعيانا وموجودات ومنافع وديون - يجوز تداولها بالمعاوضة -، فهي تمثل أحد العوضين في عملية بيع يمثل العوض الآخر - وهو الصك الذي نحن بصدده - نقدا، فهذه كبيع سلعة بنقد وهذا جائز بإجماع^(٤).
- (٢) أن يباع بأعيان مثل عقار أو مركبة، أو مشروع قائم - ليس بنقد ولادين -، أو بضاعة، أو غيرها من الأعيان، فهذا بيع سلعة بنقد، حكمه الجواز بالإجماع كما تقدم.

(١) ينظر المدخل الفقهي العام للزرقا ١/ ٦٤٠، معجم المصطلحات الاقتصادية لزيه حماد ص ٣١٦. علما أن بعض العلماء عد القرض أحد أقسام عقود المعاوضة كابن رشد في بداية المجتهد ٢/ ١٢٦، ومنهم من عدّه في عقود التبرعات ابتداء ومعاوضة انتهاء وهم الحنفية ينظر: فتح القدير لابن الهمام ٦/ ٤٨٤، حاشية ابن عابدين ٥/ ١٦٧. والخلاف من باب الخلاف في المصطلحات، لا أثر له ولا تعلق مباشر في المسألة محل البحث.

(٢) هو صك يمثل حصة في رأس مال شركة مساهمة، أو إحدى شركات الأموال. ينظر: إدارة البنوك والاستثمار وبورصات الأوراق المالية د محمد سويلم ص ٢٦٨، القانون التجاري د مصطفى كمال طه ص ٢٩٠.

(٣) وهي صك تمثل حق ملكية لصاحبها في حصة مشاعة من إجمالي المبالغ المستثمرة لدى البنك. ينظر: الخدمات الاستثمارية في المصارف وأحكامها في الفقه الإسلامي د يوسف الشبيلي ١/ ١٤٠.

(٤) ينظر: البدائع ٧/ ١٧، الكافي لابن عبد البر ٢/ ٨٧٦، منح الجليل ٣/ ٦٢٤، الفواكه الدواني ٢/ ٣٢٧، المهذب ٢/ ٣٠٧، المغني ٩/ ١١٤ - ١١٥.

القسم الثاني: أن يتم بيعه بنقد:

إذا كان الصك مازال يمثل نقداً، فيبيعه بنقد مثله، يجعله عقد صرف^(١)، وله ثلاثة شروط:

(١) تقابض البدلين: اتفق الفقهاء على أنه يشترط في الصرف تقابض البدلين من الجانبين في المجلس قبل افتراقهما^(٢). والأصل في ذلك قوله ﷺ: (لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل، ولا تشفوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا الورق بالورق إلا مثلاً بمثل، ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا منها غائباً بناجز)^(٣).

(٢) التماثل: وهذا الشرط خاص بنوع خاص من الصرف، وهو بيع أحد النقدين بجنسه. فإذا بيع الذهب بالذهب، أو الفضة بالفضة، يجب فيه التماثل في الوزن، وإن اختلفا في الجودة، والصياغة ونحوهما، وهذا باتفاق الفقهاء^(٤)، والأصل فيه أيضاً الحديث السابق ذكره.

(١) ينظر: حاشية ابن عابدين ٣٣٤/٤، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ٢١٥/٥، الهداية مع فتح القدير والعناية ٢٥٨/٦، مغني المحتاج ٢٥/٢، المغني لابن قدامة ٤١/٤، شرح منتهى الإرادات ٢٠١/٢.

(٢) قال ابن قدامة (المغني ٤١/٤): «القبض في المجلس شرط لصحته بغير خلاف. قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن المتصارفين إذا افترقا قبل أن يتقابضاً أن الصرف فاسد». ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ٢١٥/٥، فتح القدير على الهداية ٢٥٩/٦، القوانين الفقهية ص ٢٥١، جواهر الإكليل ١٠/٢، مغني المحتاج ٢٥/٢، كشف القناع ٢٦٦/٣.

(٣) رواه البخاري في كتاب البيوع، باب بيع الفضة بالفضة برقم (٢١٧٧)، ومسلم في كتاب المساقاة باب الربا برقم ١٥٨٤، من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه.

(٤) ينظر: المغني لابن قدامة ٣/٤ وما بعدها.

٣) الخلو من خيار الشرط: لاختلاف بين الفقهاء على فساد خيار الشرط في عقد الصرف؛ لأن اشتراط الخيار يمنع ثبوت الملك أو تمامه، وذلك يخل بالقبض المشروط، وهو القبض الذي يحصل به التعيين^(١).

الحال الثاني: أن يكون بعد البدء في المشروع، ودخول النقود في تمويل المشروع:

عندما يتم الاستفادة من حصيلة الاكتتاب في تمويل المشروع، يصبح لكل مكتب نصيب في هذا المشروع - حسب التفصيل المتقدم في ملكية منفعة المشروع -، وحكم بيع الشريك نصيبه في الشركة جائز لمالي:

١) أنه بيع عين بنقد، فيدخل في عموم قوله تعالى: «وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ»^(٢).
 ٢) أن الصك ماهو إلا نصيب حامله في الشركة فيجوز له بيعه باتفاق الفقهاء^(٣). جاء في المجموع: «قال أصحابنا: المال المستحق للإنسان عند غيره قسمان دين وعين... وأما العين فضربان أمانة ومضمون».

فالضرب الأول: الأمانة فيجوز للمالك بيع جميع الأمانات قبل قبضها لأن الملك فيها تام وهي كالوديعة في يد المودع ومال الشركة والقراض في يد الشريك والعامل..^(٤).
 وجاء في المغني: وإن اشترى أحد الشريكين حصة شريكه منه جاز؛ لأنه يشتري ملك غيره^(٥).

(١) ينظر: البدائع ٢١٩/٥، فتح القدير مع الهداية ٢٥٨/٦، ٢٦٣، جواهر الإكليل ١٤/٢، مواهب

الجليل للحطاب ٣٠٨/٤، ومغني المحتاج ٢/٢٤، شرح منتهى الإرادات ٢/٢٠١.

(٢) سورة البقرة، الآية [٢٧٥].

(٣) ينظر: رد المحتار على الدر المختار ١٤٦/٤، شرح الخرشي على مختصر خليل ٤٥/٦، نهاية المحتاج

٩/٥، المغني ١٥٠/٥.

(٤) المجموع ٣٢٠/٩.

(٥) المغني ٣٥/٥.

وقد ذهب جملة من الفقهاء المعاصرين في المجامع والهيئات الفقهية إلى جواز بيعها وتداولها وهم:

أولاً: مجمع الفقه الإسلامي: فقد نص قرار المجمع^(١) في العنصر- الثالث منه على أن: «تكون صكوك المقارضة قابلة للتداول بعد انتهاء الفترة المحددة للاكتتاب باعتبار ذلك مأذوناً فيه من المضارب عند نشوء السندات مع مراعاة الضوابط التالية:

(أ) إذا كان مال القراض المتجمع بعد الاكتتاب وقبل المباشرة في العمل بالمال ما يزال نقوداً فإن تداول صكوك المقارضة يعتبر مبادلة نقد بنقد وتطبق عليه أحكام الصرف.
(ب) إذا أصبح مال القراض ديوناً تطبق على تداول صكوك المقارضة أحكام تداول التعامل بالديون.

(ج) إذا صار مال القراض موجودات مختلطة من النقود والديون والأعيان والمنافع فإنه يجوز تداول صكوك المقارضة وفقاً للسعر المتراضى عليه، على أن يكون الغالب في هذه الحالة أعياناً ومنافع.

ثانياً: نص هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية: فقد نص قرار الهيئة^(٢) على:

- ١- أن تداول الصكوك يخضع لشروط تداول ما تمثله.
- ٢- يجوز تداول الصكوك واستردادها إذا كانت تمثل حصة شائعة في ملكية موجودات من أعيان أو منافع أو خدمات، بعد قفل باب الاكتتاب وتخصيص الصكوك

(١) في العنصر الثالث من الفقرة (٢) من البند أولاً من القرار رقم (٥) د ٤ / ٠٨ / ٨٨ في دورة مؤتمره الرابع بجدة في المملكة العربية السعودية من ١٨ - ٢٣ جمادى الآخرة ١٤٠٨ هـ، الموافق ٦ - ١١ فبراير ١٩٨٨ م.

(٢) الفقرتين: ٤ / ٤، ١ / ٢ / ٥ من المعيار رقم ١٧ من معايير هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية ص ٢٤٩.

وبدء النشاط، أما قبل بدء النشاط فتراعى الضوابط الشرعية لعقد الصرف، كما تراعى أحكام الديون إذا تمت التصفية وكانت الموجودات ديوناً، أو تمّ بيع ما تمثله الصكوك بثمان مؤجل.

المطلب الثالث

حكم تداول الصكوك من الصورة الثانية

من صكوك التمويل والاستثمار

بعقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة

مر بنا قريباً، أن المنفعة في هذه الصورة قد تم انتقال ملكيتها بالبيع من الجهة الصانعة إلى المكتتبين، وبناء عليه، فكل صك يمثل حصة حامله في هذه المنفعة، فكما صح بيع المنفعة جملة، يصح بيعها مجزأة.

وقد تقدم ذكر اتفاق الفقهاء على جواز بيع الشريك لنصيبه، ولأنه تصرف في ملكه دون ضرر بملك غيره.

المبحث الخامس استرداد صكوك التمويل والاستثمار بعقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة، وانتهاءها

وفيه مطلبان:

المطلب الأول استرداد صكوك التمويل والاستثمار بعقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة

وفيه فرعان:

الفرع الأول: المقصود باسترداد صكوك التمويل والاستثمار بعقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة:

ويطلق عليه إطفاء الصك، ويراد به التصرف مع مصدر الصك، وهذا التصرف قد يكون بيعاً أو إقالة أو فسخاً. وذلك بعد تمام الاكتتاب في الصكوك، وطرحها للتداول، بأن يقوم مالك الصك بإعادته إلى مصدره إما بالقيمة الاسمية، أو بما يتفقان عليه، فيسترد الصك مصدره^(١).

الفرع الثاني: استرداد صكوك التمويل والاستثمار بعقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة:

وفيه ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: الاسترداد بالبيع:

ويمكن تقسيمه إلى قسمين:

١) الاسترداد الأصلي بالبيع:

والمقصود به أن يكون الاسترداد بين المصدر وحملة الصكوك - فهما العاقدان الأصليون، بحكم عقد الصكوك المبرم بينهما - بعقد بيع جديد رغبة من المصدر في إطفاء الصك.

(١) ينظر: بحث: صكوك الاستثمار د حسين حامد حسان ص ٢٨، صكوك الاستثمار د علي القرعة داغي ص ٤٣، التنمية بالسندات المشروعة د عبدالستار أبو غدة ص ٢٠١.

حكمه:

إذا جاز تداول الصك، بالبيع جاز بيعه ممن أصدره. وتقدم قبل قليل ذكر قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي، ومعيار هيئة المحاسبة والمراجعة الإسلامية، وقد نص كل منهما، على أنه إذا جاز تداول الصك فإنه يجوز استرداده بالبيع، على أن يكون بالقيمة السوقية أو بالقيمة التي يتفقان عليها؛ كون هذا الاسترداد، عقد بيع جديد منفصل عن عقد امتلاك الصك. وقد تقدم في التمهيد بيان الشروط اللازم توافرها للاسترداد بالبيع^(١).

٢) الاسترداد التبعي بالبيع:

والمقصود به أن يكون استرداد الجهة الصانعة - مصدر الصكوك - ناشئ عن قيام الجهة المستصلحة، باسترداد المشروع قبل نهاية مدته. فقد تصدر جهة الإدارة قرارها باسترداد المرفق العام - الممنوح حق امتياز انشائه وإدارته للمتعاقد - للمصلحة العامة، عندما يبدو مناسباً لها ألا تنتظر انقضاء مدة الالتزام لاستعادة المرفق العام، وتقوم جهة الإدارة بناء على ذلك بإدارة المرفق بالطريق المباشر، وتعويض المتعهد التعويض المرضي^(٢). وبناء على ذلك تقوم الجهة الصانعة باسترداد الصكوك بشرائها من أصحابها.

المسألة الثانية: الاسترداد بالفسخ:

الفسخ من الفقهاء من عرفه بأنه: حل ارتباط العقد^(٣). ومنهم من قال: هو ارتفاع حكم العقد من الأصل كأن لم يكن^(٤)، ومنهم من قال: هو قلب - إعادة - كل واحد من العوضين لصاحبه^(٥).

(١) في الفرع الثاني من المطلب الثاني، من المبحث الثالث.

(٢) ينظر: عقد bot، لإلياس ناصيف ص ٣٩٢، عقد bot دي لوبادير ١٨٧/٣.

(٣) ينظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٣٨، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣١٣، القواعد لابن

رجب ص ١٠٧.

(٤) البدائع ١٨٢/٥.

(٥) الفروق للقرافي ٢٦٩/٣.

وقد نص الفقهاء على أسباب الفسخ، والمتعلق بموضوع البحث من هذه الأسباب،

مايلي:

- (١) الاتفاق أو التراضي^(١): وهو المقصود بالإقالة و سيأتي تفصيلها في المسألة الثالثة.
- (٢) شرط الخيار: وهو حق العاقد في فسخ العقد أو إمضائه لظهور مسوغ شرعي كخيار الرؤية أو العيب، أو بمقتضى اتفاق عقدي كخيار الشرط، فيكون للمتعاقد الحق في الاختيار بين إمضاء العقد وبين عدم إمضائه بفسخه وهو جائز باتفاق المذاهب الأربعة^(٢). ومحله العقود اللازمة كالبيع والإجارة، أما العقود الجائزة غير اللازمة فلا يثبت فيها الخيار؛ لأن فائدة الخيار دفع اللزوم في مدته، وهذه عقود غير لازمة، بالأصل فلا فائدة من اشتراطه^(٣).

إذا تبين هذا، فإن الخيار يقع في الصورة الثانية من صكوك التمويل والاستثمار بعقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة، فيحق للمكتب على انفراد- وهذا يتصور في اكتتاب الصناديق الاستثمارية الضخمة التي تكتب بمبالغ كبيرة- أو لممثل المكتبتين، اشتراط الخيار مدة يتراضى عليها الطرفان، فإن أتم البيع وإلا حق له الفسخ خلال المدة، ويثور هنا سؤالان:

(١) ينظر: البدائع ٣٠٦/٥، فتح القدير ٢٤٧/٥، الدر المختار ورد المحتار ١٥٤/٤، الشرح الصغير

٢٠٩/٢ وما بعدها، القوانين الفقهية ص ٢٧٢، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٥٢، والقواعد

لابن رجب ص ٣٧٩، والمغني ١٢١/٤ وما بعدها.

(٢) أشار إلى هذا الاتفاق كل من ابن رشد في بداية المجتهد ٣١٥/٢ طبعة المكتبة الأزهرية للتراث،

وابن هبيرة في إجماع الأئمة الأربعة ٤٠٢/١. ونقل الإجماع على صحته كل من ابن الهمام من الحنفية

والننوي من الشافعية. ينظر: فتح القدير شرح الهداية ١١١/٥، والمجموع شرح المذهب للننوي

١٩٠/٩، ٢٢٥.

(٣) ينظر: المبسوط ٤٦/١٣، بداية المجتهد ٣١٥/٢، المجموع ٢٠٧/٩، المغني ٢٤/٤.

الأول: هل الاسترداد بموجب خيار الشرط يكون بالقيمة الاسمية للاكتتاب أو بالقيمة السوقية؟

جواب هذا السؤال يتضمن مقدمتين ونتيجة:

المقدمة الأولى: أن خيار الشرط يعطي لصاحبه حق فسخ العقد^(١).

المقدمة الثانية: أن الفسخ - كما تقدم - هو حل ارتباط العقد حتى كأنه لم يكن، أو هو إعادة العوضين لأصحابهما، فمقتضاه إذاً رد السلعة، بالثمن الأول؛ إذ لو كان بثمان جديد لكان بيعاً جديداً^(٢).

النتيجة: أنه عند فسخ العقد فإن الرد يكون بالثمن الذي اكتتب به ابتداءً، وهو القيمة الاسمية أو القيمة المشتراة بها.

السؤال الثاني: لمن يكون دخل المشروع أثناء مدة الخيار؟ تنطبق هذه المسألة على مسألة: نماء المبيع بزيادة منفصلة متولدة من الأصل - وهو رأس المال - في مدة الخيار لمن يكون؟ خلاف بين الفقهاء على أربعة أقوال:

الأول: وهو قول الحنفية^(٣): أن هذه الزيادة تبطل الخيار، وتمنع الرد، وتكون من ملك المشري. جاء في بدائع الصنائع: «إن كانت الزيادة منفصلة متولدة من الأصل كالولد والثمر واللبن ونحوها أو كانت غير متولدة من الأصل لكنها بدل الجزء الفائت كالأرشاء

(١) ينظر: المبسوط ١٣/٤٨، العناية شرح الهداية ٦/٣١٢، المدونة ٣/٢١٢، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٣/٩٣، المجموع ٩/٢٣٨، ٢٢٤، المنشور في القواعد ٢/١٥٣، المغني ٤/١٩، القواعد لابن رجب ص ٥٦، الإنصاف ٤/٣٧٧.

(٢) ينظر: في معنى أن الفسخ هو الرد بالثمن الأول: المبسوط ٢٥/١٦٦، الشرح الصغير مع حاشيته للصاوي ٣/٢٠٩، المنشور في القواعد ٣/٤٢، المغني ٤/٩٦.

(٣) بدائع الصنائع ٥/٢٧٠، البحر الرائق ٦/٢٦.

أو بدل ما هو في معنى الجزء كالعقر يبطل خياره؛ لأنها مانعة من الرد عندنا»^(١).

الثاني: وهو قول المالكية^(٢): أن غلة المبيع في زمن الخيار للبائع وعليه النفقة أيام الخيار.

الثالث: وللشافعية تفصيل بحسب قولهم في ملكية المبيع أثناء مدة الخيار: جاء في المجموع: «كسب العبد والأمة المبيعين في زمن الخيار إن تم البيع فهو للمشتري؛ إن قلنا الملك له أو موقوف، وإن قلنا الملك للبائع فوجهان أصحهما وبه قال الجمهور: الكسب للبائع لأن الملك له عند حصوله أو قيل: هو للمشتري واستدل له: بأن سبب زوال ملك البائع موجود حال الزيادة. فلم يجعل لها حكمًا وجعلت تابعة للعين وكان لمن استقر ملك العين له وإن فسخ البائع فهو للبائع»، إن قلنا: «الملك له أو موقوف، وإن قلنا للمشتري فوجهان مشهوران أصحهما للمشتري والثاني للبائع...» وهما مبنيان على أن الفسخ يرفع العقد من حينه أو من أصله وفيه وجهان مشهوران في كتب الخراسانيين أصحهما من حينه والثاني من أصله، فإن قلنا من حينه فهو للمشتري وإلا للبائع قال أصحابنا: وفي معنى الكسب اللبن والشعر والثمرة ومهر الجارية إذا وطئت بشبهة أو أكرهت على الزنا وكون الجميع حكم كسب العبد على التفصيل والخلاف. ومنها النتاج فإن وجد حدوث الولد وانفصاله في مدة الخيار لا امتداد المجلس فهو كالكسب...»^(٣).

الرابع: وهو قول الحنابلة: ما يحصل من غلات المبيع؛ ونمائه المنفصل في مدة الخيار فهو للمشتري أمضيا العقد أو فسخه^(٤).

حجة الحنفية:

- (١) بدائع الصنائع ٥/ ٢٧٠.
- (٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣/ ١٠٤، الخرشي ٤/ ٣٠.
- (٣) المجموع ٩/ ٢٥٥-٢٥٦، وينظر: أسنى المطالب شرح روض الطالب ٢/ ٥٣، حاشيتا قليوبي وعميرة ٢/ ٢٤٢-٢٤٣.
- (٤) ينظر: المغني ٤/ ١٠، القواعد لابن رجب ٣٧٧.

تبين عند ذكر قولهم، بأن النماء والغلة مانعة للرد، وبالتالي فهي تبطل الخيار، ويستقر البيع.

ويمكن الجواب عليها: بأن شرط الخيار حكم ثابت شرعاً يبين فلا يرتفع إلا بيقين، وإبطاله بمجرد النماء يمنع الخيار في الأشياء النامية، وذوات الدخل؛ مما يفوت المقصود بمشروعية خيار الشرط.

حجة من قال إنها للبائع أو للمشتري :

دليلهم مبني على من يملك المبيع أثناء الخيار، فمن قال: بأن ملكيته للبائع - وهم المالكية^(١) - قال: إن الغلة له، ومن قال إن ملكيته للمشتري - وهم الحنابلة^(٢) - قال: إن الغلة له.

وكلا القولين يحتج بحديث: (أن النبي ﷺ قضى أن الخراج بالضمان)^(٣)، وقاعدة «الغنم بالغرم»^(٤)، فمن ملكه زمن الخيار، فهو ضامن له وعليه نفقته فكذلك له غلته. وعلى هذا فمبنى القولين، هو أن من كان المبيع في ضمانه، فله غلته. وقد تقدم بيان حجة الشافعية عند ذكر أقوالهم في المسألة.

واختلافهم - أي الشافعية - في هذه المسألة كذلك، مبني على اختلافهم في ملكية المبيع

(١) بداية المجتهد ٢/ ٢١١، شرح الدردير على خليل وحاشية الدسوقي عليه ٣/ ١٠٣، شرح الخرشي ٤/ ٣٠.

(٢) المغني ٤/ ١٠، كشف القناع ٣/ ٢٠٦، القواعد لابن رجب ٣٧٧.

(٣) رواه الترمذي في باب من يشتري العبد ثم يستغله فيجده معيباً، من كتاب البيوع برقم (١٣٣٢)، واللفظ له وقال: حسن صحيح، ورواه أبو داود في باب من اشترى العبد فاستعمله ثم وجد به عيباً من كتاب الإجارة برقم (٣٥١٠)، والنسائي في باب الخراج بالضمان من كتاب البيوع برقم (٤٥٠٧)، وابن ماجه في باب الخراج بالضمان من كتاب التجارات برقم (٢٣٢٨).

(٤) ينظر المغني ٤/ ١٠، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة لابن شاس ٢/ ٤٦٢.

أثناء الخيار فمنهم من قال هي للبائع، ومنهم من قال هي للمشتري، وتفردوا بقولهم إن غلة المبيع تبقى موقوفة إلى حين انتهاء الخيار، فإن تم البيع تبينا أنها للمشتري، وإن لم يتم علمنا أنها للبائع، وهو مبني كذلك على أن ملكية المبيع أثناء الخيار تبقى موقوفة.

الترجيح:

لو نظرنا إلى الصكوك التي بين أيدينا، لوجدنا أن أخذ الغلة مبني على ضمان المبيع - وهذا على قول المالكية والحنابلة - وهو الأوفق للدليل فإذا تحمل المكتتبون - مالكي الخيار - أعباء صيانة المشروع وضمانه فهم يأخذون الغلة، وإلا فلا، وهذا خاضع لإجراء اتفاق بين الطرفين بخصوص هذه الجزئية.

لكن إن لم يتم اتفاق، ونظرنا إلى الواقع وهو أن الضمان والصيانة تبقى تحت مسؤولية الجهة الصانعة، ومع ذلك فقد لا تقع تكاليفها في الحال ولا أثناء مدة الخيار؛ إذ إنها غالبا ماتكون - الصيانة - أبعد من مدة الخيار، فإن أقرب الأقوال وأعدلها في هذه المسألة - من وجهة نظر الباحث - هو قول الشافعية وهو بقاء الدخل معلق حتى انتهاء مدة الخيار، مالم يحدث ما يستوجب تحمل الجهة الصانعة لتكاليف ناشئة عن المبيع أثناء مدة الخيار، فيكون لها الدخل بناء على الحديث المذكور.

المسألة الثالثة: الاسترداد بالإقالة:

وهي في اصطلاح الفقهاء: رفع العقد، وإلغاء حكمه وآثاره بتراضي الطرفين^(١).

أولا: صورة الإقالة في صكوك التمويل والاستثمار بعقد امتياز البناء والتشغيل

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية ٥/ ٣٢٤، وينظر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٦/ ١١٠، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ٢/ ٢٥٤، الخرشي على مختصر خليل وبهامشه حاشية العدوي ٥/ ١٦٩، الأم للشافعي ٣/ ٦٧، المغني لابن قدامة ٤/ ٩٥.

والإعادة:

والإقالة في صكوك التمويل والاستثمار بعقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة، لها

نوعان:

(١) الإقالة الأصلية:

وتكون بين حملة الصكوك والجهة الصانعة؛ ويتحقق الاسترداد بالإقالة في الصورة الثانية من صكوك التمويل والاستثمار بعقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة، وذلك لأن الإقالة تكون في العقود اللازمة التي تلزم بالدخول فيها وتقبل الفسخ بالخيار، أما العقود الجائزة - كما في الصورة الأولى وهي المضاربة -، فلا تدخلها الإقالة؛ لأن تلك العقود يجوز رفع كل منها بإرادة أحد الطرفين منفرداً^(١).

(٢) الإقالة التبعية:

وهي تكون بين الجهة الصانعة وحملة الصكوك تبعاً للإقالة بين الجهة الصانعة والجهة المستصلحة: فقد يتفق الطرفان في عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة على إنهاء العقد قبل حلول أجله، على أن ذلك يقتضي أن يعبر كل من الطرفين، ولا سيما الإدارة، عن رغبته في ذلك صراحة، وأن يتوفر من الأسباب ما يبرر ذلك^(٢). وهذه الإقالة تنسحب على حملة الصكوك، تبعاً فتحدث الإقالة بين حملة الصكوك والجهة الصانعة تبعاً للإقالة الحاصلة من الجهة المستصلحة.

ومن أهم الأسباب للإقالة التبعية ما يلي:

(١) ينظر: المبسوط ٥٥/٢٩، البدائع ٣١٧٩/٧، ٣٣٩٦، شرح العناية على الهداية ٤٩٢/٦، ابن

عابدين على البحر الرائق ١١١/٦، المدونة ٨٣/٥، مختصر المزني على الأم ٢٨/٢، مغني المحتاج

٤٣٣/٢، المهذب للشيرازي ٤١٨/١، كشف القناع ٢٥٢/٣.

(٢) عقد bot للقاضي إلياس ناصيف ص ٣٨٣.

١ - إنهاء عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة عن طريق القضاء أو التحكيم؛ بناء على طلب الجهة المستصلحة:

فالعالم في هذه العقود أنها تكون عقود إدارية، أي مع الجهات الحكومية، وبالتالي قد تتوفر للمتعهـد أسباب تؤدي به إلى طلب إنهاء عقده قضاء، ومن هذه الأسباب على سبيل المثال:

(أ) خطأ الإدارة الجسم في تنفيذ التزامات تعديلها لشروط العقد، على نحو يخل بالتوازن الاقتصادي للعقد، إخلالاً جسيماً، بصورة تفوق إمكانات الجهة الصانعة (مدير المشروع أو المتعهد) الاقتصادية أو الفنية، أو بتغيير جوهر العقد وجعله بمثابة عقد جديد، ماكانت الجهة الصانعة لتقبله لو عرض عليها لدى إبرامه.

(ب) اختلال التوازن المالي نتيجة لظرف طارئ، بحيث ثبت للمتعهـد أن هذا الاختلال لن يعيد العقد إلى نصابه.

٢ - إنهاء العقد من قبل الإدارة، بسحب الالتزام من الجهة الصانعة على مسؤوليتها نتيجة خطأ جسيم ارتكب منها: قد ترتكب الجهة القائمة بالمشروع خطأ جسيماً في تنفيذ التزاماتها التعاقدية، على وجه يضر بسير المرفق العام، منها على سبيل المثال: عدم انتظام الطاقة الكهربائية الناشئة عن عدم ملائمة الأدوات المستخدمة في تنفيذ المشروع، عدم احترام المتعاقد للرسوم المحددة في العقد، أو رفض امداد الإدارة المانحة بالحسابات التفصيلية لعمليات المرفق، أو تنازل الملتزم عن عقده كلياً أو جزئياً، دون موافقة مسبقة من الجهة الإدارية^(١).

ثانياً: قيمة الاسترداد بالإقالة:

(١) ينظر عقد bot لإلياس ناصيف ٣٨٣-٣٨٧.

هل الاسترداد بالإقالة يكون بالقيمة الاسمية أو بالقيمة المشتراة أو بالقيمة السوقية سواء كانت أقل أو أكثر من القيمة الاسمية أو القيمة المشتراة؟

اختلف الفقهاء في مسألة الإقالة، هل يلزم الرد بالثمن الأول، أو يجوز الزيادة عليه والنقصان منه على قولين:

الأول: وهو قول المالكية^(١)، ووجه في مذهب الحنابلة^(٢): أنه تجوز الإقالة بأكثر أو أقل من الثمن الأول، وخصه المالكية: بما إذا لم يكن المبيع طعاما مكيلا، أو أن تكون الإقالة حيلة على العينة.

الثاني: وهو قول الجمهور من الحنفية^(٣)، والشافعية^(٤)، والمذهب عند الحنابلة^(٥): أنها لا تجوز الإقالة إلا بمثل الثمن الأول، ونص الحنابلة على ذلك سواء كانت الإقالة فسخا أو بيعا.

أدلة الأقوال:

أدلة الأقوال:

حجة القول الأول: - قال مالك: لأنها بيع حادث - أي جديد - فالإقالة بيع من البيوع يحلها ما يحل البيوع ويحرمها ما يحرم البيوع^(٦). وقالوا: قلنا هي بيع؛ لأن البيع عقد صحيح بالقرآن والسنة والإجماع المتيقن المقطوع به من كل مسلم على أديم الأرض كان

(١) ينظر: المنتقى شرح الموطأ ٤/ ١٦٥، التاج والإكليل على مختصر خليل ٦/ ٢٩٠-٢٩١.

(٢) ينظر: المغني ٤/ ٩٦، القواعد لابن رجب ٣٨٠.

(٣) ينظر: البدائع ٧/ ٣٣٩٥-٣٣٩٦، شرح العناية على الهداية بهامش فتح القدير ٦/ ٤٨٧-٤٩١.

(٤) ينظر: الأم ٣/ ٣٨، أسنى المطالب ٢/ ٧٥-٧٦.

(٥) ينظر: المغني ٤/ ٩٦، القواعد لابن رجب ٣٨٠.

(٦) ينظر: المدونة ٣/ ١٢٣، المنتقى شرح الموطأ ٤/ ٢٠٣، المغني ٤/ ٩٦.

أو هو كائن فإذا كان هو كذلك باليقين لا بالدعوى الكاذبة فلا يحل فسخ عقد صححه الله تعالى في كتابه وعلى لسان رسوله ﷺ إلا بنص آخر أو لا نص في جواز فسخه مطابقة بتراضيهما إلا فيما جاء نص بفسخه كالشفعة وما فيه الخيار بالنص فإذا كان ذلك كذلك ولم يكن بيد من أجاز الفسخ نص أصلاً فقد صح: أن الإقالة بيع من البيوع بتراضيهما يجوز فيها ما يجوز في البيوع ويحرم فيها ما يحرم في البيوع^(١).

ويجيب عليه بما ورد في أدلة القول الثاني.

أدلة القول الثاني:

مبنية - في مجملها - على القول بأن الإقالة فسخ، فلا تجوز إلا بمثل الثمن الأول، فلا تصح الزيادة أو النقصان منه، واستدلوا على أنها فسخ، بما يلي:

١- أن الإقالة هي الدفع والإزالة. يقال: أقالك الله عثرتك، أي أزالها. وقد نص النبي ﷺ على مشروعية هذا الرفع بالفسخ، فقال ﷺ: (من أقال نادماً بيعته أقاله الله عثرته يوم القيامة)^(٢)، فيكون هذا النص خصصاً للأدلة الدالة على لزوم عقد البيع، وبالتالي يصح فسخ هذا العقد، وإذا كان فسخاً لم يجز أن يزيد على الثمن الأول.

(١) المحلى بالآثار لابن حزم ٤/ ٤٨٧.

(٢) رواه أبو داود في باب فضل الإقالة من كتاب الإجارة برقم (٣٤٦٢)، وابن ماجه في باب الإقالة من كتاب التجارات برقم (٢٢٨٣)، والبيهقي في باب من أقال المسلم إليه بعض السلم وقبض بعضاً، من كتاب البيوع برقم (١١٤٥٨)، وابن حبان في باب الإقالة من كتاب البيوع برقم (٥١١٩)، والطحاوي في مشكل الآثار في باب من أقال نادماً أقاله الله عثرته من كتاب البيوع برقم (٤٦١٢)، وعبد الرزاق في المصنف ٥٦/ ٢ برقم (٢٤٦٩). والشهاب القضاعي في مسنده ٢/ ٢٣٨. وصححه العجلوني في كشف الخفاء ومزيل الإلباس عما اشتهر من الأحاديث على ألسنة الناس ٢/ ٢٢٩، و السخاوي في المقاصد الحسنة ١/ ٦٢٥.

٢- وقال ابن المنذر: «وفي إجماعهم (أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الطعام قبل قبضه)»^(١) مع إجماعهم على أن له أن يقلل المسلم جميع المسلم فيه دليل على أن الإقالة ليست بيعاً.

٣- ولأنها تجوز في المسلم فيه قبل قبضه فلم تكن بيعاً كالإسقاط.

٤- ولأنها خصت بمثل الثمن كالتولية.

٥- ولأنه عاد إليه المبيع بلفظ لا ينعقد به البيع فكان فسخاً كالرد بالعيب^(٢).

الترجيح:

يظهر للباحث رجحان القول الثاني، لما مضى من أدلة في كون الإقالة فسخ، والفسخ هو رفع العقد، بإعادة العوضين إلى صاحبيهما، ولهذا فإنه يعيد الثمن للمشتري بغير زيادة أو نقصان، ولأن الشارع قد ندب إلى الإقالة كما مر في الحديث المذكور، وإذا كانت بيعاً جديداً بثمن جديد مختلف، لم تتحقق فائدة هذا الندب؛ إذ قد تكون السلعة المطلوب الإقالة منها قد بيعت بأقل أو أكثر من ثمنها الحقيقي فاعتبار الإقالة بيعاً، تفويت لفائدها، وتضييع لفصيلتها، إذ تكون خسارة المستقل واقعة حتماً، وهذا ما لا يريد به الشرع قصداً. ولأن الإقالة لو صحت بثمن جديد لكان فيها ذريعة على الربا فيبيعه سلعة بنقد، مدة من الزمن ثم يردّها له بأكثر من ذلك، فكأنه أقرضه مبلغاً معيناً ورهنه سلعة له، ثم رد ذلك المبلغ بثمن أعلى من الأول، وهذا ما تنبه له المالكية في استثنائهم، والله أعلم.

وبناء على ذلك فإن الاسترداد بالإقالة يكون بالقيمة المشتراة بها، فإن كانت في بداية الاكتتاب فهي بالقيمة الاسمية، وإن كانت بعد التداول فهي بالقيمة المشتراة بها، ولا تكون بالقيمة السوقية؛ لأنها قد تزيد وتنقص.

(١) متفق عليه، رواه البخاري في باب بيع الطعام قبل أن يقبض من كتاب البيوع برقم (٢١١١)،

ومسلم في باب بطلان بيع المبيع قبل القبض برقم (٣٨٠٣).

(٢) ينظر: المغني ٩٦/٤.

المطلب الثاني

انتهاء صكوك التمويل والاستثمار
بعقد امتياز البناء والتشغيل وإعادة

وفيه فرعان:

الفرع الأول: انتهاء صكوك التمويل والاستثمار بعقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة بالقوة القاهرة:
وفيه ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: تعريف القوة القاهرة:

يعرف فقهاء القانون القوة القاهرة بأنها: الحدث الذي لا يمكن توقعه أو تجنبه، وصفته أن يترك الإرادة البشرية دون أي قدرة، ويكون هذا الحدث سببا للإعفاء من المسؤولية العقدية^(١).

وبناء عليه ينتهي عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة بالقوة القاهرة، كما لو أدت الحرب المفاجأة إلى تدمير المرفق العام - محل العقد - ففي هذه الحال ينتهي العقد بين كل من طرفي عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة^(٢)، وكذا العقد بين كل من طرفي عقد صكوك امتياز البناء والتشغيل والإعادة، بزوال موضوعه في كل.

المسألة الثانية: تكييف انتهاء عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة بالقوة القاهرة:

يكيف هذا الانتهاء بما ورد في السنة وفي كلام الفقهاء، تسميته بالجوائح وهي: كل هلاك للمال بما لا صنع للإنسان فيه^(٣).

(١) القاموس القانوني الثلاثي لكل من: مورييس نخلة، روجي البعلبكي، صلاح مطر ص ١٣٤٨.

(٢) ينظر عقد bot لإلياس ناصيف ٣٨٤.

(٣) ينظر: فتح القدير ٨٧/٧، حاشية الدسوقي ١٨٥/٣، جواهر الإكليل ٦٣/٢، كفاية الطالب مع حاشية العدوي ١٧٣/٢، المنتقى ٢٣٢/٤، ٢٣٣، الأم للشافعي ٥٨/٣، المغني ٨٦/٤، مطالب أولي النهى ٢٠٠/٣، ٢٠٣، كشف القناع ٢٨٥/٣، الإنصاف ٧٦-٧٧.

المسألة الثالثة: مسؤولية طريق عقد صكوك امتياز البناء والتشغيل والإعادة:

أولاً: مسؤولية طريق عقد صكوك امتياز البناء والتشغيل والإعادة في الصورة الأولى:

اتفق الفقهاء على أن رأس مال المضاربة إذا هلك بغير تعد أو تفريط - وهو هنا المشروع - فقد انفسخ عقد المضاربة^(١). وبالتالي يخسر رب المال وهم حملة الصكوك رأس مالهم، ويخسر المضارب جهده وعمله.

ثانياً: مسؤولية طريق عقد صكوك امتياز البناء والتشغيل والإعادة في الصورة

الثانية:

سبق أن كيف الباحث هذه الصورة من صكوك امتياز البناء والتشغيل والإعادة بأنها بيع، والجائحة فيها يمكن قياسها على الجائحة التي تصيب المقائي والباذنجان، والبطيخ، والخضر الورقية، بعد بيعها. وقد جوز ابن القاسم من المالكية بيعها وجعلها في الجوائح، مقيسة على المنافع^(٢)، فكذا يصح جعل المنافع مثلها كما ههنا: فكل منهما يبيع لأشياء متوقعة الوجود كما لو كانت موجودة.

(١) تقدم أن يد المضارب يد أمانة فلا يضمن إلا بالتعدي والتفريط ينظر: المبسوط ٥١/٢٢، بدائع الصنائع ١١٣/٦، وبلغة السالك والشرح الصغير ٦٩٧/٣، وشرح الخرشي ٤٣١/٤، مغني المحتاج ٣١٩/٢، ونهاية المحتاج ٥/٢٣٦. المغني ٤٠/٥، كشف القناع ٣/٥١٨.

(٢) جاء في المدونة ٣/٥٨١: قلت لعبدالرحمن بن القاسم: رأيت المقائي هل فيها جائحة في قول مالك؟ قال: نعم إذا أصابت الثلث فصاعداً وضع عن المشتري ما أصابه من الجائحة. قلت: رأيت إن اشتراها وفيها بطيخ وقثاء فأصابت الجائحة جميع ما في القثاء من ثمرتها وهي تطعم في المستقبل كيف يعرف ما أصابت الجائحة منها؟ قال ابن القاسم: تفسير ذلك أنه يكون مثل كراء الأرضين والدور. أنه ينظر إلى القثاء أكم كان نباتها من أول ما اشترى إلى آخر ما تنقطع ثمرتها. فينظر كم قطف منها وكم أصابت الجائحة منها.

وصورة المسألة: كما لو باع صاحب مزرعة بطيخ أو باذنجان ما يخرج من ثمرتها مرتين أو ثلاث؟

وقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

الأول: وهو المذهب عند الحنفية^(١)، وقول الشافعي^(٢)، والمذهب عند الحنابلة^(٣): عدم جواز بيعها.

الثاني: وهو قول مالك: بجواز بيعها^(٤)، ورجحه ابن تيمية^(٥)، وابن القيم^(٦) رحمهما الله تعالى.

حجة القول الأول:

قالوا: لأن ما في الأرض منه مستورا وما يحدث منه معدوم فلا يجوز بيعه كما لا يجوز بيع ما يحدث من الثمرة^(٧).

حجة القول الثاني:

وحجة مالك: أنه لا يمكن حبس أوله على آخره فجاز أن يباع ما لم يخلق منها مع ما خلق وبدا صلاحه، وأصله جواز بيع ما لم يطب من الثمر مع ما طاب؛ لأن الغرر في الصفة شبهه بالغرر في عين الشيء وكأنه رأى أن الرخصة هاهنا يجب أن تقاس على الرخصة في بيع الثمار أي ما طاب مع ما لم يطب لموضع الضرورة، والأصل عنده أن من

(١) ينظر: حاشية ابن عابدين ٣٣/٦.

(٢) ينظر: الأم ٨٣/٣.

(٣) ينظر: المغني ٧٩/٤، الإنصاف ٦٨/٥.

(٤) ولهم في ذلك تفصيل يرجع إليه في المنتقى شرح الموطأ ٢٢٣/٤، الفروق ٢٦٦/٣.

(٥) ينظر: الفتاوى الكبرى ٢٣/٤، الإنصاف ٦٨/٥.

(٦) ينظر: إعلام الموقعين ١٠/٢.

(٧) المغني ٧٩/٤.

الغرر ما يجوز لموضع الضرورة^(١).

الترجيح:

والراجح: جواز هذا البيع، ورجحه ابن تيمية رحمته الله لوجهين:

أحدهما: أن المرجع في كل شيء إلى الصالحين من أهل الخبرة به وهم يقرون بأنهم يعرفون هذه الأشياء كما يعرف غيرها مما اتفق المسلمون على جواز بيعه وأولى.

الثاني: أن هذا مما تمس حاجة الناس إلى بيعه فإنه إذا لم يبع حتى قلع حصل على أصحابه ضرر عظيم فإنه قد يتعذر عليهم مباشرة القلع والاستنابة فيه وإن قطعوه جملة فسد بالقلع فبقاؤه في الأرض كبقاء الجوز واللوز ونحوهما في قشره الأخضر^(٢).

وقال ابن القيم: والقول بالجواز أصح؛ فإنه لا يمكن بيعها إلا على هذا الوجه ولا تتميز اللقطة المبيعة عن غيرها ولا تقوم المصلحة إلا ببيعها كذلك ولو كلف الناس به؛ لكان أشق شيء عليهم وأعظمه ضرراً؛ والشريعة لا تأتي به وقد تقدم أن ما لا يباع إلا على وجه واحد لا ينهى الشارع عن بيعه وإنما نهى الشارع عن بيع الثمار قبل بدو الصلاح لإمكان تأخير بيعها إلى وقت بدو الصلاح^(٣).

وبناء على هذه المسألة، فقد نص الإمام مالك رحمته الله: «أن الجائحة إذا أصابت المقائي المبيعة، فإنها توضع ويرد الثمن إلى المشتري»^(٤). والدليل على ذلك قوله عليه السلام: (لو بيعت

(١) الفروق ٣/ ٢٦٦.

(٢) الفتاوى الكبرى ٤/ ٢٣.

(٣) إعلام الموقعين ٢/ ١٠.

(٤) ينظر: المنتقى شرح الموطأ ٤/ ٢٢٤، الفواكه الدواني شرح رسالة أبي زيد القيرواني للنفرأوي ٢/ ١٣٠، واشترطوا أن تكون الجائحة ثلثها أكثر، ونص بعضهم أن الجائحة توضع في القليل والكثير، ينظر: الإتيقان والإحكام شرح تحفة الحكام ١/ ٣٠٢.

من أخيك ثمراً فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً بم تأخذ مال أخيك بغير حق^(١)، وبما ورد (أنَّ النبي ﷺ أَمَرَ بِوَضْعِ الْجَوَائِحِ)^(٢).

وبناء عليه، فإن الهلاك - في صكوك عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة - يكون على البائع، في المنفعة المستقبلية دون ماضى وقبض حملة الصكوك دخله، فتقيم المنفعة المتبقية بسعر الشراء، وتطرح من القيمة الكلية، وتعاد حملة الصكوك.

الضرع الثاني: انتهاء صكوك التمويل والاستثمار بعقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة بانتهاء المدة المتعاقد عليها؛

لما كان عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة بصورة عامة من العقود الزمنية، التي يمثل الزمن فيها عنصراً جوهرياً - كما تقدم -، وتكون محددة المدة وإن كانت طويلة نسبياً، فإن العقد ينتهي بانتهاء مدته، وتنفيذ الالتزامات المترتبة عليه كاملة^(٣)، وبالتالي تنتهي العقود المبنية عليه، وهي عقد الصكوك، التي تنتهي بانتهاء ما مثله^(٤). باستكمال استغلال منفعة المشروع، في المدة المتفق عليها، تنتهي الصكوك، وتصبح غير ذات قيمة.

(١) رواه البخاري في باب بيع المخاضرة من كتاب البيع برقم (٢١٨٠)، ولفظه: (أَرَأَيْتَ إِنْ مَنَعَ اللَّهُ الثَّمَرَ بِمَ تَسْتَحِلُّ مَالَ أَخِيكَ)، ورواه مسلم واللفظ له في باب وضع الجوائح من كتاب المساقاة والمزارعة برقم (٣٩٢٩).

(٢) رواه مسلم في باب وضع الجوائح من كتاب المساقاة والمزارعة برقم (٣٩٣٤)، وأبو داود في باب بيع السنين من كتاب البيوع برقم (٣٣٧٦)، والنسائي باب وضع الجوائح من كتاب البيوع برقم (٤٥١١).

(٣) ينظر: عقد bot لإلياس ناصيف ٣٨١.

(٤) ينظر: سندات الإجارة والأعيان المؤجرة. د منذر قحف ص ٨٦-٨٨.

الباب الثاني

صكوك العقد

في المجال التجاري

وفيه تمهيد وأربع فصول:

التمهيد: وفيه: بيان المقصود بالمجال التجاري وأهميته.

الفصل الأول: توريق الديون وأحكامه.

الفصل الثاني: صكوك عقد الامتياز التجاري (franchise).

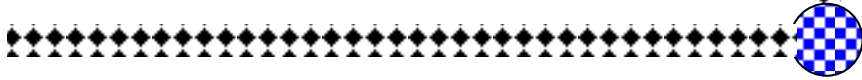
الفصل الثالث: صكوك الوكالة بالاستثمار.

الفصل الرابع: الصكوك القابلة للتحويل إلى أسهم

(Convertible sukuk)

والصكوك القابلة للتبديل بأسهم

(Exchangeable sukuk)



التمهيد

بيان المقصود بالمجال التجاري وأهميته

وفيه مبحثان:

المبحث الأول

المقصود بالمجال التجاري

وفيه مطلبان:

المطلب الأول

المراد بالتجارة في اللغة والشرع

معنى التجارة في اللغة والشرع متفق إلى حد ما، فهي: تقليب المال، أي بالبيع والشراء لغرض الربح^(١). قال سبحانه: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾^(٢)، فاسم التجارة يقع على البيع والشراء جميعاً^(٣)، ومن المفسرين من وسع معنى التجارة لتشمل كل معاوضة^(٤). ومنهم من نظر إلى جانب المهنة فيها، فخصها بعمل

(١) ينظر في اللغة: لسان العرب ٤/ ٨٩. وفي الفقه: المنتقى شرح الموطأ ٥/ ١٧٥، الفواكه الدواني ١/ ٣٣١، مغني المحتاج ٢/ ١٠٦، نهاية المحتاج ٣/ ١٠٢، الفروع ٢/ ٥٠٧، معجم الفقهاء ١/ ١٢١.

(٢) سورة النساء، الآية [٢٩].

(٣) ينظر: تفسير البغوي ٦/ ٥١.

(٤) جاء في تفسير القرطبي ٥/ ١٤٩: «التجارة في اللغة عبارة عن المعاوضة..» إلى أن قال: «اعلم أن كل معاوضة تجارة على أي وجه كان العوض». وجاء في أحكام القرآن لابن العربي ١/ ٣٢١: «والتجارة هي مقابلة الأموال بعضها ببعض أو هو البيع؛ وأنواعه في متعلقاته بالمال كالأعيان المملوكة أو ما في معنى المال كالمنافع أو هي ثلاثة أنواع: عين بعين أو هو بيع النقد؛ أو بدين مؤجل وهو السلم أو حال وهو يكون في التمر أو على رسم الاستصناع أو بيع عين بمنفعة وهو الإجارة». ينظر: تفسير الرازي ٣٠/ ٣٣٧، تفسير اللباب في علوم الكتاب لابن عادل الدمشقي ٦/ ٣٣٦.

التاجر، جاء في البحر المحیط: التجارة: هي صناعة التاجر، وهو الذي يتصرف في المال لطلب النمو والزيادة^(١). وأضاف الحنفية إلى الأعمال التجارية، الاستدانة بغرض المتاجرة، والإجازات بجميع أنواعها، وفصلوا بين ما هو داخل في التجارة بالأصل، وبين ما هو في معنى التجارة، جاء في بدائع الصنائع: فلتعلق الدين أسباب: منها التجارة من البيع والشراء والإجارة والاستئجار والاستدانة. ومنها ما هو في معنى التجارة: كالغصب وجحود الأمانات من الودائع ونحوها؛ لأن الغصب وجحود الأمانة سبب لجحوب الملك في المغصوب والمجحود فكان في معنى التجارة وكذا الاستهلاك مأذوناً كان أو محجوراً بأن عقر دابة أو خرق ثوباً خرقاً فاحشاً؛ لأنه سبب لثبوت الملك في العين قبل الهلاك فكان في معنى التجارة^(٢).

المطلب الثاني

العمل التجاري في النظام أو القانون

وفيه فرعان:

الفرع الأول: معايير تحديد العمل التجاري:

اختلف فقهاء القانون في تحديد العمل التجاري على نظريات شتى أبرزها مايلي:
النظرية الأولى: نظرية المضاربة^(٣): تقوم هذه النظرية على فكرة المضاربة في تحديد العمل التجاري، فالعمل يعتبر تجارياً كلما كان هدف القائم به الحصول على ربح نقدي؛

(١) البحر المحیط ١/ ٦٠، وينظر أضواء البيان ٨/ ٣٣٩.

(٢) ٧/ ٢٠١، وينظر: فتح القدير لابن الهمام ٦/ ١٦٢، البحر الرائق شرح الكنتز ٥/ ١٨٤.

(٣) ليس المقصود به المضاربة في الفقه الإسلامي، بل المقصود بها: كل عمل يهدف إلى الحصول على الربح النقدي. ينظر: الوجيز في القانون التجاري د مصطفى كمال طه ص ٤٥، الوجيز في النظام التجاري السعودي د سعيد يحيى ص ٣٦ القانون التجاري السعودي لحمزة المدني ص ٤٥.

لأن التجارة ليست إلا مجموع العمليات التي تسعى إلى تحقيق أرباح بالمضاربة على تحويل المواد الأولية إلى منتجات مصنوعة وعلى نقلها أو تبادلها، ويقصد بالمضاربة عندئذ الشراء بسعر معين وإعادة البيع بسعر أعلى والإفادة تبعاً لذلك من فرق السعرين^(١).

النظرية الثانية: نظرية التداول: وتنص هذه النظرية على أن العمل لا يعد تجارياً إلا إذا تعلق بالوساطة في تداول السلع والنقود والصكوك بين يد المنتج والمستهلك، فالتجارة تتمثل في انتقال وتوزيع الثروات، فكل عمل يساعد على تحقيق هذه العمليات يعد تجارياً.

النظرية الثالثة: نظرية الحرفة التجارية: وتنص هذه النظرية على أن العمل يعد تجارياً، إذا وقع بمناسبة مزاوله حرفة تجارية، ومن ناحية أخرى فإن العمل يعد مدنياً إذا لم يكن متعلقاً بمزاوله الحرفة التجارية ولو وقع من تاجر؛ إذ إن التاجر قد يقوم بتصرفات لا علاقة لها بحرفته التجارية، كشراء منزل لسكنائه، أو زواجه ونحو ذلك. ويؤخذ على هذه النظرية أنها لم تضع معياراً محدداً للحرفة التجارية؛ إذ إن العمل التجاري لو وقع من شخص لا يحترفه كالشخص الذي يشتري لأجل البيع لمرة واحدة، أو كل عمل متعلق بالكمبيالات، وعمليات الصرف والسمسرة لا تعد تجارية بناء على هذه النظرية.

النظرية الرابعة: نظرية المشروع أو المقاول: وتنص على أن اتخاذ المشروع أو المقاول يعد معياراً للتمييز بين العمل التجاري والمدني. ويقصد بالمشروع أو المقاول تكرار القيام بالعمل وممارسته بصورة منتظمة، وتصاحبه غالباً بعض المظاهر المادية الخارجية التي تنبئ عنه، كاتخاذ محل تجاري مقر للمشروع، أو إعداد آلات وأدوات تستخدم في المشروع ونحو ذلك^(٢).

(١) ينظر: الوجيز في النظام التجاري السعودي د سعيد يحيى ص ٣٦، القانون التجاري السعودي

لحمزة المدني ص ٤٦، وهذا المعنى قريب من التفسير الشرعي للتجارة.

(٢) الوجيز في النظام التجاري السعودي د سعيد يحيى ص ٣٧-٣٨، القانون التجاري السعودي

لحمزة المدني ص ٤٦-٤٨، وهذا المعنى قريب من التفسير الشرعي للتجارة.

الفرع الثاني: العمل التجاري في النظام التجاري السعودي؛

نص نظام المحكمة التجارية^(١) على الأعمال التجارية، في المادتين الثانية والثالثة كالتالي:

مادة (٢): يعتبر من الأعمال التجارية كل ما هو آت:

(أ) كل شراء بضاعة أو غلال من مأكولات وغيرها لأجل بيعها بحالها أو بعد صناعة وعمل فيها.

(ب) كل مقالة أو تعهد بتوريد أشياء أو عمل يتعلق بالتجارة بالعمولة أو النقل براً أو بحراً أو يتعلق بالمحلات والمكاتب التجارية ومحلات البيع بالمزايدة يعني الحراج.

(ج) كل ما يتعلق بسندات الحوالة بأنواعها أو بالصرافة والدلالة (السمسة).

(د) جميع العقود والتعهدات الحاصلة بين التجار والمتسبين والسماسة والصيارف والوكلاء بأنواعهم وجميع المقاولات المتعلقة بإنشاء مبان ونحوها متى كان المقاول متعهداً بتوريد المؤن والأدوات اللازمة لها.

(هـ) كل عمل يتعلق بإنشاء سفن تجارية أو شراعية وإصلاحها أو بيعها أو شرائها في الداخل والخارج وكل ما يتعلق باستئجارها أو تأجيرها أو بيع أو ابتياع آلاتها وأدواتها ولوازمها وأجرة عمالها ورواتب ملاحيتها وخدمتها وكل إقراض أو استقراض يجري على السفينة أو شحنها وكل عقود الضمانات المتعلقة بها وجميع المقاولات المتعلقة بسائر أمور التجارة البحرية.

مادة (٣): إذا باع مالك الأرض أو المزارع فيها غلتها بمعرفته أو باع مالك العقار عقاره أو اشترى أحد عقاراً أو أي شئ لا لبيعها ولا إيجارها بل للاستعمال فلا يعد شيئاً من ذلك عملاً تجارياً كما وأن دعاوى العقارات وإيجاراتها لا تعد من الأعمال التجارية.

(١) الصادر بالأمر الملكي رقم ٣٢ في ١٥ / ١ / ١٣٥٠ هـ.

المبحث الثاني

أهمية المجال التجاري

تتمثل أهمية المجال التجاري فيما يلي:

١ - أنه أداة من أدوات تنمية المال وتكثيره، إذ إن تحقيق الربح يعد من الابتغاء من فضل الله المقصود بقوله تعالى: ﴿فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ وَاذْكُرُوا اللَّهَ كَثِيرًا لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾^(١)، روي عن بعض السلف أنه قال: (من باع واشترى في يوم الجمعة بعد الصلاة، بارك الله له سبعين مرة؛ لهذه الآية)^(٢). وقال سبحانه: ﴿وَأَخْرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ﴾^(٣) قال جماعة من المفسرين: «أي في تجارة»^(٤).

٢ - اتفقت جميع الملل على حفظ المقاصد الضرورية الخمس وهي النفس والدين والعقل والعرض (أو النسب) والمال^(٥)، وما يهمنها منها - مما له تعلق بموضوعنا - هو حفظ المال، والتجارة من طرق حفظ المال؛ قياساً على قول عمر رضي الله عنه مخاطباً أولياء الأيتام: اتجروا في أموال اليتامى لا تأكلها الصدقة^(٦). فالنفقات تنقص المال، وربما تأتي عليه كله، والتجارة تنمي المال وتزيده، وتنميته معين على بقاءه.

(١) سورة الجمعة، الآية [١٠].

(٢) ينظر: تفسير ابن كثير ٨/ ١٢٣.

(٣) سورة المزمل، الآية [٢٠].

(٤) ينظر: تفسير الطبري ٢٣/ ٦٩٩.

(٥) ينظر: الإبهاج شرح المنهاج ٣/ ٥٥، الموافقات ١/ ٣٨.

(٦) رواه مالك في الموطأ في كتاب الزكاة، باب زكاة أموال اليتامى برقم ٥٨٨، والبيهقي في الكبرى في

كتاب البيوع باب تجارة الوصي في مال اليتيم ٧٣٦٤ وصحح إسناده.

٣- التجارة بجميع فروعها، تعد معيارا لاقتصاد الدولة، وبالتالي فإن ارتفاع الاعتماد على التجارة يتناسب طردا مع التحسن الكلي للاقتصاد، وذلك يتناسب طردا - أيضا - مع رغد عيش أهله، والعكس صحيح.

* * * * *

الفصل الأول

توريق الديون وأحكامه

وفيه تمهيد وأربعة مباحث:

التمهيد: في تعريف توريق الديون ودوافعه وعلاقته بالصكوك الإسلامية .

المبحث الأول: أنواع توريق الديون وأساليبه ومخاطره.

المبحث الثاني: تكييف توريق الديون شرعا وحكمه.

المبحث الثالث: حكم تداول صكوك التوريق.

المبحث الرابع: استرداد صكوك التمويل والاستثمار بعد التوريق وانتهاءها.



التمهيد في تعريف توريق الديون ودوافعه وعلاقته بالصكوك الإسلامية

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول تعريف توريق الديون

بما أن التوريق مصطلح جديد نسبيا في الصناعة المالية فقد اجتهد الباحثون في بيان ماهيته، فعرفوه بعدة تعريفات، منها:

١- أن التوريق أداة مالية مستحدثه تفيد قيام مؤسسة مالية بحشد مجموعة من الديون المتجانسة والمضمونة كأصول ووضعها في صورة دين واحد معزز ائتمانياً ثم عرضه على الجمهور من خلال منشأة متخصصة للاكتتاب في شكل أوراق مالية قابلة للتداول تقليلاً للمخاطر وضماناً للتدفق المالى المستمر للسيولة النقدية للبنك^(١).

٢- أن التوريق: إصطلاح يستعمل عندما يتم تحويل أصول مالية غير سائلة مثل القروض والأصول الأخرى غير السائلة إلى أوراق مالية (أسهم أو سندات) قابلة للتداول في أسواق رأس المال، وهى أوراق تستند إلى ضمانات عينية أو مالية ذات تدفقات نقدية متوقعة^(٢).

٣- أنه: بيع البنك بعض الأصول المضمونة بسعر منخفض والتى تكون في معظم الأحيان سندات مديونية مضمونة بحقوق رهن، إلى منشأة متخصصة التى تصدر أوراقاً مالية تكون غالبا بعلاوة إصدار وبقيمة تعادل قيمة الديون محل التوريق وتطرحها للاكتتاب العام على المستثمرين^(٣).

(١) (التوريق) لمحمد غانم ص ٢٩، ط/ المكتب الجامعي.

(٢) أدوات وتقنيات مصرفية د. مدحت صادق ص ٢٣٧، نشر دار غريب بالقاهرة ٢٠٠١ م.

(٣) بحث: "التوريق المصرفي للديون الممارسة والإطار القانوني" د. حسين فتحى عثمان ص ٦.

من خلال هذه التعاريف يمكن أن نتوصل إلى مفهوم عام للتوريق - كأداة مالية حديثة - يركز على محورين:

الأول: وجود ديون ذات عوائد، غالباً ما تكون مضمونة برهن وأصول مالية قائمة، يشجع المستثمرين على الإقبال عليها. وهذه الديون - في الواقع - هي قروض آجلة الدفع، عليها فوائد شهرية أو سنوية، يسدها المقترض للجهة المقرضة.

الثاني: سبك هذه الديون في أوراق مالية قابلة للتداول.

تشكل المنشأة ذات الغرض الخاص spv حلقة الوصل بين مالك الدين وهي البنوك غالباً، وبين مشتري الأوراق المالية التي تمثل هذه الديون.

المطلب الثاني

دوافع توريق الديون

ما يدفع المؤسسة المالية لتوريق ديونها هو الرغبة في زيادة قدرتها على منح التمويل، وزيادة سرعة دوران رأس المال، ومن ثم زيادة الربحية، في ظل قواعد محاسبية تحد من هذه القدرة، كمراعاة مبدأ كفاية رأس المال (نسبة الديون إلى رأس مال المؤسسة)، والاحتفاظ بمخصصات لمقابلة الديون المشكوك فيها.

بالتوريق تتمكن المؤسسة من تدوير جزء من الأصول السائلة (Cash Recycle) الناجمة عن توريق أصولها غير السائلة الضامنة لديونها لدى الغير، دون أن يحتم ذلك زيادة في مخصصات المخاطر في ميزانية المؤسسة.

وبالإضافة إلى ما سبق ثمة دوافع وأهداف أخرى للتوريق منها:

١ - رفع كفاءة الدورة المالية والإنتاجية ومعدل دورانها، عن طريق تحويل الأصول غير السائلة إلى أصول سائلة لإعادة توظيفها مرة أخرى. مما يساعد على توسيع حجم الأعمال للمنشآت دون الحاجة إلى زيادة حقوق الملكية.

٢- تسهيل تدفق التمويل لعمليات الائتمان بضمان الرهون العقارية، وبشروط وأسعار أفضل وفترات سداد أطول.

٣- تقليل مخاطر الائتمان للأصول، من خلال توزيع المخاطر المالية على قاعدة عريضة من القطاعات المختلفة.

٤- انحسار احتمالات تعرض المستثمرين للأخطار المالية، وإنعاش سوق الديون الراكدة.

٥- تخفيف وطأة المديونية، مما يساعد في تحقيق معدلات أعلى لكفاية رأس المال.

٦- تنشيط السوق الأولية في بعض القطاعات الاقتصادية مثل العقارات والسيارات.

٧- تنشيط سوق المال من خلال تعبئة مصادر تمويل جديدة، وتنويع المعروض فيها من منتجات مالية، وتنشيط سوق تداول السندات.

٨- التوريق أداة تساعد على الشفافية، وتحسين بنية المعلومات في السوق، لأنه يتطلب العديد من الإجراءات، ودخول العديد من المؤسسات في عملية الإقراض، مما يوفر المزيد من المعلومات في السوق.

٩- توفير العملات الأجنبية في حال التوريق العابر للحدود، فيما لو أمكن التعامل مع إحدى المؤسسات المهمة بتحويلات العاملين في الخارج، أو بطاقات الائتمان وغيرها^(١).

١٠- تؤدي عملية التوريق إلى توسعة العمليات خارج الميزانية للمؤسسات والشركات المالية؛ مما يعمل على تحقيق ربحية أعلى من تلك التي تحققها الأنشطة العادية،

(١) ينظر: (التوريق) لمحمد غانم ص ١٢-١٣، بحث بعنوان: الصكوك الإسلامية (التوريق) وتطبيقاتها المعاصرة للدكتور عبد الباري مشعل، مقدم للدورة التاسعة عشرة بمجمع الفقه الإسلامي ص ٣-٤.

فضلاً عن أنها لا تحتاج عملياً إلى زيادة في مصادر التمويل^(١).

١١ - "التوريق" يتيح للمصارف إمكانية منح القروض ثمّ تحريكها واستبعادها من ميزانياتها العمومية، خلال فترة قصيرة، وبالتالي فإنه يغنيها عن تكوين مخصصات للديون المشكوك في تحصيلها.

١٢ - تفكيك دور الوساطة التقليدية^(٢) وتقليص دورها بالنسبة للمقترضين كمصدر للتمويل، وذلك بعد انتقالها من أيدي مؤسسات مالية كبيرة إلى تلك التي تستثمر الأموال مباشرة لمصلحة الجمهور وحسابه، مثل صناديق الاستثمار المشترك Mutual Funds إلى جانب توجه المقترضين بإصداراتهم مباشرة إلى السوق دون اللجوء إلى الوساطة المالية التقليدية من خلال المصارف التجارية ومصارف الأعمال وغيرها. ولذلك يلاحظ أن عملية التوريق هنا تعمل على تحقيق منافع اقتصادية من خلال مزج السوق النقدي (سوق الإقراض Financial Market) بسوق رأس المال (Capital Market).

١٣ - مقابلة توجه دول كثيرة بخصخصة Privatization معظم قطاعاتها العامة، بهدف توفير مصادر تمويل جديدة لمشروعاتها التنموية، وذلك من خلال سماح حكوماتها

(١) ينظر: بحث بعنوان: التوريق وأسواق المال مع الإشارة إلى التجربة اللبنانية "د أحمد سفر، ضمن بحوث في التوريق وإدارة الموجودات والمطلوبات والرهونات العقارية (سلسلة التوريق، ٢)، ص ١٠١ ط/ بيروت: اتحاد المصارف العربية ٢٠٠٢، ٢٠٠٤.

(٢) يقصد بالوساطة المالية التقليدية: التوسط بين طرفين هما: ذوو فائض مالي وذوو عجز، فالوسيط المالي يتولى توجيه الفائض من الثروة لدى الفئة الأولى إلى الأكثر حاجة لها من أفراد الفئة الثانية، ثمّ هو يربح من خلال هذا التوجيه فمقصود الوسيط المالي هو إدارة أموال ذوي الفائض وليس تملكها. ينظر: بحث بعنوان "الوساطة المالية في الاقتصاد الإسلامي" د سامي إبراهيم السويلم ص ١٨، صادر عن مركز دراسات شركة الراجحي المصرفية - الرياض.

لمؤسساتها التي تعاني عجزاً مالياً مزمناً، بتحويل تلك القروض إلى سندات دين يكتب فيها الأفراد والمؤسسات، الأمر الذي يؤدي بفعل تسارع عمليات الخصخصة إلى توسيع أسلوب التوريق كمصدر هام لتمويل المؤسسات والشركات^(١).

المطلب الثالث

علاقة توريق الديون بالصكوك الإسلامية:

تبين مما سبق أن التوريق يكون - غالباً - بتحويل الديون إلى سندات قابلة للتداول، والصكوك الإسلامية تعد البديل الشرعي لتلك السندات، وبناء على ماسبق فإن هناك أوجه تشابه واختلاف بين توريق الديون والصكوك الإسلامية فمن أوجه التشابه:

- ١- أن كلا من توريق الديون أو الصكوك يمثل ورقة مالية قابلة للتداول، فور إصدارها أو بتحقيق شروط معينة.
- ٢- قد تشترك الصكوك مع التوريق، - في بعض الصور - في كون كل منهما يمثل ديناً، إذ ينطبق ذلك على صكوك السلم.

- ٣- أن التوريق يتم عبر عمليات ومراحل مشابهة - إلى حد ما - للتصكيك؛ لذلك عمد كثير من الباحثين إلى اعتبار التصكيك رديفاً للتوريق، سيما إذا كان الصك يمثل ديناً^(٢).

(١) ينظر: بحث بعنوان: الصكوك الإسلامية (التوريق) وتطبيقاتها المعاصرة، د فؤاد محسن ص ٧ مقدم للدورة التاسعة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي المنعقدة بالشارقة.

(٢) ينظر: البحوث التي حملت العنوان التالي: "الصكوك الإسلامية (التوريق) وتطبيقاتها المعاصرة" مقدمة للدورة التاسعة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي المنعقدة بالشارقة للباحثين: (١) د فؤاد محسن (٢) د علي القري (٣) د علي محي الدين القرة داغي.

٤- أن كليهما يصدر بقيمة اسمية ذات عائد متوقع، قد يكون مرتبطاً بتلك القيمة الاسمية، كما أن هيكل الإصدار قد يتضمن ترتيبات تقلل مخاطر التقلبات في ثمن الورقة، وتؤدي إلى استقرار المبلغ الذي يمكن لحاملها أن يسترده في نهاية مدته^(١).

وأبرز أوجه الاختلاف بينهما ما يلي:

(١) أن قيمة الصكوك الاسمية، ليست مضمونة على المصدر ومن ثم لا تكون ديناً في ذمته.

(٢) ما يدفع على الصكوك ليس فائدة مرتبة على القيمة الاسمية، وإنما هي ربح مصدره النشاط الذي استخدمت فيه أموال حملة الصكوك، أو الإيراد المتولد من الأصول التي يملكونها بموجب الصكوك^(٢)، بخلاف توريق الديون الربوي، إذ الفائدة مرتبة على القيمة الاسمية.

(٣) أن التوريق يركز أساساً على الربا المحرم، في توفير العائد على الورقة المالية، بخلاف الصكوك، التي ينبغي أن تكون متوافقة مع الشريعة الإسلامية، ولا تتعامل بالربا.

(٤) التوريق يعتمد في آليته على تدوير النقد بالنقد الآجل، وهو المفهوم الربوي للتعامل المالي، بخلاف الصكوك الإسلامية التي تقوم على تدوير النقد في نشاط تجاري سلمي.

(١) ينظر: بحث بعنوان: الصكوك الإسلامية (التوريق) وتطبيقاتها المعاصرة د علي القري ص ٤ مقدم

للدورة التاسعة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي المنعقدة بالشارقة.

(٢) المرجع السابق ص ٣-٤.

المبحث الأول

أنواع توريق الديون وأساليبه ومخاطره

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: أنواع التوريق:

أولاً: أنواع التوريق بحسب طريقة التمويل:

لعمليات التوريق (من خلال الشركات المالية ذات الأغراض الخاصة) بحسب طريقة

التمويل، أنواع ترجع في مجملها إلى نوعين هما:

١ - القروض التجارية (بفائدة ربوية): وهي تمثل أبسط الطرق التي تحصل من خلالها على التمويل اللازم لشراء الأصول (الديون)، التي يتم توريقها مع مراعاة تزامن جدول السداد الخاص بالديون محل التوريق مع التزامات الدفع للمقرضين، ويمكن أن يتم ذلك من خلال ترتيبات قرض مشترك، يحدد له غالباً سعر عائد ثابت، وطبقاً لهذه الترتيبات، فإن سداد أصل القرض وفوائده تتوافق مع تلقي سداد الديون التي تم توريقها؛ بحيث تستخدم حصيلة سداد الديون، محل التوريق في سداد التزامات القرض التجاري.

٢ - إصدار سندات دين: وهنا تقوم الشركة أو المنشأة ذات الغرض الخاص، بإصدار سندات بقيمة تعادل قيمة الديون موضوع التوريق، وتستند إلى قوة تلك الديون ومايتوفر لها من ضمانات؛ بحيث تستخدم حصيلة الاكتتاب في هذه السندات في شراء تلك الديون ويراعى أن تتوافق تواريخ استحقاق أقساط الديون وفوائدها؛ بحيث تكفي متحصلات أقساط الديون وفوائدها، لمواجهة سداد قيمة السندات وعوائدها، عند حلول آجال استحقاقها^(١).

ثانياً: أنواع التوريق بحسب نوع الضمان:

ينقسم التوريق بحسب نوع الضمان إلى قسمين:

(١) التوريق بضمان أصول ثابتة، كالرهن العقاري.

(١) التوريق لمحمد أحمد غانم ص ١٩-٢٠.

(٢) التوريق بضمان متحصلات آجلة: أي سندات أو أوراق مالية ذات مستحقات من أرباح أو فوائد آجلة الدفع^(١).

كما يتنوع التوريق بحسب ماهيته إلى نوعين:

(١) التوريق البسيط: هو ما جاء في تعريف التوريق، وهو توريق الديون المضمونة.

(٢) التوريق المزدوج: والمقصود به، توريق ورقة مالية سبق توريقها من أصل مالي آخر^(٢).

المطلب الثاني أساليب التوريق

للتوريق ثلاثة أساليب، تختلف باختلاف طريقة انتقال الأصول محل التوريق، على النحو التالي:

أولاً: نقل الأصول بحوالة الحق:

والمقصود بحوالة الحق، هو المعروف في كتب الفقه بأنه: نقل الحق من ذمة إلى ذمة^(٣)، كما هو معلوم، فإن حوالة الحق هي إتفاق يتم بمقتضاه نقل الدائن (المحيل) إلى طرف آخر (المحال إليه) حق شخص له قبل مدينه (المحال عليه) فيحل محله في هذا الحق ويكون بذلك دائناً جديدا لهذا المدين.

والغرض من حوالة الحق يمكن أن يقصد به مجرد التصرف في هذا الحق كقيمة مالية في ذمة المحيل ولكن استحقاقها الأجل يحول دون تلبية حاجته للأموال، كما قد تستهدف الحوالة الوفاء فينقضي بها التزام المحيل الملتزم في مواجهة المحال إليه، وأخيراً قد يكون

(١) المرجع السابق ص ٣٢.

(٢) ينظر: التوريق د منير إبراهيم هندي ص ٤٦٩.

(٣) ينظر: فتح القدير مع شرح العناية على الهداية ٥/٤٤٣، حاشية ابن عابدين ٤/٢٨٩، شرح الخرشي ٤/٢٣٢، نهاية المحتاج ٤/٤٠٨، مغني المحتاج ٢/١٩٣، المغني لابن قدامة ٥/٥٨.

المقصود من الحوالة مجرد تقديم ضمان من المحيل لدائنيه فإذا لم ينفذ المحيل إلتزامه في مواجهة المحال إليه يمكن للاخير مطالبة المحال عليه بتنفيذ هذا الإلتزام^(١). وبناء عليه فقد يكون لبنك ما ديونا ذات فوائد على جهات معينة أو أشخاص طبيعيين أو معنويين، فيقوم عن طريق شركة ذات غرض خاص - بعد استيفاء الشروط القانونية - بنقل الدين وفوائده من ملكية البنك إلى مشتري الأوراق المالية، وأحيانا يكون بالحسم من قيمة الدين الكلية، وذلك تشجيعا على الاستثمار في هذه الأوراق المالية الناتجة عن التوريق^(٢).

ثانيا: نقل الأصول (الديون) عن طريق التجديد؛

وهي تحويل الديون الأصلية كلها، أو بعضها (محل التوريق) بكل حقوقها إلى ديون أخرى جديدة من خلال إصدار سندات الدين بنفس الآجال والفوائد من خلال استعانتها بجهة متخصصة للإصدار تقوم بهذه العملية مقابل رسوم تأخذها من الدائن، أو المدين أو من كليهما حسب الاتفاق - كما سبق -.

وهذه الطريقة تحتاج إلى موافقة جميع الأطراف ذات الصلة بالقرض. وقد نظمت القوانين الوضعية عملية التجديد، وشروطه والآثار التي تترتب عليه، المتمثلة في تعاقب التزامين صحيحين (قديم حل محله جديد) واختلاف ما بين الإلتزامين، ونية التجديد^(٣).

(١) ينظر: النظرية العامة للإلتزام د. حسام الدين كامل الأهواني ٢/ ٣١٢، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ٣/ ٣٠٣.

(٢) ينظر: بحث بعنوان: التوريق المصرفي للدكتور حسين فتحي عثمان ص ٧-١٠، الصكوك الإسلامية (التوريق) وتطبيقاتها المعاصرة للدكتور علي القرة داغي بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي بدورته التاسعة عشرة ص ٨-٩.

(٣) فقد نصت المادة ٣٥٣ من القانون المدني المصري، والمادة ٣٥١ من القانون المدني السوري، والمادة ٣٤٠ من القانون المدني الليبي والمادة ٣٢٢ من القانون اللبناني على شروط التجديد ينظر: الوسيط د. السنهوري: ط. دار إحياء التراث العربي ١٩٥٨ (٣/ ٨١٥) وقد ذكر مجموعة من أحكام القضاء حول هذه الشروط

ونصت القوانين الوضعية^(١) - في الجملة - على أن الالتزام يتجدد بأحد ثلاثة أشياء:

(١) بتغيير الدين.

(٢) بتغيير المدين.

(٣) بتغيير الدائن إذا اتفق الدائن والمدين، وأجنبي على أن يكون هذا الأجنبي هو الدائن الجديد.

والذي يتعلق بموضوع التوريق هو ما ذكر في البند رقم (٣) حول تغيير الدائن، فعلى ضوء ذلك فإن الدائن الجديد يكون الشخص الثالث إضافة إلى الدائن والمدين السابقين، وبالتالي فيجب إذن اتفاق الأطراف الثلاثة، لأنه ينشأ منه التزام جديد، حيث يتفق المدين مع الدائن القديم على انقضاء الالتزام السابق، ويتفق مع الدائن الجديد على إنشاء الالتزام الجديد، الذي يحل محل الالتزام السابق من حيث إن الدائن قد تغير^(٢).

والتجديد يختلف عن حوالة الحق، من حيث إن التجديد لا يتم إلا بالاتفاق بين المدين والدائن القديم والدائن الجديد، وأما حوالة الحق فإنها تتم باتفاق بين الدائن القديم والدائن الجديد دون حاجة إلى رضا المدين، بل يكفي إعلانه بالحوالة، لا لانعقادها بل لتنفيذ في حقه، لأن الحق الذي انتقل إلى الدائن الجديد في حوالة الحق هو نفس الحق الذي في ذمة المدين، فليس هناك حق جديد يلتزمه المدين حتى يحتاج إلى رضاه به، وأن كل ما حدث هو أن دائنه قد تغير، وهذا ليس من الخطر حتى يستلزم رضاه، وأما التجديد بتغيير الدائن فهو يقتضي انقضاء دين قديم، وأن يحل محله دين جديد شغل

(١) ينظر: المادة ٣٥٢ من القانون المدني المصري المادة ٣٥٠ من القانون المدني السوري، والمادة ٣٣٩

من القانون المدني الليبي، والمادتان ٤٠١، ٤٠٢ من القانون المدني العراقي، والمادة ٣٢٣ من قانون

الموجبات والعقود اللبناني.

(٢) ينظر: الوسيط للسنهوري ٣ / ٨٢٦.

ذمة المدين، فلا بدّ لانعقاد هذا الدين الجديد من موافقة الأطراف الثلاثة، كما أنه إذا كانت الحوالة وسيلة لانتقال الحق من البنك البادئ للتوريق للمصدر (SPV) فإن التجديد Novation يمثل احد أهم الأسباب لإنقضاء ذلك الحق في جانب البنك، ونشوء حق جديد للمصدر يحل محله ذلك الحق القديم^(١).

ثالثاً: المشاركة الفرعية (Sub-Participation):

وهذا الأسلوب يستخدم - بكثرة في أمريكا وبريطانيا - لترتيب تمويلي يتم بين البنك البادئ للتوريق، وبنك آخر (S.P.V) يطلق عليه البنك المشارك، أو البنك القائد، يتم بمقتضاه قيامه بالتوريق من خلال تقديم مبلغ من المال للبنك الأول مقابل سندات مديونية على أن يسترده مع فوائده في زمن الاستحقاق أي تصفية السندات بالقيمة الاسمية والفوائد المتفق عليها. وهذا الأسلوب لا يسمح للبنك المشارك (S.P.V) أن يرجع على البنك الأول، حيث يكون المسؤول عن المبلغ المتفق عليه هو المدين (أو المدينون) وليس البنك. كما أن هذا الأسلوب - أيضاً - ينطلق من فرضية عدم علاقة تعاقدية بين البنك المشارك والمدين على عكس الحال في حوالة الحق أو التجديد، مع أن المدين هو المسؤول عن سداد الدين للبنك المشارك (S.P.V)^(٢).



(١) ينظر: بحث بعنوان: التوريق المصرفي للدكتور حسين فتحي عثمان ص ١٤، الصكوك الإسلامية (التوريق) وتطبيقاتها المعاصرة للدكتور علي القرّة داغي بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي بدورته التاسعة عشرة ص ١٦.

(٢) ينظر: بحث بعنوان: التوريق المصرفي للدكتور حسين فتحي عثمان ص ١٧، الصكوك الإسلامية (التوريق) وتطبيقاتها المعاصرة للدكتور علي القرّة داغي بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي بدورته التاسعة عشرة ص ١٩.

المطلب الثالث مخاطر التوريد

وفيه فرعان:

الفرع الأول: معنى المخاطر لغةً واصطلاحاً:

المخاطر لغة: انتشر- هذا اللفظ في كتب الاقتصاديين وبحوثهم، وهي مأخوذة من الخطر، و الخطر: الإشراف على الهلاك. وخاطر بنفسه وماله يُخاطرُ أشقى بها على خطرٍ هُلكٍ، والمخاطرُ المراقى. والخطرُ الإبل الكثيرة والجمع أخطار^(١).

المخاطر في اصطلاح الاقتصاديين تعرف بأنها: القلب المتوقع في العائد المستقبلي للمنتج الاقتصادي بشكل عام^(٢).

الفرع الثاني: مخاطر التوريد:

تمثل سندات المديونية الموجودة بحوزة البنك البادئ للتوريد، أصوله التي يعول المصدر وجمهور المستثمرين المكتتبين في أوراقه المالية عليها، معنى ذلك أن هذه الأصول تمثل مصدر إعادة الوفاء أو " مورد الوفاء " Payment Stream الذي يعد العمود الفقري لصفقه التوريد بكاملها، وبالتالي فإن أي خطر مهدد لهذه الأصول قبل انتقالها من الذمة المالية للبنك البادئ للتوريد يمثل دون شك تهديدا للمصدر وللمستثمرين، وتقويضاً للثقة والإلتزام الملازمين لصفقات التوريد.

وبناء عليه فأبرز المخاطر التي قد يتعرض لها التوريد مايلى:

(١) التأخر والعجز عن الوفاء:

تكمّن المخاطر الائتمانية في خطرين أساسيين هما " خطر التأخر في الوفاء " Slow Pay Risk، و "خطر العجز عن الوفاء " No Pay Risk، بالنسبة لخطر الوفاء المتأخر فإنه من المعلوم

(١) ينظر: لسان العرب ٤/ ٢٤٩، الصحاح ١/ ١٧٧.

(٢) ينظر: التوريد للدكتور منير هندي ص ٥.

أنه إذا علم المستثمر حامل الأوراق المالية أن فوائد دينه التي تصرف له كل شهر أو كل عدة شهور ستتأخر لأن المدين ينوي تأخير الوفاء؛ فإنه سيصاب بخيبة أمل لن تؤثر فقط في تنبؤة بقدرة الأصول على الوفاء وإنما ينعكس ذلك على الثقة في صفقات التوريق برمتها.

ولمعالجة هذا الخطر يرى بعض الباحثين ضرورة أن يزداد عدد المدينين في السندات، بشكل يكفي لضمان أنه حتى لو كان من المتوقع أن يتأخر عدد منهم في الوفاء فإن ذلك التأخير لن يكون عائقاً مانعاً للوفاء بفوائد الأوراق المالية المصدرة.

أما بالنسبة لخطر العجز عن الوفاء فإن هذا الخطر يعتمد وقوعه على الجدارة الائتمانية للمدينين حيث قد يعجز المدين عن الوفاء بسبب التعثر المالي أو الإفلاس أو قد يكون لديه دفع قانوني لعدم الوفاء في مواجهة المصدر، ولا مفر هنا أيضاً من ضرورة اللجوء لزيادة عدد المدينين بالسندات لتحجيم خطر العجز عن الوفاء^(١).

٢) مخاطر ضعف السيولة:

يقصد بمخاطر ضعف السيولة: عدم إمكانية التصرف في الورقة المالية بسرعة وسهولة، دون أن يتعرض سعرها لانخفاض ملموس، مقارنة بالسعر الذي أبرمت على أساسه آخر صفقة على تلك الورقة، فتلك المخاطر ترتبط بمدى سهولة التصرف في الورقة المالية والتكلفة المصاحبة لذلك.

٣) مخاطر ارتفاع سعر الفائدة:

عندما ترتفع أسعار الفائدة في السوق، تنخفض قيمة الورقة المالية التي تمثل المديونية، والصادرة عندما كانت أسعار الفائدة منخفضة، ويرجع ذلك إلى أن معدل الفائدة المتولد عنها، لم يعد كافياً من وجهة نظر المستثمرين، ما لم يحصلوا على تنازلات سعرية، والعكس متوقع الحدوث، إذا ما انخفضت أسعار الفائدة، إذ يصبح لزاماً عليهم دفع مبلغ أكبر

(١) ينظر: التوريق للدكتور منير هندي ص ٥٠، التوريق المصرفي للدكتور حسين فتحي عثمان ص ٢١.

كتعويض لبائع السند أو ورقة المديونية. وأسباب التغير في أسعار الفائدة ترجع إلى ثلاثة أمور: هي التضخم^(١)، والسياسة النقدية، والعجز في الموازنة العامة للدولة، وكذا العجز في ميزان المدفوعات.

فعندما ترتفع معدلات التضخم يرتفع معدل العائد المطلوب وتنخفض القيمة السوقية للسندات، أما عندما تنخفض معدلات الفائدة فيحدث العكس^(٢).

٤) مخاطر الضمانات:

حيث إن سندات التوريق تعتمد في الغالب على ضمانات ديونها المتمثلة في الرهون العقارية، حيث إنها معرضة لتقلبات خطيرة في أسعارها، ناهيك عن التقديرات المبالغ فيها لقيمتها بسبب المضاربات فيها، وما الأزمة المالية الناتجة عن الرهون العقارية وسنداتها عنا ببعيد.

٥) مخاطر إفلاس المؤسسات المالية الضامنة، أو المؤسسات العاملة في التوريق:

توريق الديون عبارة عن سلسلة متعددة الحلقات، فمن الأخطار التي تحدث به، إفلاس المؤسسات الضامنة التي تعد الداعم الأول، والمعزز للثقة في الإصدار، فعند تعرضها للإفلاس تنزع الثقة في الإصدار، مما يؤدي إلى انخفاض قيمته بشكل مفاجئ؛ مما قد يؤدي معه أيضا إلى إفلاس المؤسسات العاملة في الإصدار ككل^(٣).

(١) التضخم: هو زيادة في حجم العملة المتداولة، لاتصاحبه زيادة مماثلة في الإنتاج، وهذا الازدياد في حجم العملة يؤدي إلى ضعف قوتها الشرائية؛ مما ينتج عنه بالتالي ارتفاع كبير في الأسعار. وغالبا ما يترافق التضخم مع زيادة التداول النقدي، والعجز في الموازنة، وعدم تطابق العرض مع الطلب. ينظر: القاموس القانوني الثلاثي ص ٥٢٤.

(٢) ينظر: التوريق للدكتور منير هندي ص ٥٢-٥٣.

(٣) ينظر: الصكوك الإسلامية (التوريق) وتطبيقاتها المعاصرة للدكتور علي القره داغي بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي بدورته التاسعة عشرة ص ٧.

المبحث الثاني تكييف توريق الديون شرعا وحكمه

وفيه مطلبان.

المطلب الأول إجراءات توريق الديون

وفيه فرعان:

الفرع الأول: إجراءات التوريق التقليدي للديون:

الإجراءات الخاصة بالتوريق تبنى على هدف معين، وفي سبيل تحقيق هذا الهدف، يتم صياغة هذه الإجراءات وبناء عليه فيمكن تقسيم الإجراءات إلى قسمين:

القسم الأول: تحديد الهدف من التوريق:

الهدف المباشر من التوريق هو ربط الديون الأصلية بالأوراق المالية مباشرة من خلال الآتي:

- ١- تجميع الديون في شكل محفظة.
- ٢- وحوالة المحفظة؛ أي فصلها عن الذمة المالية للمؤسسة وفي أغلب الحالات يتم ذلك من خلال إنشاء شركة ذات غرض خاص لتملك هذه المحفظة.
- ٣- ثم إصدار أوراق مالية مقابل تلك المحفظة مضمونة بضماناتها (الضمانات المتعلقة بالأصول).

وقد أوجب قانون التمويل العقاري المصري^(١) ضرورة وجود ضمان من البنوك على

(١) نظم القانون ٩٥ لسنة ١٩٩٢م سوق رأس المال في مصر، وفي ضوء المتغيرات التي واكبت تطور سوق رأس المال، فقد تم استحداث نشاط توريق الحقوق المالية بموجب قرار وزير الاقتصاد والتجارة الخارجية رقم (٦٩٧) لسنة ٢٠٠١، حيث أضيف هذا النشاط إلى أنشطة الشركات العاملة في مجال الأوراق المالية المنصوص عليها في المادة (٢٧) من قانون سوق رأس المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م يرجع إلى جريدة الوقائع المصرية، العدد ٢١٥ الصادرة بتاريخ ٢٠/٩/٢٠٠١. من=

الأوراق المالية المصدرة في شكل السندات التي يتم إنشاؤها بديلاً عن الديون. لذلك يستوجب توريق الحقوق المالية لجميع حزمة من القروض أو الديون المتماثلة أو المتشابهة ذات التدفقات النقدية المستمرة في المستقبل، والمضمونة بأصول محددة، وإصدار أوراق مالية مضمونة بتلك الأصول، بمعنى قيام المؤسسات المعنية بطرح أوراق مالية مقابل مجموعة من الديون المدرة للدخل التي لديها، كالديون بضمان رهونات (العقارات - الآلات - .. الخ). وعند قيام المقترضين (أو المدنيين) بسداد هذه الديون مع فوائدها، فإن حاملي الأوراق المالية يستفيدون من هذه التدفقات النقدية.

وتلجأ بعض شركات الإقراض العقاري إلى بيع مجموعة من قروض الرهونات العقارية لشركة توريق، والتي تقوم بمسك هذه القروض وتمويلها عن طريق إصدار سندات مطابقة لاستحقاقات القروض حيث تمكنها حصيلة السندات من شراء هذه القروض من المنشئ، وهذه القروض تكون مضمونة بالرهونات العقارية.

وعلى ذلك، فإن التوريق أو التسنيذ يعني تكوين مجمعات متجانسة - تعرف بمصطلح (Pools) - من القروض العقارية، ثم إعادة تحويلها إلى المستثمرين عن طريق إصدار أوراق مالية عادة ما تكون في شكل سندات ذات عائد دوري ثابت (سواء تم إصدار هذه الأوراق من المؤسسات المالية الدائنة بأسلوب الشركة ذات الغرض الخاص

= جانب آخر، فقد أجاز القانون رقم ١٤٨ لسنة ٢٠٠١ بشأن التمويل العقاري في المادة (١١) منه ما يأتي: للممول أن يحيل حقوقه الناشئة عن اتفاق التمويل إلى إحدى الجهات التي تباشر نشاط التوريق، وتلتزم الجهة المحال لها بالوفاء بالحقوق الناشئة عن الأوراق المالية التي تصدرها في تواريخ استحقاقها، من حصيلة الحقوق المحال، ويضمن الممول الوفاء بالحقوق الناشئة عن الأوراق المالية، كما يجوز الاتفاق على ضمان لتلك الحقوق، ويستمر الممول في تحصيل الحقوق المحال له لصالح أصحاب الأوراق المالية بصفته نائباً. ينظر: الصكوك الإسلامية (التوريق) وتطبيقاتها المعاصرة للدكتور علي القرّة داغي بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي بدورته التاسعة عشرة ص ٣.

أو من خلال شركة متخصصة بإدارة عمليات توريق تقوم بشراء الدين ثم توريقه). ويحصل المستثمر حامل السند على الفوائد الدورية بالإضافة إلى أصل مبلغ السند، ولهذا يجب مراعاة أن تتوافق تواريخ استحقاق السندات وعوائدها مع تواريخ استحقاق أقساط الديون وفوائدها، وهكذا يتم خلق ما يسمى بالسوق الثانوي للرهن العقاري أو سوق السندات، التي يمكن أن يمثل جانب الطلب فيه صناديق التأمينات والمعاشات، وصناديق الاستثمار، والمؤسسات المالية والاستثمارية، وشركات التأمين والأفراد المستثمرين في شراء السندات والذين يبحثون عن عوائد ثابتة.

وهكذا تتمكن البنوك أو شركات الإقراض العقاري من الاستفادة من الأموال الناتجة عن بيع الأوراق المالية بالبورصة، حيث يتم إعادة توظيفها بمنح قروض جديدة أو توظيفات أخرى مشابهة.

القسم الثاني: آلية وإجراءات توريق الديون:

بناء على ما سبق بيانه في القسم الأول يمكن تحديد إجراءات التوريق فيما يلي:

أولاً: تباع المؤسسة المالية بعض أصولها المضمونة^(١) بسعر مخفض لمنشأة ذات غرض خاص يتم إنشاؤها بقصد شراء هذه الأصول التي ترغب المؤسسة في توريقها، والتي اصطلح على تسميتها (SPV)^(٢)، وذلك حتى تخرج هذه الأصول من الذمة المالية للمؤسسة بحيث تبعد عن مخاطر إفلاس المؤسسة المالية البائعة.

(١) هذه الأصول تكون في معظم الأحيان سندات مديونية Receivables مضمونة بحقوق رهن أو ملكية لدى البنك، الذي يكون دائنًا بها لمجموعة من المدينين، الذين يكونون غالباً مقترضين، وتجسد هذه السندات مديونياتهم للبنك، فتنتقل الأصول (سندات المديونية) بضمائنها للمنشأة المتخصصة (SPV). ينظر: التوريق المصرفي للدكتور حسين فتحي عثمان ص ٦.

(٢) اختصار للجملة الانجليزية: Special Purpose Vehicle و مفهوم التخصص هنا يعني أن يكون غرض هذه المنشأة فقط هو شراء الأصول (الديون) من البنك الراغب في توريق ديونه. ينظر: التوريق المصرفي للدكتور حسين فتحي عثمان ص ٦.

ثانياً: يتم نقل الأصول بضماناتها والتي هي عبارة عن مديونية على مدينين، للمؤسسة المالية مضمونة برهن أو ملكية لدى المؤسسة المالية إلى المنشأة ذات الغرض الخاص.

ثالثاً: تصدر المنشأة ذات الغرض الخاصة وتسمى (المُصدِر) سندات بقيمة تعادل قيمة الديون محل التوريق للحصول على السيولة عن طريق بيعها على المستثمرين.

رابعاً: تستخدم المنشأة ذات الغرض الخاص السيولة المتحصلة من بيع السندات لسداد قيمة الأصول للمؤسسة المالية البائعة.

خامساً: تكون الفوائد على هذه السندات متوافقة مع فوائد الديون الأصلية^(١).

الفرع الثاني: إجراءات التوريق الإسلامي للديون (تصكيك الديون أو صكوك التوريق):

التوريق مصطلح مبتكر على صعيد الصناعة المالية الإسلامية، ولهذا فهي قابلة للتجديد والتحديث، غير مقتصر - على شكل معين أو صورة معينة، لهذا ذكر بعض الباحثين إجراءات مختلفة، على أنها من التوريق الإسلامي، تقوم على استخدام صيغة مركبة من الوكالة الاستشارية والتورق^(٢) والحوالة^(٣)، على النحو التالي:

١ - تُوَكَّل شركة ما مؤسسة استشارية بشراء سلع ومعادن من السوق الدولية، بمبلغ معين يقدر مثلاً بأربعة ملايين ريال، وذلك بموجب عقد وكالة في الاستشار.

(١) ينظر: الصكوك الإسلامية (التوريق) وتطبيقاتها المعاصرة للدكتور عبد الباري مشعل ٥-٦، مقال

عن التوريق، في جريدة الشرق الأوسط اللندنية، منشور على الرابط الآتي: www.alaswaq.net.

(٢) التورق في اصطلاح الفقهاء: أن يشتري المرء سلعة نسيئة، ثم يبيعها نقداً لغير البائع بأقل مما اشتراها به، ليحصل بذلك على النقد. ينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية ١٤/١٤٧.

(٣) والحوالة في الاصطلاح: نقل الدين من ذمة إلى ذمة. ينظر: البدائع ٦/١٧، فتح القدير ٥/٤٤٣، البحر الرائق على الكنز ٦/٢٤٠، ومغني المحتاج ٢/١٩٣، ونهاية المحتاج ٤/٤٠٨، وشرح منتهى الإرادات ١/٤١٦، الموسوعة الفقهية ١٨/١٧٠.

٢- تتقدم المؤسسة الاستثمارية بوعده للشركة بشراء تلك السلع والمعادن بالأجل بمبلغ إجمالي قدره خمسة ملايين ريال مثلاً.

٣- تقوم المؤسسة الاستثمارية بشراء تلك المعادن من السوق الدولية لصالح تلك الشركة، وتبلغها بذلك بموجب نموذج خاص.

٤- تنفذ المؤسسة الاستثمارية وعدها بشراء تلك السلع والمعادن بالأجل بالمبلغ المذكور.

٥- انشغلت ذمة المؤسسة الاستثمارية بمبلغ الثمن في الأجل المذكور لصالح تلك الشركة بصفتها بائعاً بالأجل، وتملك تلك السلع.

٦- حيث إن للمؤسسة الاستثمارية عملاء، مدينين بمبالغ تفوق مبلغ المديونية آنف الذكر، فإن بإمكانها أن تحيل الشركة (الدائن) على عملائها المدينين لها بمبلغ المديونية فقط، ويتحقق لها بالتالي براءة ذمتها من الدين، كما يتحقق لها تفريغ ميزانيتها من مبلغ المديونية على العملاء لأنهم أصبحوا مدينين للشركة.

٧- تقوم المؤسسة الاستثمارية ببيع تلك السلع والمعادن في السوق نقداً وهي عملية التورق الهادفة إلى توفير السيولة^(١).

وبالنظر إلى هذه الطريقة يلحظ بها ملحظان:

الأول: أنها إلى التورق أقرب منها إلى التوريق، وقد تقدم قبل قليل أن الهدف من التوريق، هو التخلص من الديون ذات العوائد بتوريقها أو تصكيكها أو تسنيدها- أياً كان الاصطلاح- وبيعها على الجمهور، فلا بد من الربط بين الديون والأوراق المالية، ولم يكن في هذه الطريقة التي مرت بعاليه أي توريق للديون، نعم حصل التخلص من الدين

(١) الصكوك الإسلامية (التوريق) وتطبيقاتها المعاصرة للدكتور عبدالباري مشعل ٢٠١٩-٢٠.

بطريق التورق، والحوالة، لكن لم يتم توريقه وبيعه، وبالتالي لم تحمل هذه الإجراءات أي توريق حقيقي للديون.

الثاني: أن فيها نوعاً من الصورية العقدية فالمؤسسة الاستثمارية، تشتري سلعا بالوكالة عن الشركة ثم تعدّها بشرائها منها بأجل، ثم تحول الدين الذي عليها للشركة إلى الدين الذي لها على المدينين، فالعقود تتجه إلى الصورية في كون العقد لا يعدو أن يكون بيع دين نقدي بدين نقدي مع الفرق في القيمة.

التوريق المقترح من الباحث:

تمارس المصارف الإسلامية هذه الأيام الكثير من الأعمال التجارية الإسلامية، يترتب عليها ديوناً لصالح المصارف، كتلك القائمة على بيع المربحة^(١)، أو البيع مع تقسيط الثمن^(٢)، وهي ديون كبيرة جداً، ذات عوائد ممتازة، لكن إذا أرادت تلك المصارف التخلص من هذه الديون والاستفادة من السيولة الناتجة عن ذلك بطريق التوريق، مع الاحتفاظ بقدر من الربح منها، فكيف يتم ذلك؟

يتم ذلك - من وجهة نظر الباحث - بأحد طريقتين:

الطريق الأول: التوريق الإسلامي للديون الحالية:

إذا قلنا: إنه تتوفر لدى البنك ديون مربحة شرعية متساوية في المدة تقدر بمبلغ مليار ريال، وأصل المبلغ يقدر بـ ٧٠٠ مليون ريال أي أن ربحها يساوي ٣٠٠ مليون ريال،

(١) اختلفت عبارات الفقهاء في تعريفها، لكنها متحدة في المعنى والمدلول، وهي: بيع ما ملكه بالعقد الأول، بالثمن الأول مع زيادة ربح، وقد يكون الثمن الثاني مؤجلاً أو مقسطاً. ينظر: الهداية مع فتح القدير ٤٩٤/٦، ودرر الحكام ١٨٠/٢، وبدائع الصنائع ٣١٩٣/٧ ط. الإمام بالقاهرة، والقوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٦٣، والشرح الصغير ٢١٥/٣، ومغني المحتاج ٧٧/٢، والمهذب ٣٨٢/١ - ط: ثالثة.

(٢) تقسيط الثمن: جعله أجزاء معلومة تؤدي في أوقات معينة. ينظر: معجم لغة الفقهاء ص ١٠٦.

خلال خمس سنوات؛ هي فترة السداد، فإذا أراد البنك توريق ديونه وبالتالي إسقاطها من قوائمه المالية، مع تحقيق ربح معجل، فإنه يعتمد إلى توريقها، وبناء عليه فإن إجراءات توريق الديون الحالية تتم على النحو التالي:

(١) تنشأ شركة ذات غرض خاص تقوم بإصدار صكوك وكالة بالاستثمار بقيمة إجمالية تقدر بـ ٨٠٠ مليون ريال، تتولى هذه الشركة بالوكالة عن المكتتبين بالاستثمار في توريق الديون.

(٢) بعد جمع المبلغ المطلوب، يتم شراء سلع من السوق الدولية، بالمبلغ المذكور.
 (٣) يتم بيع هذه السلع على البنك - المطلوب توريق ديونه - مقابل الدين المذكور.
 (٤) يصبح ملاك صكوك التوريق، مالكين للدين، ويتحصل لهم ربح بمقدار ٢٠٠ مليون ريال مؤجلة - أو مقسطة - السداد في الفترة الأصلية وهي خمس سنوات، ويتم توزيع المبالغ الناتجة، من سداد هذه الديون على مالكي الصكوك.

الطريق الثاني: التوريق الإسلامي للديون المستقبلية:

إذا قلنا: إن المصرف الإسلامي قد أعد دراسة، أو وضحت أن باستطاعته تمويل عقود مربحة - على سبيل المثال - بمبلغ ١٠٠ مليون ريال خلال فترة خمس سنوات، وأرباحها المتوقعة تساوي مبلغ ٣٠ مليون ريال، فإن هناك ديونا متوقعة مقبل عليها البنك، بالإمكان تخفيف مخاطرها عن طريق التوريق المستقبلي، بالإجراءات التالية:

(١) تنشأ شركة ذات غرض خاص تقوم بإصدار صكوك المشاركة؛ بقصد جمع رأس مال للمشاركة في المتاجرة بالبيع بالمربحة أو بالتقسيط.

(٢) هذه الشركة في الواقع تمثل البنك، الطالب للتوريق المستقبلي.

(٣) يتم جمع جزء من المبلغ الموضوع في الدراسة، ويمثل القسم الأكبر منها عن طريق إصدار صكوك التوريق. فيشارك حملة الصكوك مثلاً بمبلغ إجمالي قدره ٧٠ مليون ريال،

والبنك بمبلغ ٣٠ مليون ريال، ويحصل كلٌّ من حملة الصكوك والبنك على أرباح يتفق على مقاديرها - المشاعة -، في هيكله الصك ونشرة الإصدار.

المطلب الثاني

التكييف الشرعي لتوريق الديون، وحكمه شرعا

وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: تكييف التوريق التقليدي للديون وحكمه شرعا:

تبين من النظر في إجراءات وأساليب التوريق التقليدي للديون، أنه قائم على أمرين:
الأول: قروض نقدية مرتب عليها فوائد ربوية مضمونة برهونات غالبا ماتكون عقارية.

الثاني: بيع هذه القروض النقدية - المؤجلة السداد - ذات الفوائد الربوية، بنقد حاضر أقل من قيمتها.

فحكم الأمر الأول:

أن تلك القروض عبارة عن مبادلة نقد بنقد أكثر منه مؤجل، وهو عين ربا النسيئة الذي حرمه الله ورسوله وأجمعت الأمة على حرمة بيانه بما يلي:

١ - أولا انطباق معنى الربا الاصطلاحي على فوائد القروض: فإذا كانت الفائدة تعرّف بأنها: مبلغ يحسب بنسبة مئوية على رأس المال المتوجب دفعه سنويا - بسبب الإقراض - تعويضا عن انتظار قبض رأس المال، وعندما يتأخر المدين في دفع الفوائد عند استحقاقها، تضم هذه الفوائد إلى الأصل - تحسب من رأس المال - وتصبح فوائد مركبة^(١). فالزيادة في الدين نظير الأجل أو الزيادة فيه، نوع من الربا يسمى ربا النسيئة، من أنسأته الدين: أي أخرته؛ لأن الزيادة فيه مقابل الأجل أيا كان سبب الدين بيعا كان

(١) القاموس القانوني الثلاثي ص ١٢٥١.

أو قرضاً^(١). والربا الذي كانت العرب تعرفه وتفعله إنما كان قرض الدراهم والدنانير إلى أجل بزيادة على مقدار ما استقرض على ما يتراضون به^(٢). قال ابن القيم: «والربا الجلي: ربا النسيئة، وهو الذي كانوا يفعلونه في الجاهلية، مثل أن يؤخر دينه ويزيده في المال، وكلما أخره زاده في المال حتى يصير المائة عنده آلاف مؤلفة»^(٣).

٢- إذا انطبق عليها المعنى، دخلت في حكم الربا: فقد جاء النص في الوحيين بتحريمه، قال سبحانه: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾^(٤). وقال سبحانه: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافًا مُضَاعَفَةً﴾^(٥). وقوله ﷺ: (لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل، ولا تشفوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا الورق بالورق إلا مثلاً بمثل، ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا منها غائباً بناجز)^(٦)، وقوله ﷺ: (الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ وَزَنًا بِوَزْنٍ مِثْلًا بِمِثْلٍ وَالْفِضَّةُ بِالْفِضَّةِ وَزَنًا بِوَزْنٍ مِثْلًا بِمِثْلٍ فَمَنْ زَادَ أَوْ اسْتَرَادَ فَهُوَ رِبَاً)^(٧).

(١) ينظر: المصباح المنير ٢/ ٦٠٥، وجامع البيان عن تأويل آي القرآن للطبري ٤/ ٩٠ ط - مصطفى الباي الحلبي.

(٢) ينظر: أحكام القرآن للجصاص ١/ ٤٦٥، وجامع البيان عن تأويل آي القرآن ٦/ ٨ ط دار المعارف، وتفسير النيسابوري ٣/ ٧٩، وتفسير الرازي ٧/ ٩١، وفتح القدير ١/ ٢٦٥.

(٣) إعلام الموقعين ٢/ ١٥٤.

(٤) سورة البقرة، الآية [٢٧٥].

(٥) سورة آل عمران، الآية [١٣٠].

(٦) سبق تخريجه.

(٧) رواه مسلم في كتاب البيوع باب الربا برقم (٤١٤٨)، والنسائي في كتاب البيوع باب بيع الشعر بالشعر برقم (٤٥٨٠).

٣- إجماع العلماء: قال ابن المنذر رحمته الله: «أجمعوا على أن المسلف إذا شرط عشر- السلف هدية أو زيادة فأسلفه على ذلك، أن أخذه الزيادة ربا»^(١).

وقال ابن حزم رحمته الله: «لا يحل إقراض شيء ليرد إليك أقل ولا أكثرأولا من نوع آخر أصلاً لكن مثل ما أقرضت في نوعه ومقداره.. وهذا إجماع مقطوع به»^(٢).

وجاء في المنتقى شرح الموطأ: «لا خلاف أن اشتراط الزيادة في السلف غير جائز»^(٣).

وقال ابن قدامة: «كل قرض شرط فيه أن يزيده فهو حرام بغير خلاف»^(٤).

حكم الأمر الثاني:

بناء على ما تقرر من حرمة هذه القروض؛ بسبب اشتغالها على الربا، فإن بيعها بثمن حاضر أقل منه؛ اشتمل على ربا مركب، فالربا الأول مع المدين الأول، والربا الثاني مع مشتري هذه الديون، التي تمثل نقدا مؤجلا، أكثر من النقد الحاضر المدفوع، المشراة به. فالبائع، قام ببيع دين ربوي يمثل نقدا، وأخذ نقدا أقل منه حاضرا، فهذا هو الربا الجاهلي الذي تظاهرت الأدلة، على تحريمه، على ما سبق بيانه.

الفرع الثاني: تكييف التوريق الإسلامي للديون الحالية وحكمه شرعا:

تتلخص صورة التوريق الإسلامي للديون الحالية: بقيام حملة الصكوك ويمثلهم بالوكالة، الشركة ذات الغرض الخاص، ببيع سلع والثلثين دين نقدي مؤجل، فيمكن تخريج هذه المسألة على أحد أمرين:

الأمر الأول: أنه من باب البيع الحقيقي المنصوص على جوازه؛ إذ إن المشتري للسلع وهو البنك أحال حملة الصكوك بالثلثين على المدينين له، فيكون في المسألة عقدان:

(١) الإجماع ص ٥٥.

(٢) المحلى ٧/٤٠٢.

(٣) المنتقى شرح الموطأ ٤/١٥٩.

(٤) المغني ٤/٢١١.

الأول: عقد بيع للسلع بالثمن المعلوم المؤجل.

الثاني: عقد حوالة، وذلك بإحالة حملة الصكوك بالثمن، إلى المدينين.

وأما بالنسبة للأمر الأول: فيجوز البيع بثن حال، أو مؤجل إذا كان الأجل معلوماً،

بدليل:

١ - إطلاق قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾^(١). فشمّل ما بيع بثن حال وما بيع بثن

مؤجل.

٢ - حديث: (أن رسول الله ﷺ اشترى من يهودي طعاماً إلى أجل ورهنه درعاً من

حديث)^(٢).

جاء في فتح القدير على الهداية: وعلى ذلك - أي جواز تأجيل الثمن أو المثل لأكليهما

- انعقد الإجماع^(٣).

الأمر الثاني: عقد الحوالة: و الحوالة جائزة بالسنة والإجماع، فدلّلها من السنة قوله

ﷺ: (مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ وَإِذَا أُتْبِعَ أَحَدُكُمْ عَلَى مِئَةٍ فَلْيَتْبَعْ)^(٤). وجاء في البحر الرائق:

«والإجماع على جوازها - أي الحوالة - دفعاً للحاجة»^(٥).

(١) سورة البقرة، الآية [٢٧٥].

(٢) رواه البخاري في باب ما قيل في درع النبي ﷺ من كتاب الجهاد والسير برقم (٢٨٤٩)، ومسلم

في باب الرهن وجوازه في الحضر والسفر من كتاب البيوع برقم (٤٠٦٨).

(٣) الهداية وفتح القدير ٥/٨٣ - ٨٤، وينظر: تبين الحقائق ٤/٥، بدائع الصنائع ٧/٣٢٢٧، البحر

الرائق ٥/٣٠١، حاشية رد المحتار ٤/٥٣١، جواهر الإكليل ٢/٥٧، شرح مختصر - خليل

٥/١٨٤، الغرر البهية شرح البهجة الوردية ٢/٤٢٨، مغني المحتاج ٢/١٢٠، المغني لابن قدامة

ط الرياض ٤/٣٤٩، كشف القناع ط عالم الكتب ٣/٢٣٤.

(٤) رواه البخاري في باب: هل يرجع في الحوالة من كتاب الحوالة برقم (٢٢٥٣)، ومسلم في باب

تحريم مطل الغني، وصحة الحوالة من كتاب البيوع برقم (٣٩٥٦).

(٥) البحر الرائق ٦/٢٦٦، وينظر: أسنى المطالب شرح روض الطالب: ٤/٥٧٤.

وجاء في المبدع ومطالب أولي النهى: «وهي - أي الحوالة - ثابتة بالإجماع»^(١). وبناء على هذا التخريج: فإن الشركة ذات الغرض الخاص ببيع السلع على البنك بضمن معلوم محدد، وهو مليار ريال كما في المثال السابق، ثم يقوم البنك بحوالة الثمن على ديونه لدى مدينه بالمبلغ نفسه.

التخريج الثاني: أنه بيع دين بعرض:

وصورته أن البنك قام ببيع دينه للشركة التي تمثل حملة الصكوك مقابل سلع دولية معروفة، ومعينة، وبناء عليه، فقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين: القول الأول: عدم جواز بيع الدين مطلقاً. وذهب إليه الحنفية^(٢)، والحنابلة^(٣)، وابن حزم الظاهري^(٤)، والقول الآخر للشافعي رحمته الله صححه بعض الشافعية واستظهره بعضهم^(٥).

القول الثاني: الجواز في الجملة، وهو مذهب المالكية^(٦)، وقول للشافعي رحمته الله وهو المعتمد عند الشافعية^(٧)، ورواية عن الإمام أحمد رحمته الله^(٨)، اختارها شيخ لإسلام ابن

(١) المبدع ٢٧٠/٤، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى ٣/ ٣٢٤ ط بيروت.

(٢) ينظر: المبسوط ١٤/ ١٢، بدائع الصنائع ٤/ ٣٤٣.

(٣) ينظر: المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٢/ ٢٩٦-٢٩٩، الكافي ٢/ ٤٤، كشف القناع للبهوتي ٣/ ٣٠٧.

(٤) ينظر: المحلى لابن حزم ٧/ ٤٨٧.

(٥) ينظر: المهذب ١/ ٢٧٠، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٣١، المجموع شرح المهذب ٩/ ٢٧٥، فتح العزيز ٨/ ٤٣٩، نهاية المحتاج ٤/ ٩٠، روضة الطالبين للنووي ٣/ ٥١٤، أسنى المطالب

شرح روض الطالب ٢/ ٨٥، مغني المحتاج للشربيني ٢/ ٧١.

(٦) سيأتي ذكر المراجع عند إيراد شروطهم في الجواز بعد قليل.

(٧) ينظر: مغني المحتاج للشربيني ٢/ ٧١، تحفة المحتاج للهيتمي ٦/ ٣٠.

(٨) ينظر: قواعد ابن رجب ص ٨٤، الإنصاف للمرداوي ١٢/ ٢٩٩.

تيمية وابن القيم رحمهما الله^(١).

لكن اشترط المالكية للجواز الشروط التالية:

- ١ - أن يعجل المشتري الثمن ؛ لأنه إذا لم يعجل في الحين فإنه يكون من بيع الدين بالدين.
 - ٢ - أن يكون المدين حاضرا في البلد ؛ ليعلم من فقر أو غنى ؛ لأن عوض الدين يختلف باختلاف حال المدين، والمبيع لا يصح أن يكون مجهولا.
 - ٣ - أن يكون المدين مقرا بالدين، فإن كان منكرا له فلا يجوز بيع دينه ولو كان ثابتا بالبينة حسما للمنازعات.
 - ٤ - أن يباع بغير جنسه، أو بجنسه بشرط أن يكون مساويا له.
 - ٥ - ألا يكون ذهبا بفضة ولا عكسه، لاشتراط التقابض في صحة بيعها.
 - ٦ - ألا يكون بين المشتري والمدين عداوة.
 - ٧ - أن يكون الدين مما يجوز بيعه قبل قبضه، احترازا مما لو كان طعاما، إذ لا يجوز بيعه قبل قبضه.
 - ٨ - ألا يقصد المشتري إعانات المدين والإضرار به^(٢).
- واشترط الشافعية الشروط الآتية:
- (١) أن يكون الدين حالا مستقرا، وبه يخرج دين السلم لأنه غير مستقر.
 - (٢) أن يكون المدين مقرا مليئا أو عليه بينة لا كلفة في إقامتها. وذلك لانتفاء الغرر الناشئ عن عدم قدرة الدائن (البائع) على تسليم الدين إليه.

(١) ينظر: الاختيارات للبعلي ص ١١٤، إعلام الموقعين ٣/٤.

(٢) ينظر: منح الجليل ٥٦٤/٢، شرح الزرقاني على مختصر خليل ٨٣/٥، البهجة شرح التحفة للتسولي ٤٧/٢، شرح الخرشي ٧٧/٥، مواهب الجليل ٣٦٨/٤، شرح ميارة ٣١٩/١.

(٣) أن يقبض مشتري الدين: الدين ممن هو عليه وأن يقبض بائع الدين العوض في المجلس فإن تفرقا قبل قبض أحدهما بطل العقد^(١).

لكن إن كان المقصود من الشرط الأخير - وهو قبض الدين -، حلوله وسداده، فإنه يخرج هذا القول عن الجواز إلى عدمه؛ لأن الدين بذلك لم يعد ديناً، وأصبح بيعاً حاضراً، وإن كان المقصود بقبض الدين قبض وثيقته، وما يثبت به، فإن القول يثبت على ساقه، في الجواز: جاء في المجموع: فأما بيعه - أي الدين - لغير من هو عليه، كمن له على رجل مائة فاشترى من آخر عبداً بتلك المائة ففي صحته قولان مشهوران (أصحهما) لا يصح لعدم القدرة على التسليم (والثاني) يصح بشرط أن يقبض مشتري الدين: الدين ممن هو عليه وأن يقبض بائع الدين العوض في المجلس فإن تفرقا قبل قبض أحدهما بطل العقد^(٢). وصرح بعض الشافعية بأن مقتضى كلام الأكثرين يخالف هذا الشرط^(٣).

الأدلة:

أدلة القول الأول:

(١) أن في بيع الدين لغير من هو عليه غرر عدم القدرة على التسليم؛ لأن المدين ربما منعه، أو جحدته، وذلك غرر لا حاجة له فلم يجوز، أشبه ببيع الآبق، وبيع المغصوب من غير غاصبه^(٤).

(١) ينظر: المهذب ١/ ٢٧٠، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٣١، المجموع شرح المهذب ٩/ ٢٧٥، فتح العزيز ٨/ ٤٣٩، نهاية المحتاج ٤/ ٩٠، روضة الطالبين للنووي ٣/ ٥١٤، أسنى المطالب شرح روض الطالب ٢/ ٨٥.

(٢) المجموع ٩/ ٢٧٥.

(٣) ينظر: نهاية المحتاج ٤/ ٩٢.

(٤) ينظر: المبسوط ١٤/ ١٢، بدائع الصنائع ٤/ ٣٤٣، المهذب ١/ ٢٧٠، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٣١، المجموع شرح المهذب ٩/ ٢٧٥، الكافي ٢/ ٤٤.

نوقش هذا الدليل: بأن الظاهر قدرته على التسليم، من غير منع ولا جحود^(١).

أما القياس على الآبق والمغصوب، فقياس مع وجود الفرق؛ إذ عدم القدرة على التسليم في الآبق والمغصوب متحققة، بخلاف الدين، فإن الظاهر قدرته على التسليم، ولهذا يجوز بيع المغصوب من غير غاصبه، إذا كان المشتري قادرا على أخذه منه؛ لانتفاء العلة.

ثم إن القياس مقابل بقياس آخر وهو قياسه على المال المودع والمعار، فإنه يجوز بيعهما من غير المودع والمستعير، وهذا القياس أولى؛ لأن الغالب في مثل ذلك القدرة على التسليم، واحتمال العكس نادر في العادة^(٢).

٢) أنه بيع مجهول، وما لا يدري عينه، وهذا أكل للمال بالباطل^(٣).

يمكن مناقشته: بأنه لاجهالة هنا؛ لأن جهالة المبيع تنتفي بالوصف كما تنتفي بالرؤية، والدين هنا لا بد أن يكون موصوفا، وليس من شرط صحة البيع أن يكون المبيع معينا، فإنه يصح بيع غير المعين كالمسلم فيه، وكما لا يشترط أن يكون الثمن معينا، وعليه فليس في ذلك أكل للمال بالباطل^(٤).

أدلة القول الثاني:

١) عموم قوله سبحانه: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾^(٥)، فدخل فيه بيع الدين لغير من هو عليه

— من غير ربا—؛ لعدم الدليل المخصص.

(١) ينظر: المهذب ١/ ٢٧٠، وشرحه المجموع ٩/ ٢٧٥.

(٢) ينظر: أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة للدكتور مبارك السليمان ١/ ٢٥٩.

(٣) ينظر: المحلى ٧/ ٤٨٦.

(٤) ينظر: أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة للدكتور مبارك السليمان ١/ ٢٥٩.

(٥) سورة البقرة، الآية [٢٧٥].

(٢) ماروي عن عمر بن عبد العزيز^(١) رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: (أن رسول الله ﷺ قضى - بالشفعة في الدين)، وهو الرجل يبيع ديناً له على رجل، فيكون صاحب الدين أحق به^(٢).
وجه الدلالة: أن النبي ﷺ أجاز بيع الدين لغير من هو عليه، وجعل لمن عليه الدين الحق في أخذ الدين الذي عليه.
(٣) ما روي أن عمر بن عبد العزيز رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قضى - في مكاتب اشترى ما عليه بعرض، فجعل المكاتب أولى بنفسه، ثم قال: إن رسول الله ﷺ قال: (من ابتاع ديناً على رجل فصاحب الدين أولى، إذا أدى مثل الذي أدى صاحبه)^(٣).
وجه الدلالة: أن الحديث صريح في جواز بيع الدين لغير من هو عليه، إلا أنه جعل الأولوية في البيع لصاحبه الذي عليه.

(١) هو عمر بن عبد العزيز بن مروان بن الحكم (٦١ - ١٠١ هـ). قرشي من بني أمية، الخليفة الصالح، ربما قيل له "خامس الخلفاء الراشدين" لعدله وحزمه، معدود من كبار التابعين، ولد ونشأ بالمدينة، وولي إمارتها للوليد، ثم استوزره سليمان بن عبد الملك وولي الخلافة بعهد من سليمان سنة ٩٩ هـ فبسط العدل، وسكن الفتن. ينظر: "سيرة عمر بن عبد العزيز" لابن الجوزي، الأعلام للزركلي ٢٠٩/٥.
(٢) رواه عبد الرزاق في مصنفه في باب: هل في الحيوان أو البئر أو النخل أو الدين شفعة من كتاب البيوع ٨/٨٦، برقم (١٥٥٠٦). وسنده: (قال عبد الرزاق: أخبرنا الأسلمي قال: أخبرني عبد الله ابن أبي بكر عن عمر بن عبد العزيز أن رسول الله ﷺ قضى بالشفعة في الدين...). قال ابن حزم - إضافة إلى إرساله -: «جاء من رواية الأسلمي وهو إبراهيم بن أبي يحيى وهو متروك متهم»، ينظر: المحلى ٤٨٧/٧.

(٣) رواه عبد الرزاق في مصنفه في باب: هل في الحيوان أو البئر أو النخل أو الدين شفعة من كتاب البيوع ٨/٨٦، برقم ١٥٥٠٧، وسنده قال: عبد الرزاق قال: أخبرنا معمر عن رجل من قريش أن عمر بن عبد العزيز قضى في مكاتب اشترى ما عليه بعرض...، فكما يظهر من الحديث فيه علتان ظاهرتان: الأولى جهالة الرواي عن عمر. الثانية: الإرسال فمعمر بن عبد العزيز تابعي لم يلق النبي ﷺ. والحديث بهذه المثابة ضعيف، ضعفه ابن حزم في المحلى ٤٨٧/٧.

نوقش هذان الحديثان: بأنهما ضعيفان كما جاء في التخريج، فلاحجة فيهما. هذا من جهة الإسناد، وأما المتن فسيأتي الجواب عليهما مع الخبر الآتي.

(٤) ما ثبت عن جابر بن عبد الله (رضي الله عنه)^(١): (أنه سئل عن الرجل يكون له الدين، أيتاع به عبداً؟ قال: لا بأس به)^(٢).

وجه الدلالة: أن الصحابي الجليل جابر بن عبد الله أجاز شراء عبد، والثلث هو دين للمشتري بذمة رجل آخر، وهذا نص في المسألة، وقول صحابي لم يعرف له مخالف فيكون حجة^(٣).

أجاب ابن حزم عن هذه الأخبار الثلاثة بقوله: «لا حجة للمالكين في هذين الخبرين ولا في خبر جابر؛ لأنه ليس في شيء منها: أنه كان بإقرار دون بينة فهم مخالفون لعموم الخبر»^(٤).

(١) هو جابر بن عبد الله بن عمرو بن حرام (١٦ ق هـ - ٧٨ هـ). أنصاري، سلمى، صحابي، شهد بيعة العقبة. وغزا مع النبي (ﷺ) ١٩ غزوة. أحد المكثرين من الرواية عن النبي (ﷺ)، وكانت له في أواخر أيامه حلقة بالمسجد النبوي ويؤخذ عنه فيها العلم، كف بصره قبل موته بالمدينة (ﷺ). ينظر: الإصابة (ط التجارية ١ / ٢١٤)، والأعلام للزركلي ٢ / ٩٢.

(٢) رواه عبد الرزاق في مصنفه في باب: هل يباع بالصك له على الرجل بيعاً من كتاب البيوع برقم (١٥٥٧٩)، ١٠٨ / ٨ وسنده: (قال عبد الرزاق: أخبرنا ابن جريج قال: أخبرني أبو الزبير أنه سمع جابر بن عبد الله يسأل..)، والخبر سنده صحيح: كلهم ثقات إلا أبا الزبير فهو صدوق، يقبل حديثه إذا صرح بالسماع، كما في هذا الحديث، ينظر: تقريب التهذيب لابن حجر: قوله في عبد الرزاق في ص ٢٦٩ برقم (٤٠٦٤)، وقوله في ابن جريج في ص ٣٠٤ برقم (٤١٩٣)، وقوله في أبي الزبير مسلم بن تدرس في ص ٤٤٠ برقم (٦٢٩١).

(٣) المحلى لابن حزم ٧ / ٤٨٨.

(٤) المرجع السابق.

يمكن الرد عليه: بأن هذه الأخبار تفيد أصل الجواز، وأما الشروط الأخرى كالإقرار وغيره، فتستفاد من أدلة أخرى^(١).

٥) أن الأصل في المعاملات الإباحة، إلا ما دل الدليل على تحريمه، ولادليل على منع بيع الدين لغير من هو عليه، فيكون باقيا على حكم الأصل.

٦) ولأن ما جاز بيعه ممن عليه؛ جاز بيعه من غيره كالوديعة، والعارية يجوز بيعها من المستعير ومن غيره^(٢).

الترجيح:

١- يترجح للباحث القول الثاني؛ لقوة ما استدل به، وتوجه المناقشة لأدلة القول الأول، ولأن هذا القول- أي الثاني- يرجع في نتيجته إلى التخريج الأول للمسألة، وهو نظير لها، فالدين كالثمن المؤجل المحال إليه من قبل المشتري، والبيع والحواله متفق على جوازها كما تقدم.

٢- بالنظر إلى أدلة الفريقين، ومن ثم تطبيقها على الواقعة التي بين أيدينا، فإن الباحث يرى اتفاق القولين، في أنه إذا غلب على الظن القدرة على التسليم، وانتفاء الجهالة، ولم يتفق العوضان في العلة الربوية، فإن الأصل الجواز؛ لكونه داخل في عموم حكم البيع المطلق، والمسألة التي بين أيدينا قد انتفت فيها العلة الربوية والجهالة، إذ السلعة هنا يشترط ألا تكون نقدا، كما أن الدين معلوم، ومقدور على تسليمه عند حلول الأجل، وغالبا ما يكون موثقا برهن ونحوه، فالبنوك تأخذ الكثير من الضمانات على السداد، كتحويل الراتب، أو بقاء السلعة باسم البنك حتى يتم السداد إلى غير ذلك من الضمانات. كما أن توثيق الديون في العصر- الحاضر تختلف عنها فيما مضى-؛ إذ إن أدوات التوثيق،

(١) ينظر: الخدمات الاستثمارية في المصارف ٥٦/٢.

(٢) ينظر: المذهب مع شرحه المجموع ٣٢٩/٩، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ٤٠٣/٢٩.

والتحصيل للديون في السابق أقل وأضعف مما هي عليه الآن، مع وجود الحسابات المصرفية، وتنوع الملكيات، في أصناف الأموال. وبناء عليه فإنه لا يظهر للباحث خلاف بين الفريقين في جواز بيع الدين لغير من هو عليه إن كان مما يقدر على تسليمه، وأمن فيه من الغرر والجهالة المفضية إلى المنازعة، وهذا مأمون غالباً في المسألة التي بين أيدينا، كما تبين قبل، بشرط انتفاء العلة الربوية بين العوضين، والله أعلى وأعلم.

وبناء عليه فالتخريج الثاني أظهر؛ إذ هذه حقيقة العقد، كما أنه أقرب وأسهل في التطبيق، مع أن التخريج الأول يمكن التزامه والعمل بمقتضاه، وذلك لأن اختلاف التخريجين هو - في حقيقته - اختلاف تنوع لا تضاد.

الفرع الثالث: تكييف التوريق الإسلامي للديون المستقبلية وحكمه شرعاً:

بالنظر لهذه الصورة من التوريق، فإنها تخرج على عقد المضاربة ووجهه: أن الشركة ذات الغرض الخاص، التي تقوم بجمع أموال المكتتبين، وإصدار الصكوك نيابة عن البنك البادئ أو الطالب للتوريق تمثل المضارب، والبنك إضافة لكونه مضارباً - لأن الشركة الخاصة تعد وكالة عنه - فإنه وحمة الصكوك يمثلون رب المال. وقد تقدم أحكام عقد المضاربة^(١) في الجملة، وأهمها - مما يتعلق بهذه المسألة - تخصيص العامل بعمل معين؛ إذ إن المضارب مقصور على نشاط معين، وهو المربحة أو البيع بالتقسيط. وههنا مسألتان لم يجز التطرق إليها فيما تقدم وهما:

المسألة الأولى:

من المعلوم أن النشاط الذي يمارسه البنك بالمربحة وغيرها هو من باب المداينات؛ بيع السلع نسيئة، فهل يلزم التنصيص في نشرة الإصدار على الإذن للعامل أو المضارب بالبيع نسيئة أم لا يلزم ذلك؟

(١) في الصورة الأولى من صكوك عقد (B O T) في الباب الأول من هذا الكتاب.

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

الأول: أنه لا بد أن يأذن رب المال للعامل بالبيع بالنسيئة، فإن باع نسيئة ولم يأذن رب المال ضمن. وهو قول المالكية^(١)، والشافعية^(٢)، ورواياه عن أحمد^(٣).

الثاني: أنه لا يلزم الإذن، ويصح البيع بالنسيئة، بموجب مطلق الإذن، وإليه ذهب الحنفية^(٤)، ورواياه ثانية عن أحمد^(٥).

الأدلة:

دليل القول الأول:

أن المضارب نائب في البيع فلم يحز له البيع نسيئة بغير إذن صريح فيه كالوكيل أو ذلك لأن النائب لا يجوز له التصرف إلا على وجه الحظ والاحتياط وفي النسيئة تغريب بالمال وقرينة الحال تقيد مطلق الكلام فيصير كأنه قال: بعه حالاً^(٦).

نوقش: بأن القياس على الوكالة المطلقة قياس مع الفارق؛ فإنها لا تختص بقصد الربح وإنما المقصود تحصيل الثمن فحسب فإذا أمكن تحصيله من غير خطراً كان أولى ولأن الوكالة المطلقة في البيع تدل على أن حاجة الموكل إلى الثمن ناجزة فلم يجوز تأخيرها بخلاف المضاربة^(٧).

(١) ينظر: منح الجليل ٦/٢٦٣، التاج والإكليل ٧/٨١.

(٢) ينظر: أسنى المطالب ٢/٣٨٥، حاشيتا قليوبي وعميرة ٣/٣/٥٧.

(٣) ينظر: المغني ٥/٢٣، الإنصاف ٥/٤١٥.

(٤) تبين الحقائق ٥/٦٩، العناية شرح الهداية ٨/٤٧٨، حاشية ابن عابدين ٤/٣١٧.

(٥) ينظر: المغني ٥/٢٣، الإنصاف ٥/٤١٥.

(٦) المغني ٥/٢٣.

(٧) المرجع السابق.

دليل القول الثاني:

لأن إذنه في التجارة والمضاربة ينصرف إلى التجارة المعتادة وهذه عادة التجار ولأنه يقصد به الربح والربح في النساء أكثر^(١).

الترجيح:

يتضح من دليل القول الأول، أن المعول في اشتراط الإذن في البيع نسيئة، وجود الخطر في ذلك، بينما اعتماد القول الثاني على أن الإذن في التجارة إذن بذلك؛ لأن التجارة عموماً لا تخلو من المخاطرة، فربما تكسد، وربما تفسد، فالتنصيب على كل منها بطلب الإذن، إخراج للمضاربة عن موضوعها، وهو التجارة، فدل ذلك أن إطلاق القول بالمضاربة كاف في إطلاق يد المضارب في المال؛ كي يتصرف فيه تصرف المالك، من غير إضرار.

ثم إن الأصل في عقود المعاملات التراضي، فإذا رضي رب المال بالمضارب، وأعطاه المال ليتصرف فيه - مع أنه أعلم بنفسه وبماله، فإن كان يرى أن البيع بالنسيئة فيه مخاطرة ويلحق الضرر بالمال فله أن ينهيه - ولم ينهه عن البيع بالنسيئة مع إمكانه، وعلمه بخطره على ماله، فهو كالإذن الصريح به، فالسكوت في موضع الحاجة إلى بيان بيان. وإن لم يكن من ذلك التصرف خطر - سوى الخطر المعتاد - فلا وجه لطلب الإذن.

وبناء على ما سبق فإن الباحث يترجح له القول الثاني، لكن إذا أمكن الخروج من الخلاف، إلى موضع الاتفاق، بأن ينص عليه في نشرة الإصدار، فهو أولى وأسلم، ولا يكلف طرفي العقد شيئاً زائداً.

المسألة الثانية: خلط مال المضاربة بغيره ؟

في هذا العقد وقع خلط لمال المضاربة من جهتين: الأولى) خلط أموال المكتتبين مع بعضها. الثاني) خلط مال حملة الصكوك مع مال المضارب والاتجار بهما جميعاً، فما حكم هذا الخلط؟.

(١) المغني ٥/ ٢٣.

أولاً: اتفق الفقهاء من المذاهب الأربعة، على أن المضارب إذا ضارب لأكثر من شخص في عقد واحد، وخلط أموالهم مع بعض، بإذنه قبل التصرف؛ أن ذلك جائز^(١).
ثانياً: اختلف الفقهاء فيما إذا لم يأذن بالخلط أو كان التفويض عاماً كما لو قال: اعمل برأيك؛ على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أنه لا يجوز له الخلط إلا بإذن خاص من رب المال - ولا يكفي قوله اعمل برأيك - بشرط أن يكون الخلط لمالين بعقد واحد، وقبل التصرف وهو قول الشافعية^(٢).
القول الثاني: أنه إذا أذن له إذناً خاصاً، أو قال: اعمل برأيك فإنه يجوز له الخلط، ولا يجوز فيما سوى ذلك، وهو قول الحنفية^(٣)، والحنابلة^(٤).

القول الثالث: أن خلط مال المضاربة منوط، بالمصلحة؛ بتحقيق نفع أو دفع ضرر فإن رأى ذلك المضارب - وهو أمين - صح عمله، بشرط ألا يشترط رب المال على العامل أن يخلط المالين. وهذا مقتضى قول المالكية، جاء في المدونة: أرأيت الرجل يدفع إلى الرجل المال القراض فيعمل به وله مال فيتجر به لنفسه فيتخوف أن قدم ماله وأخر مال الرجل أوقع الرخص في الأول أو يخاف أن يقدم مال الرجل ويؤخر ماله أوقع الرخص في الآخر فكيف تأمره أن يعمل؟ قال: الصواب من ذلك أن يخلطهما جميعاً ثم يشتري بهما جميعاً. قال مالك: ولكن لا يصلح له أن يقارضه على أن يخلط المقارض ماله بهال القراض قال

(١) ينظر: المبسوط ٢٢/٤٨، بدائع الصنائع ٦/٩٦، المدونة ٣/٦٤١، التاج والإكليل ٧/٤٥٢، أسنى المطالب ٢/٣٩٢، تحفة المنهاج ٦/١٠٤، مغني المحتاج ٣/٤٢٠، المغني ٥/٢٩، الإنصاف ٦/٤٣٨. كشف القناع ٣/٥٠١.

(٢) ينظر: أسنى المطالب ٢/٣٩٢، تحفة المنهاج ٦/١٠٤، مغني المحتاج ٣/٤٢٠.

(٣) ينظر: المبسوط ٢٢/٤٨، بدائع الصنائع ٦/٩٦.

(٤) ينظر: المغني ٥/٢٩، الإنصاف ٦/٤٣٨، كشف القناع ٣/٥٠١.

مالك: فهذا لا يجوز قلت: أ رأيت إن لم يشترط رب المال أن يخلط مالي بماله أفخلطت ماله بمالي أأضمن؟ قال: قال مالك: لا تضمن له^(١).

أدلة الأقوال:

دليل القول الأول:

أن المضارب إذا خلط المالكين، فإنه يضمن وذلك لأن هذا الفعل يعد تعديا يخالف مقتضى عقد المضاربة، ولأن ذلك ليس من التجارة^(٢).
يمكن أن يناقش: بعدم التسليم أن ذلك يعد تعديا، ومخالفة لعقد المضاربة؛ فقد تكون مصلحة المضاربة بخلط المالكين، فهي مسألة عرفية خاضعة للمصلحة. والتزام وجود التعدي في ذلك لا دليل عليه.

دليل القول الثاني:

أنه إذا قال له: اعمل برأيك فقد يرى الخلط أصلح له فيدخل تحت هذا القول^(٣).
دليل القول الثالث: يمكن أن يستدل له بأنه لم يتضمن محذورا شرعيا، وأما بخصوص حقوق العباد فهي خاضعة، للعرف والمصلحة فإن كانت المصلحة متحققة - بالعرف - في الخلط فلا مانع منه.

الترجيح:

يترجح للباحث أن مسألة خلط أموال المضاربة، في العقد الذي بين أيدينا، متفق عليه بين العاقلين، ومعلوم للمكتتب قبل أن يقدم على الاكتتاب فيها - ولو لم ينص فيه على الإذن أو قيل فيه اعمل برأيك -، كما أن العرف قد دل على أن الأرباح في هذه المعاملة،

(١) المدونة ٣/ ٦٤١.

(٢) ينظر: أسنى المطالب ٢/ ٣٩٢، تحفة المنهاج ٦/ ١٠٤، مغني المحتاج ٣/ ٤٢٠، المغني ٥/ ٢٩.

(٣) ينظر: المغني ٥/ ٢٩.

لاتتعاضم إلا بالخلط، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً^(١)، بل لولا الخلط لما احتيج إلى جمع هذه الأموال؛ إذ إن عدمه يصير كل مال على حده في التصرف، مما يفقده ميزة الدخول في مثل هذه التعاملات، التي تحتاج في الغالب إلى رؤوس أموال ضخمة.

(١) تنظر هذه القاعدة الفقهية في المواضع الآتية: بدائع الصنائع ٥/٢٢٣، البيان والتحصيل ٧/٢٧٣، الحاوي ٥/١٨٦، مجموع فتاوى ابن تيمية ٣٠/٩٨.

المبحث الثالث حكم تداول صكوك التوريق

وفيه مطلبان:

المطلب الأول

حكم تداول صكوك التوريق التقليدي

تبين مما سبق أن التوريق التقليدي قائم على أساس ربوي، يعتمد في أصله على مبادلة نقد بنقد أكثر منه مؤجل، وهو ربا النسبة المجمع على تحريمه، وينبى على هذا الأساس فرع ربوي آخر، وهو بيع هذا الدين الذي يمثل نقدا بنقد حاضر أقل منه، فهذه عملية يصدق أن يطلق عليها، أنها ربا مركب، وبناء عليه فإن تداول هذه الصكوك - بجميع ما يشملها معنى التداول الذي مر بنا سابقا^(١) - محرم شرعا لسببين:

السبب الأول: السبب الشرعي:

وذلك أن هذه الأوراق المالية تمثل عقودا ربوية، يحرم تعاطيها والعمل بها، وترويجها بأي شكل من أشكال التداول لعموم قوله ﷺ: (لَعَنَ اللَّهُ الْيَهُودَ - قَالَهَا ثَلَاثًا - إِنَّ اللَّهَ حَرَّمَ عَلَيْهِمُ الشُّحُومَ فَبَاعُوهَا وَأَكَلُوهَا أَثْمَانَهَا وَإِنَّ اللَّهَ إِذَا حَرَّمَ عَلَى قَوْمٍ أَكْلَ شَيْءٍ حَرَّمَ عَلَيْهِمْ ثَمَنَهُ)^(٢).

ووجه الدلالة من الحديث: أن الشيء إذا حُرِّمَ بيعه وتداوله بأي طريق. وهذه عقود ربوية محرمة، يحرم بيعها وتداولها. ولأن في تداولها إقرار على ماتضمنته من عقود

(١) ص ١٦٤ من هذا الكتاب، في الباب الأول، الفصل الأول، المبحث الرابع.

(٢) رواه أبو داود في سننه في كتاب الإجارة، باب ثمن الخمر والميتة برقم (٣٤٩٠)، والبيهقي في كتاب البيوع، باب تحريم بيع ما يكون نجسا برقم (١١٣٧٣)، وأصل الحديث رواه البخاري في كتاب البيوع، باب بيع الميتة والأصنام برقم (٢٢٣٦)، ومسلم في كتاب البيوع، باب تحريم بيع الخمر والميتة والأصنام، برقم (٤١٣٢). دون لفظ: (وإن الله إذا حرم على قوم...).

محرمه، ورضا بها. ولو قيل بجوازه، فهو وسيلة لاستحلال الربا، والعمل به، كما أن في تجويزه تناقض في الشرع، إذ كيف يحرم معاملة، ثم يحيز بيعها، فجواز بيعها يناقض التحريم الأول، وسبيل إلى نفيه.

السبب الثاني: السبب المصالحى:

فالشريعة أتت بما فيه تحقيق مصالح الخلق جميعا، الدنيوية والأخروية، ويستحيل أن تتعارض الشريعة مع مصالح العباد، وبناء عليه فإن تداول الأوراق المالية القائمة على التوريق التقليدي؛ يؤدي إلى مفسد عظيمة منها:

١- تضخم الديون، فقد تصبح قيمة الورقة المالية التي تمثل الدين، أعلى من قيمة الدين الذي تمثله؛ نتيجة لكثرة تداولها، فالمشتري لم يرغب إليها إلا لما يرجو من ارتفاع ثمنها، وهكذا يتم تداولها على هذا النحو حتى تصل إلى سعر لا يمكن أن تتجاوزه، مما يؤدي إلى خسارة كبيرة لمن انتهت إليه تلك الأوراق.

٢- تؤدي إلى خسائر كبيرة فيما لو توقف المدين الأصلي عن السداد.

٣- أن الواقع أكبر شاهد على هذه المفسد، ومنها الأزمة المالية العالمية، التي نتجت عن مثل هذا التوريق.

٤- أن فيها توسيعا لدائرة الظلم، الناتج عن الزوائد الربوية، إذ ينتج عن تداول الدين؛ تقلبه في أكثر من يد، واستغلال المدين في ذلك.

٥- يؤدي إلى ذات المفسد التي يؤديها الربا، من اجتماع رؤوس الأموال في جزء من الدائرة الاقتصادية، وشحه في الأجزاء الأخرى، ولا شك أن الأضرار الاقتصادية التي تظهر في المجتمعات الربوية، أظهر من أن تذكر.

المطلب الثاني

حكم تداول صكوك التوريق الإسلامي

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حكم تداول صكوك التوريق الإسلامي للديون الحالية:

تبين مما سبق أن حملة الصكوك بعد عملية التوريق يصبحون مالكي صكوك تمثل ديونا على آخرين، ومن البديهي أن تكون الصكوك بعد التوريق تمثل ديونا، وبالتالي فإن حكم تداولها يخضع لحكم تداول الديون، ويندرج تحت هذا الفرع مسألتان:

المسألة الأولى: حكم تداول هذا النوع من الصكوك إذا كان بغير عقد

معاوضة:

إذا تم تداول هذا النوع من الصكوك، بطريق غير معاوضة، فلا يخلو التداول من نوعين:

(١) أن يكون عن طريق الهبة وما شابهها من التبرعات:

اختلف الفقهاء في هبة الدين على قولين:

الأول: عدم الجواز وهو القياس عند الحنفية^(١)، ومذهب الشافعية في الأصح المعتمد^(٢)، والمذهب عند الحنابلة^(٣).

الثاني: الجواز، وهو مذهب الحنفية^(٤)، والمالكية^(٥)، ومقابل الأصح عند الشافعية^(٦).

(١) ينظر: بدائع الصنائع ١٢٠/٦، البحر الرائق ٢٨٤/٧.

(٢) ينظر: أسنى المطالب ٤٨٢/٢، تحفة المحتاج ٣٠٥/٦، مغني المحتاج ٥٦٥/٣.

(٣) ينظر: الإنصاف ١٢٩/٧، كشف القناع ٣٠٦/٣.

(٤) ينظر: أحكام القرآن للجصاص ٨٧/٢، المبسوط ٧٠/١٢، بدائع الصنائع ١٢٠/٦، البحر الرائق ٢٨٤/٧.

(٥) ينظر: التاج والإكليل ٧/٨، شرح الخرشي على مختصر خليل ١٠٤/٧، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٩٩/٤. حاشية الصاوي على الشرح الصغير ١٤٤/٤.

(٦) ينظر: أسنى المطالب ٤٨٢/٢، تحفة المحتاج ٣٠٥/٦، حاشية البجيرمي على المنهج ٢١٧/٣.

الأدلة:

أدلة القول الأول:

- (١) لعجزه عن تسليمه؛ لأن ما يقبض من المدين عين لا دين^(١).
يجاب عليه بما جاء في أدلة القول الثاني.
- (٢) لأن هبة الدين إبراء لا تمليك فلا تصح على غير المدين^(٢).
يمكن الجواب عليه: بأن القول بأن هبة الدين لمن هو عليه إبراء؛ مسلم، أما إذا كان لغير من هو عليه - كما في مسألتنا فليس إبراء، بل نقل للحق كالحالة ولكنه من غير عوض، ثم إن هذا استدلال بمحل النزاع ولا يصح.
- (٣) ولأن الهبة تقتضي وجود معين وهو منتف هنا^(٣).
يمكن الجواب عليه من وجهين:
١ - عدم التسليم بأن الهبة تقتضي معيناً.
٢ - على فرض التسليم، فإن الدين هنا معين بورقة الدين التي تثبته، أو يؤول إلى التعيين، بدليل صحة الحوالة عليه.
- (٤) ولأن القبض شرط جواز الهبة، وما في الذمة لا يحتمل القبض، وهو بخلاف ما لو وهب للمدين، لأن الدين في ذمته، وذمته في قبضه، فكان الدين في قبضه بواسطة قبض الذمة^(٤).

يجاب عليه بما جاء في أدلة القول الثاني.

-
- (١) روض الطالب مع شرحه أسنى المطالب ٢/ ٤٨٢.
 - (٢) الغرر البهية شرح البهجة الوردية ٣/ ٣٩١.
 - (٣) كشف القناع ٣/ ٣٠٦.
 - (٤) ينظر: بدائع الصنائع ٦/ ١٢٠، الموسوعة الفقهية الكويتية ٤٢/ ١٢٧.

أدلة القول الثاني:

(١) قول الله تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَتِهِنَّ مَخْلَّةً فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾^(١).

وجه الدلالة من الآية: أن الشارع الحكيم قد أجاز هبة المرأة لما طابت به من صداقها وقد يكون ديناً على زوجها، وقد تكون الهبة للولي، لما جاء عن بعض التابعين قوله: في قوله تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَتِهِنَّ مَخْلَّةً﴾، قال: «كان الرجل إذا زوج موليته أخذ صداقها فنهوا عن ذلك» قال الجصاص تعليقا عليه: «فجعله خطابا للأولياء أن لا يحبسوا عنهن المهور إذا قبضوها...»، وقد دلت هذه الآية على جواز هبة الدين والبراءة منه كما جازت هبة المرأة للمهر وهو دين^(٢).

نوقش: بأن قوله تعالى: ﴿فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾ يدل على أن المراد فيما تعين من المهر إما أن يكون عرضا بعينه فقبضته أو لم تقبضه أو دراهم قد قبضتها فأما دين في الذمة فلا دلالة في الآية على جواز هبتها له؛ إذ لا يقال لما في الذمة كله هنيئا مريئا.

الجواب عليه: قال الجصاص: ليس المراد في ذلك مقصورا على ما يتأتى فيه الأكل دون ما لا يتأتى؛ لأنه لو كان كذلك لوجب أن يكون خاصا في المهر إذا كان شيئا مأكولاً وقد عقل من مفهوم الخطاب أنه غير مقصور على المأكول منه دون غيره؛ لأن قوله تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَتِهِنَّ مَخْلَّةً﴾ عام في المهور كلها سواء كانت من جنس المأكول أو من غيره وقوله تعالى: ﴿فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾ شامل لجميع الصدقات المأمور بإيتائها. فدل أنه لا اعتبار بلفظ الأكل في ذلك وأن المقصد فيه جواز استباحته بطيبة من نفسها؛ وقال الله

(١) سورة النساء، الآية [٤].

(٢) أحكام القرآن للجصاص ٢/ ٨٦-٨٧.

تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَىٰ ظُلْمًا﴾^(١)، وقال تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾^(٢)، وهو عموم في النهي عن سائر وجوه التصرف في مال اليتيم من الديون والأعيان المأكول وغير المأكول وشامل للنهي في أخذ أموال الناس إلا على وجه التجارة عن تراضٍ وليس المأكول بأولى بمعنى الآية من غيره. وإنما خص الأكل بالذكر؛ لأنه معظم ما يتغى له الأموال إذ به قوام بدن الإنسان وفي ذكره للأكل دلالة على ما دونه... فكذاك قوله تعالى: ﴿فَكُلُّوْهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا﴾ قد اقتضى جواز هبتها للمهر من أي جنس كان عينا أو دينا قبضته أو لم تقبضه. ومن جهة أخرى فإنه إذا جازت هبتها للمهر إذا كان مقبوضا معينا، فكذاك حكمه إذا كان دينا؛ لأنه قد ثبت جواز تصرفها في مالها فلا يختلف حكم العين والدين فيه؛ ولأن أحدا لم يفرق بينهما^(٣).

(٢) أن ما في الذمة مقدور التسليم والقبض ألا ترى أن المديون يجبر على تسليمه، ولو كان دينه على غيرك فوهبه لك فإن أشهد بذلك وجمع بينك وبين غريمه ودفع إليك ذكر الحق إن كان عنده فهو قبض وإن لم يكن كتب عليك ذكر الحق وأشهد لك وأحالك عليه كان ذلك قبضاً وكذلك إن أحالك به عليه في غيبته وأشهد لك وقبضت إثبات الحق كان ذلك قبضاً؛ لأن الدين هكذا يقبض ليس هو شيئاً بعينه^(٤).

الترجيح:

يترجح للباحث القول الثاني لمايلي:

(١) لقوة أدلته وللجواب على معارضتها، و لتوجه المناقشة لأدلة القول الأول.

(١) سورة النساء، الآية [١٠].

(٢) سورة البقرة، الآية [٢٨٨].

(٣) المرجع السابق ٨٦/٢-٨٧.

(٤) ينظر: بدائع الصنائع ١٢٠/٦، التاج والإكليل ٧/٨.

(٢) أن الهبة من عقود التبرعات التي لا يلتزم فيها المتبرع له بشيء تجاه هذا العقد، وبالتالي إذا صح عقد الحوالة وهو عقد معاوضة، فمن باب أولى صحة الهبة وهي عقد تبرع.

(٣) أن الأصل في العقود الإباحة إلا ما دل الدليل على تحريمه، ولا محذور شرعي في هبة الدين لغير من هو عليه.

٢- أن يكون عن طريق الإرث: فإذا انتقل الدين عن طريق الإرث فهو من التركة، تنتقل ملكيته للورثة، وهذا مما اتفق عليه الفقهاء من المذاهب الأربعة^(١)؛ لأن الدين مال مؤجل، فهو داخل في عموم قوله ﷺ: (من ترك مالا فلورثته)^(٢). كما أن الإرث لا يقع إلا جبرا بغير اختيار، لأنه ناتج عن الموت الذي لا تخيير فيه، فالتداول عن طريقه أمر محكوم بصحته بالعقل والشرع على ما بينت سابقا والله أعلم.

المسألة الثانية: حكم تداول هذا النوع من الصكوك إذا كان بعقد معاوضة:

لا يخلو تداول هذه الصكوك بأحد الطرق التالية:

الطريق الأول: أن تكون في مقابل منفعة كأجرة لبيت أو أجرة عامل ونحوه:

تقدم قبل قليل القول بأن صكوك التوريق الحالية، تمثل ديونا نقدية، وبناء عليه فإذا دفعت في مقابل منفعة، فهذا عقد إجارة، والأجرة إما أن تكون مؤجلة بناء على أن قبض الصك قبض لمحتواه من الدين في أجله، أو حوالة بالأجرة على دين مؤجل فهي داخلية في حكم الأول، وبناء على أنها أجرة مؤجلة، فقد اتفق الفقهاء من المذاهب الأربعة على

(١) ينظر: المبسوط ٤٩/١٢-٥٠، ١٨/١٣٢، فتح القدير ٧/٣٥٠، البحر الرائق ٦/٢٥٣، المدونة

٤/٢٨، مواهب الجليل ٦/١٩٢، ٢١٥، أسنى المطالب ٢/٣١٧، ٤/٤٠١، فتاوى ابن حجر

الهيتمي ٤/٣٦٨، تحفة المحتاج ٥/١١٦، المغني ١٠/٢٠٥-٢٠٦، القواعد لابن رجب ٣١٧.

(٢) رواه البخاري في باب الصلاة على من ترك ديناً من كتاب الاستقراض وأداء الديون برقم

(٢٣٥٧)، ورواه مسلم في باب من ترك مالا فلورثته من كتاب الفرائض برقم ٤١١٥، كلاهما عن

أبي هريرة.

جواز تأجيل الأجرة إذا كانت في الإجارة المعينة^(١)، واختلفوا فيما إذا كانت الإجارة في الذمة^(٢) على ثلاثة أقوال:

الأول: أنه لا يجوز تأجيل الأجرة في الإجارة في الذمة وهو قول المالكية^(٣)، والشافعية^(٤).

الثاني: أنه إذا عقدت بلفظ السلم لم يجوز تأجيل الأجرة، وإلا جاز وهو قول الحنابلة^(٥).

الثاني: أن يجوز تأجيل الأجرة، وتعجيلها، وهو قول الحنفية^(٦).

أدلة الأقوال:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب القول الأول بقولهم: لا يجوز تأجيل الأجرة في عقد الإجارة في الذمة؛ لأنها سلم في المنافع^(٧)، والسلم يشترط فيه قبض رأس المال في مجلس العقد^(٨)

(١) بدائع الصنائع ٤/٢٠٣، درر الحكام ٣/٥٣٢، المتقى شرح الموطأ ٥/١١٥، التاج والإكليل ٧/٥٢٤، تحفة المحتاج ٦/١٢٦، نهاية المحتاج ٥/٢٦٥، الفروع ٤/٤٢٦، الإنصاف ٦/٨١.

(٢) الإجارة في الذمة: هي التي ترد على منفعة متعلقة بذمة المؤجر، كاستئجار دابة أو سيارة ذات أوصاف معينة لإيصاله إلى مكان معين أو مدة معينة، أو القيام بعمل. ينظر المغني ٤/٢٣، مغني المحتاج، ٣/٤٣٨.

(٣) ينظر: شرح مختصر خليل للخرشي ٥/١١٥، البيان والتحصيل لابن رشد ط/ دار احياء التراث الاسلامي ٨/٤٠٩-٤١٠.

(٤) ينظر: المجموع ١٥/٣٤، مغني المحتاج، ٣/٤٣٨.

(٥) ينظر: الإنصاف ٦/٨٢، كشف القناع ٣/٥٦٤.

(٦) ينظر تبين الحقائق ٥/١٠٧، الجوهر النيرة ١/٢٦٧.

(٧) ينظر: أسنى المطالب ٢/١٩٧، حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح المحلى ٣/٦٩.

(٨) سيأتي تعريف السلم وبيان شروطه في مبحث التمهيد من الباب الثالث.

ولئلا يكون من باب بيع الدين بالدين المنهي عنه^(١).

يمكن أن يجاب عليه بجوابين:

الجواب الأول: أنا لانسلم بوقوع السلم في المنافع، لسببين:

١- أن المنافع معدومة وقت العقد ولا توجد إلا شيئاً فشيئاً، وهذا القدر يتساوى فيه ما كان في الذمة وما لم يكن كذلك، والتفريق بينهما - من هذه الجهة - تفريق بين متماثلين؛ إذ تجوز تأجيل الأجرة في إجارة العين دون الذمة، مع كون المنافع معدومة في كل تفريق بين متماثلين.

٢- لأنه لا يقع الربا في المنافع.

الجواب الثاني: يجاب على كونه من باب بيع الدين بالدين بنفس الجواب عمن قال إن الاستصناع من ذات الباب^(٢).

أدلة القول الثاني:

يمكن أن يستدل لهم: بأنه إذا عقد بلفظ السلم، فإن إرادة العاقد قد اتفقت على كون العقد كذلك، وبالتالي تنطبق عليه شروط السلم، ومنها اشتراط تعجيل رأس مال السلم، أما إذا كان العقد بلفظ الإجارة، فإن الإجارة يجوز فيها تعجيل الأجرة وتأخيرها؛ بقاء على الأصل.

يمكن أن يجاب عليه: بأن القاعدة الفقهية قد نصت على أن العبرة في العقود بالمعاني لا بالألفاظ والمباني^(٣)، فحقيقة العقد واحدة، وإن تعددت الصيغ فالعبرة بحقيقته.

(١) ينظر: شرح منتهى الإرادات ٢ / ٣٦٠.

(٢) ينظر المبحث الثالث من الفصل الأول من الباب الأول.

(٣) ينظر: حاشية رقم (٥) ص ٨٥.

أدلة القول الثالث:

استدل أصحاب القول الثالث بقولهم:

(١) إن هذا عقد معاوضة فيقتضي- المساواة بينهما وذلك بتقابل البدلين في الملك والتسليم وأحد البدلين هو المنفعة لم تصر مملوكة بنفس العقد لاستحالة ثبوت الملك في المعدم فكذا في البذل الآخر ولو ملك الأجرة، لملكها بغير بدل وهو ليس من قضية المعاوضة؛ فتأخر الملك فيه ضرورة وجواز العقد ليس باعتبار أن المعدم جعل موجودا حكما وكيف يقال ذلك والموجود من المنفعة لا يقبل العقد؛ لأنه عرض لا يبقى زمانين فلا يتصور فيه التسليم بحكم العقد، والقدرة على التسليم شرط لجواز العقد، وما لا يتصور فيه التسليم لا يكون محلا للعقد بل باعتبار أن العين التي هي سبب وجود المنفعة أقيمت مقام المنفعة في حق صحة الإيجاب والقبول وفي حق وجوب التسليم؛ إذ العين هي التي يمكن تسليمها دون العرض فانعقد في حقها في الحال، فوجب عليه تسليمها وصار العقد مضافا غير منعقد للحال في حق المنفعة؛ لأن أقصى ما يتصور العقد على المنفعة أن يكون العقد مضافا إلى وقت حدوثها فينعقد العقد في كل جزء من المنفعة على حسب وجودها شيئا فشيئا وهو معنى قولنا أن عقد الإجارة في حكم عقود متفرقة يتجدد انعقادها على حسب حدوث المنافع وإنما قامت العين مقام المنفعة تصحيحا للعقد في حق الانعقاد والتسليم؛ ضرورة عدم تصورهما في المنفعة، ولا ضرورة في حق الملك في البذل إذا ما ثبت للضرورة يثبت بقدرها، فلا يظهر في حق ملك البذل كما لا يظهر في حق ملك المنفعة فيكون العقد مضافا إلى وقت حدوثها غير منعقد للحال في حقها^(١).

(٢) يمكن أن يستدل له بالقياس على جواز عقد الاستصناع بجامع تأخر البدلين في

كل.

(١) تبين الحقائق ٥/ ١٠٧.

الترجيح:

إن الخلاف في المسألة قوي، خاصة بين القولين الأول والثالث، فالمنافع أموال كما تقدم، وتقبض بقبض العين، فهي تلحق بالعين فتطبق عليها شروط السلم، ومن جهة أخرى فالمنافع وإن كانت موجودة حكماً إلا أنها معدومة حقيقة، والسلم إنما اشترط فيه تعجيل الثمن لئلا يكون بيع دين بدين، وقد سبق الجواب عن هذه الاعتراض، كما تقدم. وبالرجوع إلى الأصل نجد أن الشارع الحكيم قد أجاز التعاملات بين الناس ما لم تتضمن مخالفة شرعية، منصوص عليها، ولم يظهر للباحث في تأجيل الأجرة محذورا شرعياً، وإن تأخرت المنفعة، كما أن الأصل في المنفعة أنها تابعة للعين، فإن كانت العين موجودة وتم إضافة العقد إلى أمر مستقبل، فهي إجارة مضافة إلى زمن لاحق، لا وجه للزوم تعجيل الأجرة فيه، ومثله إن كانت العين غير موجودة، وقياساً على الاستصناع، وبناء على ما سبق فلا يرى الباحث مانعاً، من دفع صك التوريق أجرة لمنفعة مؤجلة. والله أعلم.

الطريق الثاني: أن تكون في مقابل نقد:

إذا كانت في مقابل نقد فإن تداول الصك على هذا النحو محرم شرعاً مطلقاً، سواء مع التماثل في القيمة أو التفاضل، لأن الصك كما تقدم يمثل مبلغاً نقدياً مؤجلاً، وبيعه بنقد هو من باب ربا النسيئة.

الطريق الثالث: أن تكون في مقابل سلعة:

وإن كان في مقابل سلعة، فلا تخلو السلعة من حالين:

- (١) أن تكون حالة ففي هذه الحال يخرج تداول هذا النوع من الصكوك، على أنه بيع بضمن مؤجل، لا محذور فيه^(١).

(١) ينظر الفرع الثاني من المطلب الثاني من المبحث الثاني من هذا الباب.

(٢) أن تكون مؤجلة ففي هذه الحالة لا يصح؛ لأنها من باب السلم الذي يشترط فيه، قبض رأس مال السلم في مجلس العقد^(١)، ورأس المال - يمثل له الصك - مؤجل.

الفرع الثاني: حكم تداول صكوك التوريق الإسلامي للديون المستقبلية:

لا يخلو تداول هذه الصكوك من صورتين:

الأولى: أن يكون قبل الدخول في العمل التجاري: وذلك بأن يكون الصك يمثل نقدا: وقد تقدم بيان حكمه^(٢).

الثانية: أن يكون بعد الدخول في العمل التجاري: وذلك عندما يقوم البنك (المضارب) بالعمل التجاري الذي يترتب عليه، تحول النقد إلى ديون في ذمم مختلفة، عبر عملية تجارية مشروعة (كالمرابحة وغيرها) فالصكوك في حقيقتها تمثل ديونا وبالتالي فلا يخلو تداولها مما يلي:

١- أن يتم تداولها ببيعها بسلعة: بناء على ماتقدم من أن الصك هنا أصبح يمثل دينا نقديا، وبالتالي فبيعها بسلعة أو عرض يماثل في الحكم مأمور سابقا^(٣).

(١) ينظر: بدائع الصنائع ٢٠٢/٥، فتح القدير والعناية ٢٢٧/٥، (الميمنية ١٣١٩ هـ)، رد المحتار ٢٠٨/٤، الأم ٩٥/٣ (ط - زهري النجار)، المهذب ٣٠٧/١، مغني المحتاج ١٠٢/٢، فتح العزيز ٢٠٩/٩، شرح منتهى الإرادات ٢٢٠/٢، المغني ٣٢٨/٤، كشف القناع ٢٩١/٣. وأجاز المالكية تأخر رأس المال الزمن اليسير كيومين أو ثلاثة، ينظر: شرح الخرشي ٢٢٠/٥، المقدمات الممهدة لابن رشد ص ٥١٦، مواهب الجليل ٥١٤/٤. وبناء عليه فإنه على القولين، لا يجوز بيع الصك بسلعة مؤجلة، لأن التأجيل في الصك زمن غير يسير.

(٢) في المطلب الثاني من المبحث الرابع من الفصل الثاني من الباب الأول.

(٣) ينظر: التخريج الثاني من الفرع الثاني من المطلب الثاني من المبحث الثاني من هذا الفصل.

- ٢- أن يتم تداولها ببيعها بنقد: فيكون من باب الصرف الذي يشترط له الحلول والتقابض والتماثل فيما إذا كان العوضان من جنس واحد^(١).
- ٣- أن يتم تداولها بغير معاوضة وقد تقدم تفصيله قريبا^(٢).

(١) ينظر: المطلب الثاني من المبحث الرابع من الفصل الثاني من الباب الأول.

(٢) ينظر: المسألة الأولى من الفرع الأول من المطلب الثاني من المبحث الثالث من هذا الفصل.

المبحث الرابع استرداد صكوك التمويل والاستثمار بعقد التوريد وانتهاءها

وفيه مطلبان:

المطلب الأول استرداد صكوك التمويل والاستثمار بعقد التوريد

وفيه فرعان:

الفرع الأول: استرداد صكوك التمويل والاستثمار بعقد التوريد التقليدي: وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: بيان خاصية الاسترداد للسندات التقليدية:

تنقسم خاصية الاسترداد للسندات التقليدية إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: الاسترداد في تاريخ الاستحقاق: وهو تاريخ مثبت في نشرة إصدار السند، وفيه يتم إعادة السند إلى مصدره، وقبض قيمته المدونة عليه، التي قد تكون مساوية أو أكثر من القيمة الاسمية؛ وذلك لأن السند، يمثل قرضاً ربوياً يستحق في تاريخ معين.

القسم الثاني: خاصية اختيار الرد: وهو أن يعطي السند للمستثمر اختيار رد السند (Put Option Bond) للجهة المصدرة قبل تاريخ الاستحقاق، وذلك بسعر يحدد مسبقاً، يطلق عليه سعر التنفيذ (Exerise Price) الذي قد يكون مساوياً للقيمة الاسمية أو قيمة أقل منها، ويلجأ إليها المستثمر عندما ترتفع أسعار الفائدة في السوق، وتنخفض القيمة السوقية للسند^(١).

القسم الثالث: خاصية الاستدعاء (Call Option): وهي أن تتضمن نشرة الاكتتاب في السندات اشتراط الجهة المصدرة حق الاستدعاء الذي يعطيها الحق في إعادة شراء السند، بعد تاريخ معين بسعر تحدده نشرة الاكتتاب.

(١) التوريد للدكتور: منير هندي ص ٥٦.

وعادة ماتعمد المنشأة إلى إصدار تلك السندات - ذات خاصية الاستدعاء - عندما توجد مؤشرات لاحتمال انخفاض أسعار الفائدة في السوق قبل بلوغ السند تاريخ الاستحقاق، وإذا ما حدث ذلك تستطيع المنشأة أن تستدعي تلك السندات، وإحلالها بسندات جديدة تحمل معدل فائدة أقل، وعادة مايكون سعر إعادة الشراء مساويا للقيمة الاسمية للسند، أوقيمة أعلى منها بما يوازي في العادة قيمة الفوائد عن سنة واحدة. وكلما زادت مخاطر الاستدعاء - نقص الربح - على المستثمر، كلما استحق مايسمى بعلاوة مخاطر الاستدعاء والمخصصة للتعويض عن تلك المخاطر^(١).

المسألة الثانية: التوبة من التوريق التقليدي بناء على خاصية الاسترداد:

في السندات التي تتمتع بخاصية الرد يمكن لحامل السند رده بالقيمة الاسمية، أو أقل منها، وبناء على قوله تعالى: ﴿وَإِنْ تُبْتُمْ فَلَكُمْ زُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾^(٢)، فله أن يسترد رأس ماله الذي دفعه بموجب تلك الخاصية، وإذا استرد السند بأقل من قيمته الاسمية أو القيمة التي دفعها، فيزيد مانقص من الفوائد التي أخذها، حتى يكون بالقدر الذي يسترد فيه كامل رأس ماله دون زيادة أونقص، كما قال تعالى: ﴿لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾. جاء في المدونة: «قال الله تبارك وتعالى: ﴿وَإِنْ تُبْتُمْ فَلَكُمْ زُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾ فكل بيع لم يدرك حتى تفاوت ولا يستطاع رده إلا بمظلمة فقد تفاوت ردها وما كان من أمر ينقصه بين أهله بغير ظلم فلم يفت ذلك فانقضه»^(٣).

(١) التوريق للدكتور: منير هندي ص ٥٤-٥٥.

(٢) سورة البقرة، الآية [٢٧٩].

(٣) المدونة ٣/ ١٨٨.

وأما بالنسبة لما أخذه من فوائد ربوية زائدة على رأس المال فقد اتفق أهل العلم على حرمة عقد الربا، وأنه عقد فاسد^(١)، ويجب رد ما أخذ زيادة على رأس المال^(٢).

لكن إن لم يعرف صاحبه، تصدق به عنه، روي ذلك عن بعض التابعين وهو قول الفقهاء من أهل المذاهب الأربعة^(٣).

وأما إن مر على تعاطيه الربا فترة من الزمن، وأخذه وانقضى، وليس المال الربوي موجوداً عند التوبة؛ حتى يتصدق به، فقد رجح شيخ الإسلام ابن تيمية أنه لا يؤمر برد المقبوض. قال رحمه الله: «والكافر إذا قبضه - أي الربا - لكونه قد تاب فالمسلم أولى بطريق الأولى، والقرآن يدل على هذا بقوله: ﴿فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ﴾^(٤)، وهذا عام في كل من جاءه موعظة من ربه فقد جعل الله له ما سلف، ويدل على أن ذلك ثابت في حق المسلم ما بعد هذا: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا﴾^(٥)، فأمرهم بترك ما بقي، ولم يأمرهم برد ما قبضوه، فدل على أنه لهم مع قوله: ﴿فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ﴾، والله يقبل التوبة عن عباده، فإذا قيل: هذا مختص

(١) ينظر: الإجماع لابن المنذر ص ١٣٣.

(٢) ينظر: المبسوط ١٤/٧، حاشية ابن عابدين ٥/١٧٠، الموطأ مع شرحه المنتقى، كتاب القراض، باب ملا يجوز في القراض، ٣/٣٤٨، حاشية العدوي ٢/١٤٠، الأم ٤/٢٦٠، المغني ٤/٣٠.

(٣) روي عن عطاء بن أبي رباح رحمه الله، قال رجل لعطاء بن أبي رباح: «رجل أصاب ما لا من حرام أقال: ليرده على أهله فإن لم يعرف أهله فليصدق به أولاً أدري ينجي ذلك من إثمه». كما روي عن الزهري رحمه الله، روي عنه في رجل يصيب المال الحرام أقال: «إن سره أن يتبرأ منه فليخرج منه». ينظر: المصنف لابن أبي شيبة ٥/٣٨٠، حاشية ابن عابدين ٦/٣٨٦، حاشية العدوي ٢/١٤٠، المجموع شرح المذهب ٩/٤٢٨-٤٢٩، ٤٣٠، الفروع ٢/٦٦٦، مطالب أولي النهى ٤/٦٥.

(٤) سورة البقرة، الآية [٢٧٥].

(٥) سورة البقرة، الآية [٢٧٨].

بالكافرين^(١)، قيل: ليس في القرآن ما يدل على ذلك، إنما قال: «فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ»^(٢)، وهذا يتناول المسلم بطريق الأولى... بل قد يقال: إن هذا يتناول من كان يعلم التحريم إذا جاءته موعظة من ربه فانتهى، فإن الله يغفر لمن تاب بتوبته، فيكون ما مضى من الفعل وجوده كعدمه، والآية تتناوله: «فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى

(١) فجمهور المفسرين: على أن المقصود بقوله تعالى: «فَلَهُ مَا سَلَفَ»، هو ما قبضه الكافر غير المسلم، أو المسلم قبل التحريم، وبناء عليه فإذا قبض المسلم -بعد التحريم- الزيادة الربوية، لم يحل له ما زاد على رأس المال. ينظر: تفسير القرطبي ٣/٣٤٧، والبحر المحيط ٢/٣٣١، وابن كثير ١/٦٢، والشوكاني ١/٢٤٩، وأضواء البيان ١/١٤٩.

وذكر بعضهم الحكم على وجه العموم ولم يفرق بين الكافر والمسلم أو قبل التحريم وبعده، جاء في تفسير الجصاص (تفسير الجصاص ١/٦٤٢): وقال تعالى: «وَذُرُوا مَا يَقِي مِنَ الرِّبَا إِنْ كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ» [البقرة: ٢٧٨]، فأبطل منه ما بقي مما لم يقبض أو لم يبطل المقبوض. ثم قال تعالى: «وَإِنْ تَبَيَّنَ فَلَكُمْ رُءُوسٌ» وهو تأكيد لإبطال ما لم يقبض منه وأخذ رأس المال الذي لا ربا فيه ولا زيادة. وجاء في تفسير التحرير والتنوير (التحرير والتنوير لابن عاشور ٣/٧٨): ومعنى «فله ما سلف»، أي ما سلف قبضه من مال الربا لا ما سلف عقده ولم يقبض. وأجاب الرازي على من خصه بالمسلم فقال: في التأويل وجهان الأول: قال الزجاج: أي صفح له عما مضى -من ذنبه من قبل نزول هذه الآية، وهو كقوله: «قُلْ لِلَّذِينَ كَفَرُوا إِنْ يَنْتَهُوا يُغْفَرْ لَهُمْ مَا قَدْ سَلَفَ» [الأنفال: ٣٨]، وهذا التأويل ضعيف لأنه قبل نزول الآية في التحريم لم يكن ذلك حراماً ولا ذنباً، فكيف يقال المراد من الآية الصفح عن ذلك الذنب مع أنه ما كان هناك ذنب، والنهي المتأخر لا يؤثر في الفعل المتقدم ولأنه تعالى أضاف ذلك إليه بلام التمليك، وهو قوله: «فَلَهُ مَا سَلَفَ» فكيف يكون ذلك ذنباً. الثاني: قال السدي: له ما سلف أي له ما أكل من الربا، وليس عليه رد ما سلف، فأما من لم يقبض بعد فلا يجوز له أخذه، وإنما له رأس ماله فقط كما بينه بعد ذلك بقوله: «فَإِنْ لَمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ» [البقرة: ٢٧٩].

تفسير الرازي ٧/٧٢.

(٢) سورة البقرة، الآية [٢٧٥].

اللَّهُ، ويدل على ذلك قوله بعد هذا: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ﴾ (١) فَإِنْ لَمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ ۖ وَإِنْ تُبْتِغُوا فَلََكُمْ رُدُّهُنَّ أَمْوَالَكُمْ (٢). والتوبة تتناول المسلم العاصي، كما تتناول الكافر... وهذا وإن كان ملعوناً على ما أكله وأوكله، فإذا تاب غُفِرَ له، ثم المقبوض قد يكون اتجر فيه وتقلب، وقد يكون أكله ولم يبق منه شيء، وقد يكون باقياً، فإن كان قد ذهب وجُعِلَ ديناً عليه كان في ذلك ضرر عظيم، وكان هذا منفراً عن التوبة (٣).

وقال الشيخ عبد الرحمن السعدي: «الله تعالى لم يأمر برد المقبوض بعقد الربا بعد التوبة. وإنما أمر برد الربا الذي لم يقبض، وأنه قبض برضى مالكه فلا يشبه المغصوب. ولأن فيه من التسهيل والترغيب في التوبة ما ليس في القول بتوقيف توبته على رد التصرفات الماضية مهما كثرت وشقت والله أعلم» (٣).

الفرع الثاني: استرداد صكوك التمويل والاستثمار بعقد التوريق الإسلامي؛
وفيه ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: حكم الاسترداد بخاصية الرد في التوريق الإسلامي؛
وفيه فقرتان:

الفقرة الأولى: حكم الاسترداد بخاصية الرد في التوريق الإسلامي للديون الحالية؛
ويتضمن أمرين:

الأمر الأول: طريقة الاسترداد بخاصية الرد في التوريق الإسلامي للديون الحالية:

قد تكون خاصية الرد تعهداً من مصدر الصك باسترداد الصك عند الطلب، وقد يكون شرطاً على المصدر مثبتاً في نشرة الإصدار، كما قد تكون شرطاً من قبل المصدر على

(١) سورة البقرة، الآيتان [٢٧٨-٢٧٩].

(٢) تفسير آيات أشكلت لشيخ الإسلام ابن تيمية ٥٨٨-٥٩٠.

(٣) الفتاوى السعدية ص ٣٠٣.

حامل الصك بأن له الحق باستدعاء الصك، الوقت الذي يريد، فهذه الخاصية تتكون من جزأين:

(١) الشرط أو التعهد بقبول الرد عند الطلب.

(٢) أن الرد يكون بسعر التنفيذ المحدد سلفاً، الذي يكون غالباً بالقيمة الاسمية أو أقل منها.

الأمر الثاني: حكم الاسترداد بخاصية الرد في التوريق الإسلامي للديون الحالية:

تبين مما سبق أن التوريق الإسلامي للديون الحالية يكيف على أنه بيع، والبيع من العقود اللازمة التي يلزم الطرفين موجبها، وبالتالي فإن اشتراط رد البيع عند الطلب سواء كان من قبل المصدر أو حامل الصك، يخرج على أنه من باب شرط الخيار في البيع^(١)، وهناك بعض الوقائع المؤثرة على تخريج خيار الرد أنه من باب خيار الشرط، أهمها ما يلي:

١- أن مدة الرد في خيار الرد غير محددة.

٢- أن المشتري للسلع - وهو البنك الطالب للتوريق، المصدر للصكوك - سوف يتصرف في السلع بالبيع بمجرد القبض.

٣- أن الرد إن كان بالقيمة الاسمية فلا إشكال، لكن إن كان سعر التنفيذ أقل من القيمة الاسمية، فهنا لم يطبق خيار الشرط بتراد البيع.

٤- مصير الأقساط المسددة أثناء مدة الخيار، إذا استلمها البائع (حملة الصكوك).

وسأبحث فيما يلي أحكام هذه الوقائع الأربع بالتفصيل، ثم أذكر المخرج الشرعي منها:

(١) هو ما يثبت بالاشتراط لأحد المتعاقدين من الاختيار بين الإمضاء والفسخ. ينظر: حاشية ابن

عابدين ٤/ ٤٧، حدود ابن عرفة، شرح الخرشي لمختصر - خليل ٤/ ١٩، نهاية المحتاج

٤/ ٣. كشف القناع ٣/ ٢٠٢، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى للرحبياني ٣/ ٨٨.

الواقعة الأولى: حكم إطلاق المدة في خيار الشرط:

اختلف الفقهاء في حكم خيار الشرط (المطلق) من غير تحديد المدة على أربعة أقوال:

القول الأول: بطلان العقد أو فساد، فالبطلان هو ما ذهب إليه الشافعية^(١)، والحنابلة - في إحدى الروايتين^(٢) - وذهب الحنفية إلى فساد^(٣).

القول الثاني: بطلان الشرط دون العقد، وهو رواية عن أحمد ومذهب ابن أبي ليلى^(٤).

القول الثالث: صحة العقد وبقاء الشرط بحاله: فيبقى الخيار مطلقاً أبداً كما نشأ، حتى يصدر ما يسقطه وهذا مذهب ابن شبرمة^(٥)، وقول لأحمد^(٦).

(١) ينظر: المجموع شرح المذهب ١٩١/٩، أسنى المطالب ٥١/٢.

(٢) ينظر: المغني لابن قدامة ٥٠١/٣ ط مكتبة القاهرة، والمقنع ٣٥/٢.

(٣) ينظر: بدائع الصنائع ١٧٤/٥ و ١٧٨، العناية شرح الهدية ٢٩٩/١. وقال: وهو - أي خيار الشرط - على أنواع: فاسد بالاتفاق كما إذا قال اشترت على أي بالخيار أو على أي بالخيار أيأما أو على أي بالخيار أبداً.

(٤) ينظر: المغني لابن قدامة ٥٠١/٣ ط مكتبة القاهرة. وابن أبي ليلى هو: عبد الرحمن بن أبي ليلى يسار بن بلال بن بليل، أبو عيسى. تابعي جليل، ولد في عهد عمر رضي الله عنه. روى عن عمر وعثمان وعلي وسعد وأبي بن كعب وابن مسعود وغيرهم. وروى عنه ابنه عيسى ومجاهد وابن سيرين والشعبي وثابت وآخرون من التابعين، واتفقوا على توثيقه وجلالته. أدرك عشرين ومائة من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم كلهم من الأنصار توفي سنة ٨٣ للهجرة. ينظر: طبقات ابن سعد ١٠٩/٦، الإصابة ٤٢٠/٢.

(٥) هو عبد الله بن شبرمة بن الطفيل بن حسان، أبو شبرمة، الضبي - نسبة إلى ضبة - من أهل الكوفة. (٧٢ - ١٤٤ هـ) كان ثقة فقيهاً عفيفاً حازماً يشبه النساك. ولي القضاء على السواد. وروى عن أنس والتابعين، وروى عنه عبد الملك وسعيد وابن المبارك وآخرون. ينظر: تهذيب التهذيب ٢٥٠/٥، والعبر في خبر من غير ١٩٧/١.

(٦) ينظر: المغني لابن قدامة ٥٠١/٣ ط مكتبة القاهرة.

القول الرابع: صحة العقد وتعديل الشرط، فالخيار المطلق أو المؤبد هنا يخول القاضي تحديد المدة المألوفة في العادة لاختبار مثل السلعة التي هي محل العقد؛ لأن الخيار مقيد بالعادة، فإذا أطلقا حمل عليه. وهذا مذهب مالك^(١).

أدلة الأقوال:

أدلة القول الأول:

(١) قالوا: لأن هذا الشرط يؤدي إلى الغرر المنهي عنه^(٢).

يمكن مناقشته:

١- بالتسليم بأن عدم التأقيت يؤدي إلى الغرر، ولكن لا يلزم من كون الإطلاق يؤدي إلى الغرر، أن يبطل شرط الخيار في العقد، فإن الأصل في شرط الخيار أنه لا يؤدي إلى الغرر، وإذا كان بالإمكان تفادي الغرر - مع تصحيح العقد والشرط - بالرجوع إلى العادة في اختبار المبيع، لم يسغ إبطال العقد، والشرط.

٢- أن القصد من خيار الشرط هو اختبار السلعة للتحقق من صلاحيتها، وهو مع الإطلاق يصح الشرط ويرجع بشأن المدة إلى مآقره العرف في كل سلعة، والشرعية تتشوف إلى تصحيح العقود ما أمكن ذلك.

(٢) لأنها مدة ملحقة بالعقد فلا تجوز مع الجهالة كالأجل^(٣).

يمكن مناقشته: بأن الجهالة أمكن رفعها بالرجوع إلى العرف والعادة، وفارق الأجل في كونه، لا عرف في تحديده.

(٣) فساد العقد؛ بسبب أنه عقد قارنه شرط فاسداً فأفسده ككنكاح الشغار والمحلل^(٤).

يجاب عليه: بما جاء في حديث بريرة الآتي في أدلة القول الثالث.

(١) ينظر: المدونة ٣/٢٣٣، المنتقى شرح الموطأ ٥/٥٧.

(٢) ينظر: المجموع شرح المذهب ٩/١٩١، أسنى المطالب ٢/٥١.

(٣) المغني لابن قدامة ٣/٥٠١.

(٤) المرجع السابق.

(٤) أن البائع إنما رضي ببذله بهذا الثمن مع الخيار في استرجاعه والمشتري إنما رضي ببذل هذا الثمن فيه مع الخيار في فسخه فلو صححناه لأزلنا ملك كل واحد منهما عنه بغير رضاه وألزمناه ما لم يرض به^(١).

يمكن مناقشته: بأن إرادة الطرفين قد تراضت على العقد والشرط فالواجب تصحيحهما، مع تعديل ما يوجب الغرر في الشرط، وهو إطلاق الأجل، وذلك بتقييده بالعرف.

(٥) أن الشرط يأخذ قسطاً من الثمن فإذا حذفناه وجب رد ما سقط من الثمن من أجله وذلك مجهول فيكون الثمن مجهولاً فيفسد العقد^(٢).

يمكن مناقشته: بأننا نسلم بأن الشرط يأخذ قسطاً من الثمن؛ ولذلك صححناه وألزمنا به العاقد الآخر، ولما تضمنه الشرط من إطلاق فإنه يقيد بالعرف.

أدلة القول الثاني:

استدلوا بأدلة القول الأول على فساد الشرط، واستدلوا على صحة العقد مع فساد الشرط بما يلي:

(١) حديث: أن عائشة رضي الله عنها ساومت بريرة^(٣)، فخرج رسول الله ﷺ إلى الصلاة، فلما جاء قالت: إنهم أبوا أن يبيعوها إلا أن يشتروا الولاء، فقال النبي ﷺ: (إنما الولاء لمن أعتق)، وفي رواية أن النبي ﷺ قال: (خُذِيهَا فَأَعْتِقِيهَا وَاشْتَرِي لَهَا الْوَلَاءَ، فَإِنَّ

(١) المغني لابن قدامة ٣/ ٥٠١.

(٢) المرجع السابق.

(٣) هي بريرة مولاة عائشة بنت أبي بكر الصديق رضي الله عنه كانت أمة لبعض بني هلال، فكتبوها، ثم باعوها من عائشة رضي الله عنها فأعتقتها، وكانت تخدم عائشة قبل أن تشتريها، وجاء الحديث في شأنها بأن: (الولاء لمن أعتق)، وقد جمع بعض الأئمة فوائد هذا الحديث. وعتقت تحت زوج، وكان اسم زوجها مغيثا، وقد اختلف في زوجها: هل كان عبداً أو حراً، والصحيح أنه كان عبداً. ينظر: الإصابة ٤/ ٢٥١، وأسد الغابة ٦/ ٣٩، الاستيعاب ٤/ ١٧٩٥.

الولاء لمن أعتق^(١).

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ قد أبطل الشرط وصحح العقد، فلم يؤد بطلان الشرط لبطلان العقد.

(٢) ولأن العقد قد تم بأركانه والشرط زائداً فإذا فسد وزال أسقط الفاسد وبقي العقد بركنيه كما لو لم يشترط^(٢).

دليل القول الثالث:

استدلوا على صحة العقد بما استدل به القول الثاني، واستدلوا على صحة الشرط بعموم قول النبي ﷺ: (المسلمون على شروطهم)^(٣).

وجه الاستدلال: أن النبي ﷺ قد أوجب الالتزام بالشروط في العقود، وهذا شرط في عقد صحيح فوجب الالتزام به.

يجاب عليه: بأن اشتراط الخيار أبداً يقتضي المنع من التصرف على الأبد وذلك ينافي مقتضى العقد فلم يصح كما لو قال: بعثك بشرط أن لا تتصرف^(٤).

يمكن الجواب عليه: بأن مسألة اشتراط الخيار مع التأيد، تفارق مسألة اشتراط الخيار مع الإطلاق، فالأولى فيها تنصيب على التأيد، وهذا يناقض البيع، بخلاف هذه المسألة فالخيار مطلق، فيرجع فيه إلى العرف، وبهذا لا يصح القياس على البيع بشرط عدم

(١) متفق عليه رواه البخاري في كتاب البيوع، باب البيع والشراء مع النساء برقم (٢١٣١)، وفي كتاب المكاتب، باب استعانة المكاتب وسؤال الناس برقم (٢٥١٤) ورواه مسلم في كتاب العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق برقم ٣٧٣٤.

(٢) المغني لابن قدامة ٣/ ٥٠١.

(٣) رواه أبو داود في باب الصلح من كتاب القضاء برقم (٣٥٩٥)، والترمذي في باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح من كتاب الأحكام برقم (١٣٥٠)، وقال: «حسن صحيح»، ورواه الدارقطني في سننه في باب المسلمون على شروطهم من كتاب البيوع برقم (٢٨٤٧)، والبيهقي في سننه الكبرى في باب الشرط في الشركة من كتاب الشركة برقم (١١٥١٣).

(٤) المغني لابن قدامة ٣/ ٥٠١.

التصرف؛ لوجود الفرق.

دليل القول الرابع:

أن هذا الخيار له قدر في الشرع وذلك قدر الحاجة إليه في كل نوع من المبيع فإذا أخلأ بذكره فقد دخلا على المعروف، ألا ترى أنها لو زادا عليه لفسد العقد به ولم يثبت لهما ما زاداه^(١).

نوقش: بأنه لا عادة في الخيار يرجع إليها، واشترطه مع الجهالة نادر^(٢).
يمكن الجواب عليه: بأننا لانسلم بعدم وجود عادة في الخيار، وذلك لأن مقصود الخيار هو اختبار السلعة والتأكد من تحقيقها الغرض الذي اشترت لأجله، وهذا المقصود يمكن تحقيقه في الخيار المطلق بالرجوع في المدة إلى ما تعارف عليه المختصون في اختبار كل سلعة.

الترجيح:

اختار شيخ الاسلام ابن تيمية رحمه الله: أن العاقلين إن أطلقا الخيار ولم يوقتاه بمدة توجه أن يثبت له الخيار ثلاثة أيام^(٣)؛ لأن النبي ﷺ جعل الخيار لمن يخدع في البيوع ثلاثاً^(٤). لكن رواية التخيير بالثلاثة ضعفها بعض أهل العلم، وعلى فرض صحتها فهي خاصة بمن

(١) المنتقى شرح الموطأ ٥/ ٥٧.

(٢) المغني لابن قدامة ٣/ ٥٠١.

(٣) ينظر: الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٥/ ٣٩٠.

(٤) رواه ابن ماجه في باب الحجر على من يفسد ماله من كتاب الأحكام برقم (٢٤٢٢)، وضعفه البوصيري في مصباح الزجاجة ٢/ ٣٥، كما رواه الدارقطني في السنن في كتاب البيوع برقم (٢٩٦٧)، والبيهقي في سننه الكبرى في باب الدليل على أنه لا يجوز شرط الخيار في البيع أكثر من ثلاثة أيام من كتاب البيوع برقم (١٠٥٠١)، وأصل الحديث في الصحيحين دون تحديد الثلاثة أيام، ينظر صحيح البخاري في باب من ينهى عن إضاعة المال من كتاب الاستقراض والديون برقم (٢٣٦٥)، ومسلم في باب من يخدع في البيوع من كتاب البيوع برقم (٣٨١٤).

عرف عنه أنه يغبن في البيوع، أو أن التحديد بالثلاث خاص بالصحابي المغبون، لعلم النبي ﷺ، أن الثلاث أرفق به، فالسبع تختلف، والعاقدون يختلفون أيضاً، والمساواة مع الاختلاف ينافي العدل الذي جاءت الشريعة به.

ويظهر - والله أعلم - أن القول الرابع أقرب للرجحان من الأقوال الأخرى؛ لما فيه من موافقة مقصود الشارع من تصحيح العقود دون إبطالها، ولتوجه المناقشة لما استدل به للأقوال الأخرى.

وهذا الترجيح هو بالنظر إلى المسألة بشكل عام، لكن في مسألتنا هذه المتعلقة بخيار الرد، فإن هذا الخيار المطلق من غير تحديد للمدة، لا يمكن الرجوع فيه إلى العرف، لسببين:

- ١- أن المشتري للسلع - في هذه المسألة - يتصرف فيها بمجرد القبض.
 - ٢- أن السلع غالباً ما تكون متساوية الصفة، كثيرة العدد، لا تحتاج إلى اختبار صلاحية، مثل القمح، أو الأرز أو النفط وغيرها من السلع، التي تباع في الأسواق العالمية، فالخيار هنا غير مقصود لأجل التأكد من صلاحية السلعة بل له مقصد آخر تقدم ذكره.
- لذا فإننا أمام ضبط مسألة واقعة، لتحديد الأسلم فيها شرعاً من جهة مدة الخيار، وبيان هذا يعتمد على مسألة تقدير مدة الخيار:

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

الأول: أن الخيار لا يكون فوق ثلاثة أيام وهو قول أبي حنيفة^(١)، والشافعي^(٢)، - في المشهور عنه - رحمهما الله.

(١) ينظر: المبسوط ٤١/١٣، فتح القدير ١١١/٥ البدائع ١٧٤/٥.

(٢) ينظر: المجموع ١٩٠/٩، ونهاية المحتاج ١٧/٤.

الثاني: أن الخيار يجوز في أي مدة ولو طال، وهو مذهب أحمد، ومحمد بن الحسن^(١)، وأبي يوسف، وابن أبي ليلى وابن شبرمة^(٢)، رحمهم الله جميعاً.

الثالث: أن الخيار يجوز في أي مدة ولو طال بشرط أن تكون بقدر الحاجة وألا تكون خارجة عن المعتاد، وهو مذهب مالك^(٣)، حمه الله تعالى.

أدلة الأقوال:

أدلة القول الأول:

- ١ - حديث الذي يخدع في البيوع المتقدم.
- وجه الدلالة من الحديث: أن جميع أنواع الخيار يرجع في مدته إلى تحديد النبي ﷺ وقد حددها بثلاثة أيام.
- يجاب عليه إضافة لما تقدم:
- ١- أن الأحناف والشافعية الذين احتجوا بهذا الحديث قد خالفوه بقولهم بفساد بيعه جملة: إن كان يستحق الحجر ويخدع في البيوع، أو جواز بيعه جملةً ولا يردّه إلا من عيب: إن كان لا يستحق الحجر.

(١) هو محمد بن الحسن بن فرقد. (١٣١ - ١٨٩ هـ) نسبته إلى بني شيبان بالولاء. أصله من (حرسنا) من قرى دمشق، منها قدم أبوه العراق، فولد له محمد بواسط، ونشأ بالكوفة. إمام في الفقه والأصول، ثاني أصحاب أبي حنيفة بعد أبي يوسف، من المجتهدين المتسبين، وهو الذي نشر علم أبي حنيفة بتصانيفه الكثيرة، ولي القضاء للرشيد بالرقعة، ثم عزله واستصحبه الرشيد في مخرجه إلى خراسان، فمات محمد بالري... من تصانيفه: "الجامع الكبير"، و"الجامع الصغير"، و"المبسوط"، و"الزيادات". وهذه كلها التي تسمى عند الحنفية كتب ظاهر الرواية. وله "كتاب الآثار"، و"الأصل". ينظر: البداية والنهاية ١٠/٢٠٢، الأعلام للزركلي ٦/٣٠٩.

(٢) ينظر: المبسوط ١٣/٤١ البحر الرائق ١/٥، المغني ٤/١٨ - ١٩، مطالب أولي النهى ٣/٨٩، الفروع ٤/٨٣، منتهى الإرادات ١/٣٥٧.

(٣) ينظر: الشرح الكبير على خليل مع حاشية الدسوقي ٣/٩٥، شرح الخرشي على مختصر خليل مع حاشية العدوي ٤/١٩، مواهب الجليل ٤/٤١٢.

٢- وليس في هذا الخبر بيع وقع بخيار من المتبايعين لأحدهما أو لهما وفي هذا نوزعوا^(١).

٢) حديث: (من اشترى شاة محفلة فهو بخير النظرين ثلاثة أيام: إن شاء ردها ورد معها صاعاً من تمر أو صاعاً من شعير)^(٢).
ووجه الدلالة من الحديث كالذي قبله.
أجيب عليه:

١- بأن هذا الحديث لم يعمل به الاحناف - في رد صاع التمر مع التصرية - ثم احتجوا به في هذه المسألة.

٢- ثم إن هذا الحديث ليس فيه منه شيء؛ لأنهم إنما يريدون نصر - تصحيح بيع وقع بشرط خيار للبائع أو للمشتري أو لهما معا أو لغيرهما وليس من هذا كله في خبر المصرة - أثراً ولا نصاً ولا إشارة ولا معنى^(٣).

٣) أن الخيار مناف لمقتضى العقد وقد جاز للحاجة، فيقتصر - على القليل منه، وآخر القلة ثلاث وهو الذي جاء به النص^(٤).

أجيب عنه: بأن قولكم إنه ينافي مقتضى البيع. لا يصح؛ فإن مقتضى البيع نقل الملك والخيار لا ينافيه وإن سلمنا ذلك لكن متى خولف الأصل لمعنى في محل وجب تعديدة الحكم؛ لتعدي ذلك المعنى.

(١) ينظر: المحلى ٧/ ٣٦٣.

(٢) متفق عليه رواه البخاري في باب إن شاء رد المصرة وفي حلبتها صاع من تمر من كتاب البيوع برقم ٢١٢٧، ومسلم في باب حكم بيع المصرة من كتاب البيوع برقم ٣٧٨٥ - ٣٧٩٠.

(٣) ينظر: المحلى ٧/ ٣٦٣.

(٤) ينظر: بدائع الصنائع ٥/ ١٧٤، المجموع شرح المذهب ٩/ ١٩٠.

دليل القول الثاني:

أنه حق يعتمد الشرطاً فرجع في تقديره إلى مشروطه كالأجل أو نقول: مدة ملحقة بالعقد فكانت إلى تقدير المتعاقدين كالأجل^(١).

يجاب عليه: بأن طول المدة إذا كان خارجاً عن العادة فإنه يفضي إلى المنع من التصرف في الثمن والمثمن، وهذا المنع مناف للعقد الذي جعله الشارع إرفاقاً للمتعاقدين^(٢).

دليل القول الثالث:

أنه لما كان الخيار قد شرع رفقا بالمبتاعين للنظر والرأي والاختبار كان أمد الخيار مختلفاً فيما تباعه بقدر ما يحتاجان إلى ذلك^(٣). كما أن طول المدة إذا كان خارجاً عن العادة يفضي إلى المنع من التصرف في الثمن والمثمن، وقد تقدم بيان ذلك.

الترجيح:

يترجح - والله أعلم - القول الثالث، فهو وسط بين القولين، إذ تقدير مدة طويلة تخرج عن المعتاد والحاجة؛ يخرج العقود عن مقاصدها ويؤدي في الواقع: إما إلى عدم قبول شرط الخيار مطلقاً - إن كان بالزمن الطويل الخارج عن المعتاد - لأنه في الحقيقة يُبقي العقد كأنه لم يكن، ولا يؤدي مقصوده، أو أن يكون حيلة لقرض جر نفعاً، كأن يبيعه عمارة متعددة الطوابق بمبلغ خمسة ملايين ريال، مع شرط الخيار ثلاثة سنوات، ويأخذ المشتري أجرة العمارة خلال مدة الشرط، فعند التراد يكون المشتري كمن أقرض مع فائدة هي أجرة العمارة.

وعند تطبيق ذلك على مسألتنا هذه، ننظر إلى المقصود من خيار الرد ماذا يراد منه؟ هل لأجل أن يراجع العاقد نفسه في النظر في صحة هذه الصكوك، ومدى الاستفادة منها،

(١) المغني ٤ / ١٩.

(٢) ينظر: مطالب أولي النهى شرح غاية المنتهى وحاشيته ٨٩ / ٣.

(٣) التاج والإكليل ٦ / ٣٠٣.

فيشترطه حملة الصكوك حتى يتحققوا من مائة المدينين فعليا وقدرتهم على سداد الأموال التي في ذمتهم، ويشترطه مصدر الصك للنظر فيما يترتب عليه من التزامات أخرى بسبب الصكوك، تؤثر على مركزه المالي وأرباحه، أو سمعة المتعاملين معه، بسبب الصكوك، وذلك لأن هناك أمور، لا تتبين إلا بعد مباشرة العمل بالصكوك، فإذا كان كذلك فتحدد مدة لخيار الشرط (خيار الرد) تكون مناسبة وكافية؛ لإدراك الحاجة التي يريدتها العاقد من الشرط.

الواقعة الثانية: حكم تصرف مصدر الصك بالسلع بعد قبضها مع قيام خيار الشرط:

إن هذا التصرف يتضمن أمرين:

- (١) إذن البائع وهم حملة الصكوك بهذا التصرف.
- (٢) أن هذا الإذن مشروط بضمان المصدر لقيمة السلع، عند طلب حملة الصكوك الرد. فسيكون نظر الحكم منطلقا من هذين الأمرين، وبيانه أن يقال: إن هذا الإذن مشروط بالضمان، وبناء عليه فإنه لا يستفاد من هذا الإذن إسقاط الضمان، إنما إسقاط رد عين السلعة المباعة، لاسقوط ضمانها. وأما وقوع الضمان على المشتري عند تصرفه في السلعة بعد قبضها في زمن الخيار؛ فأمر متفق عليه عند المذاهب الفقهية الأربعة: جاء في المبسوط: ولو كان الخيار للبائع فما ثبت في يد المشتري فعليه قيمتها. وقال ابن أبي ليلى: هو أمين فيها؛ لأنه قبضها بإذن صاحبها ووجوب ضمان القيمة باعتبار تفويت شيء على صاحبها وذلك غير موجود وإن كان القبض برضاه ولكننا نقول: البائع ما رضي بقبضه إلا بجهة العقد والمقبوض بجهة العقد يكون مضمونا بالقيمة كالمقبوض على سوم البيع وهذا لأن الضمان الأصلي الثابت بالعقد هو القيمة وإنما يتحول منه إلى الثمن عند تمام الرضا ولم يوجد ذلك حين شرط البائع الخيار لنفسه فيبقى الضمان الأصلي..^(١).

وجاء في التاج والإكليل عند ذكر الضمان زمن خيار الشرط: «أما ما لم يثبت هلاكه مما يغاب عليه فالمبتاع يضمه؛ لأن قبضه خارج من قبض الأمانة وإنما قبضه لمنفعة نفسه وعلى وجه المبايعة دون الأمانة..»^(١).

وقال الشافعي رحمه الله: «وإذا اشترى الرجل بالخيار وقبض المشتري فالمشتري ضامن حتى يرد السلعة كما أخذها وسواء كان الخيار للبائع أو للمشتري أو لهما معا..»^(٢).
وقال أحمد رحمه الله: «إذا اشترى ثوبا بشرط فباعه بربح قبل انقضاء الشرط أي رده إلى صاحبه إن طلبه فإن لم يقدر على ردها فللبائع قيمة الثوب؛ لأنه استهلك ثوبه أو يصالحه»^(٣).

وبناء على ماتقدم فإنه ينفذ تصرف المشتري (المصدر)، مع ضمانه لقيمة السلع لحاملي الصكوك، ويكون ضمانها بالقيمة الاسمية كما تقدم^(٤).

الواقعة الثالثة: أن اختيار الرد يكون بالقيمة الاسمية أو أقل:

تبين مما سبق أن الرد يخرج على خيار الشرط، وبالتالي فإن الواجب عند اختيار فسخ البيع هو رد المشتري السلعة ورد البائع الثمن، من غير زيادة أو نقصان، وبناء عليه، فإن كان الرد بالقيمة الاسمية فلا إشكال، لكن إن كان سعر التنفيذ أقل من القيمة الاسمية، فإنه لا يخلوا من حالين: إن كان حامل الصك -الذي يريد الرد- قد استلم شيئاً من مديونية الصك، فإنه يحسب ما استلمه من القيمة الاسمية للصك (التي اشتراه بها)

(١) ٣٢٤/٦.

(٢) الأم ٤٠/٣.

(٣) المغني ١١/٤.

(٤) يرجع إلى المسألة الثانية، من الفرع الثاني، من المطلب الأول، من المبحث الخامس، من الفصل الثاني، من الباب الأول، من هذا الكتاب.

ويعطيه المصدر الباقي. وأما إن كان حامل الصك لم يستلم شيئاً من مديونية الصك فلا يجوز أن يكون الرد بأقل من القيمة الاسمية، لما تم ذكره سابقاً^(١).

الواقعة الرابعة: مصير الأقساط المسددة أثناء مدة الخيار، إذا استلمها البائع (حملة

الصكوك):

تقدم أن حملة الصكوك باعوا السلع بقيمة مؤجلة (الديون التي على الغير) وتسدد هذه الديون على أقساط يستلمها حملة الصكوك، وبالتالي فإن تلك القيمة هي جزء من ثمن السلعة، وعند تطبيق خيار الرد، فإن البائع (حملة الصكوك) يتحمل في ذمته ما استلمه من الثمن، كما يتحمل المشتري (البنك الطالب للتوريق) في ذمته قيمة السلعة التي قام بالتصرف فيها مع قيام خيار الشرط.

الفقرة الثانية: حكم الاسترداد بخاصية الرد في التوريق الإسلامي للديون

المستقبلية:

تقدم أن التوريق الإسلامي للديون المستقبلية، وكيف على أنه من باب شركة المضاربة، وأن خيار الرد، يخرج على خيار الشرط، وقد تقدم أن محله العقود اللازمة كالبيع والإجارة، أما العقود الجائزة غير اللازمة فلا يثبت فيها الخيار؛ لأن فائدة الخيار دفع اللزوم في مدته، وهذه عقود غير لازمة، بالأصل فلا فائدة من اشتراطه^(٢). وبناء عليه يحق لكل طرف (المضارب ورب المال) الفسخ.

وأما عن طريقة الفسخ، فلكل من المذاهب الأربعة ضوابط لذلك:

فقد قال الحنفية: «إن لكل من رب المال والمضارب الفسخ بشرط علم صاحبه وكون رأس المال عينا-أي نقدا ليس عروضاً- عند الفسخ. ولو نهى رب المال المضارب عن التصرف ورأس المال عروض وقت النهي لم يصح نهيه، أي ولا ينعزل بهذا النهي، وله

(١) ينظر حاشية رقم (٢) ص ٢٥٣.

(٢) ينظر: حاشية رقم (٣) ص ٢٥٢.

أن يبيع العروض لأنه يحتاج إلى بيعها بالدرهم والدنانير ليظهر الربح، فكان النهي والفسخ إبطالا لحقه في التصرف فلا يملك ذلك، وإن كان رأس المال دراهم أو دنانير وقت الفسخ والنهي؛ صح الفسخ والنهي، لكن له أن يصرف الدراهم إلى دنانير والدنانير إلى دراهم استحسانا - أي لتوافق جنس رأس المال - لأن ذلك لا يعد بيعا - أي للعين - لاتحادهما في الثمنية^(١).

وقال المالكية: «حق كل منهما في الفسخ مقيد بكونه قبل شراء السلع بالمال. فإذا نهى رب المال المضارب عن العمل بهاله قبل العمل؛ انحل عقد المضاربة ويصير المال كالوديعة، فإذا عمل بعد ذلك فله الربح وحده وعليه الخسارة، وليس لرب المال عليه إلا رأس المال»^(٢).

وقال الشافعية: «وللعامل بعد الفسخ بيع مال المضاربة إذا توقع فيه ربحا كأن ظفر بسوق أو راغب، ولا يشتري لارتفاع عقد المضاربة مع انتفاء حظه فيه. ويلزم العامل استيفاء دين مال المضاربة إذا فسخ أحدهما، أو فسخا، أو انفسخ العقد، لأن الدين ناقص وقد أخذ العامل من المالك ملكا تاما فليرد كما أخذ، سواء أكان في المال ربح أم لا، ولو رضي بقبول الحوالة جاز. ويلزم العامل أيضا تنضيض رأس المال إن كان عند الفسخ عرضا وطلب المالك تنضيضه، سواء أكان في المال ربح أم لا»^(٣). وقال الحنابلة: «إذا انفسخت المضاربة والمال ناض لا ربح فيه أخذه ربه، وإن كان فيه ربح قسماه على ما شرطاه، وإن انفسخت والمال عرض فاتفقا على بيعه أو قسمه جاز، لأن الحق لهما لا يعدوهما.

(١) ينظر: بدائع الصنائع ٦/١٠٩، ١١٢، وحاشية ابن عابدين ٤/٤٨٩.

(٢) ينظر: حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٣/٧٠٥، منح الجليل ٧/٣٧٤.

(٣) ينظر: أسنى المطالب ٢/٣٨٩، مغني المحتاج ٢/٣١٩، ٣٢٠، حاشيتا قليوبي وعميرة ٣٠/٦٠.

وإن طلب العامل البيع وأبى رب المال - وقد ظهر في المال ربح - أجبر رب المال على البيع ؛ لأن حق العامل في الربح ولا يظهر إلا بالبيع ، وإن لم يظهر ربح لم يجبر .
وإن انفسخت المضاربة والمال دين لزم العامل تقاضيه ، سواء ظهر في المال ربح أو لم يظهر^(١) .

يفهم مما سبق اتفاق المذاهب الفقهية الأربعة على ضابط مهم عند الفسخ في عقد المضاربة ، ألا وهو : صحة ذلك الفسخ من أحدهما أو كلاهما بشرط : ألا يترتب على أحد الطرفين ضرر إلا إذا كان في نصيبه ورضي به ، أما إذا تسبب فسخ أحد الطرفين ، الضرر بالآخر فإنه لا يصح ذلك الفسخ ، لوجود الضرر ، وهذا يتوافق مع حديث النبي ﷺ :
(لا ضرر ولا ضرار)^(٢) ، ويتوافق مع القواعد الشرعية ، كقاعدة الضرر يزال^(٣) . وقاعدة :
التفاسخ في العقود الجائزة متى تضمن ضرراً على أحد العاقلين ، أو غيرها ممن له تعلق بالعقد لم يجز ولم ينفذ ، إلا أن يمكن استدراك الضرر بضمان أو نحوه ، فيجوز على ذلك الوجه^(٤) . وبناء عليه يصح تطبيق خيار الرد في التوريق الاسلامي للديون المستقبلية ، وله حالين :

(١) ينظر: المغني ٥/ ٥٨ ، الانصاف ٥/ ٤٤٨ .

(٢) رواه مالك في الموطأ برقم (١٤٤٠) وأحمد في مسند ابن عباس برقم (٢٨٧٠) وفي مسند عبادة بن الصامت برقم (٢٢٣٩٩) ، وابن ماجه في سننه في باب من بنى في حقه ما يضره بجاره من كتاب الأحكام برقم (٢٤٠٧ ، ٢٤٠٨) ، والبيهقي في سننه في كتاب الصلح ، باب لا ضرر ولا ضرار برقم ١١٤٦٦ ، جاء في فيض القدير ٦/ ٤٣١ ، ٤٣٢ ، ط : المكتبة التجارية الكبرى : وقال العلائي :
للحديث شواهد ينتهي مجموعها إلى درجة الصحة أو الحسن المحتج به .

(٣) ينظر : غمز عيون ذوي البصائر ١/ ٢٧٤ ، درر الأحكام ١/ ٣٧ ، الموافقات ٢/ ١٣٤ ، ١٥٢ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٣ ، مطالب أولي النهى ٣/ ١١١ .

(٤) القواعد لابن رجب ص ١١٠ .

الحال الأولى: تطبيق خيار الرد قبل الشروع في العمل: وفي هذه الحال، يلزم الفسخ ويرد لرب المال (حامل الصك) مادفعه.

الحال الثاني: تطبيق خيار الرد بعد الشروع في العمل: أي بعد أن يتحول رأس المال إلى دين، ففي هذه الحال لا يخلو من أمرين:

- (١) أن يتحول جميع رأس المال إلى دين: فلا يخلو أيضاً أن يكون الدين حالاً فيجب على العامل المطالبة وفسخ العقد مع الطالب للرد أو يكون الدين مؤجلاً فعندها لا يصح أن يستخدم خيار الرد، لأن الفسخ لا يمكن؛ إذ رأس المال دين مؤجل، ولا يمكن إلا بشراء المصدر لنصيب طالب الرد، وهذا من الربا كما تقدم؛ لمافيه من بيع نقد حال بنقد مؤجل.
- (٢) أن يكون خيار الرد عند تحول بعض رأس المال إلى دين دون البعض الآخر، فبناء على أن نصيب حامل الصك مشاع، فبالإمكان عده من رأس المال الذي لم يتحول، إذا كان كافياً ويطبق فيه خيار الرد، فإن لم يكن غير المتحول كافياً لرد رأس مال حملة الصكوك، فإن الحكم يرجع إلى الأمر الأول.

المسألة الثانية: حكم الاسترداد بخاصية الاستدعاء في التوريق الإسلامي:

ويندرج تحتها فقرتان:

الفقرة الأولى: حكم الاسترداد بخاصية الاستدعاء في التوريق الإسلامي للديون

الحالية:

تقدم أن خاصية الاستدعاء: هي اشتراط الجهة المصدرة حق الاستدعاء الذي يعطيها الحق في إعادة شراء السند، بعد تاريخ معين بسعر تحدده نشرة الاكتتاب، وعادة ما يكون بالقيمة الاسمية أو أعلى منها.

وبناء عليه فإن هذه الخاصية تضمنت ثلاثة أمور:

- (١) اشتراط الجهة المصدرة على حامل الصك، إعادته إليها بالبيع.

(٢) أن البيع محدد بعد تاريخ معين.

(٣) أنه قد يكون بالقيمة الاسمية أو أعلى منها.

يظهر من هذا الأمور الثلاثة، أن هذا الشرط قد تضمن المحاذير التالية:

١ - أنه داخل في النهي عن بيعتين في بيعة: ووجه ذلك: أن المصدر قد باع على وكيل حملة الصكوك دينه بتلك السلع، والصك أصبح يمثل تلك الديون، فهو قد اشترط في البيع الأول إعادة المبيع له بالبيع بعقد آخر وهذه الصورة التي نص أهل العلم على دخولها تحت النهي كما تقدم^(١).

٢ - أن فيه ربا نسيئة: ووجه ذلك، أن هذا الشرط يناقض عقد البيع، ويغير حقيقته، فيجعله عقد قرض صريح، ويكون وجود السلع كعدمها، بل قد يصير ربا مركبا، فالبنك باع الدين النقدي بنقد أقل منه حاضرا، ثم عاد فاشتراه بما يساوي ماباعه به أو بأكثر. فالتركيب في الربا من وجهين:

الأول: يتبين بيع الدين النقدي بأقل منه حاضرا، فهذا بيع نقد بنقد أكثر منه مؤجلا، وهو ربا النسيئة الذي نص الكتاب والسنة وإجماع المسلمين على تحريمه.

الثاني: بيع الدين النقدي المؤجل بأكثر منه حالا، فيقع حملة الصكوك في جانب المقرض بالربا مرتين.

٣ - أن فيه تحديدا وتأقيتا للبيع: فالتنصيص على تاريخ الاستدعاء يجعل العقد الأول (عقد البيع) مؤقتا مع جهالة المدة^(٢).

(١) يرجع: إلى القسم الأول من الفرع الثاني من المطلب الثاني من المبحث الثاني من التمهيد، من هذا الكتاب.

(٢) جاء في الفتاوى الكبرى (٢/ ٢١٥) لابن حجر الهيتمي: البيع المؤقت هو تأقيت الملك إلى زمن معلوم أو مجهول.

ومن شروط صحة البيع: ألا يكون العقد مؤقتاً، فإن أفته فالبيع فاسد؛ لأن عقد البيع عقد تملك العين، وعقود تملك الأعيان لا تصح مؤقتة، ولهذا عرف بعض الفقهاء البيع بأنه: عقد معاوضة مالية يفيد ملك عين على التأيد^(١). وهذا من غير خلاف أعلمه^(٢)؛ ذلك لما كان البيع هو مبادلة المال بالمال بالتراضي، وكان حكمه هو ثبوت الملك للمشتري في المبيع، وللبيع في الثمن للحال، ولما كان هذا الملك يثبت له على التأيد، فإنه لا يحتمل التأقيت. جاء في الأشباه والنظائر: «إن مما لا يقبل التأقيت بحال، ومتى أقت بطل، البيع بأنواعه»^(٣). اهـ، وجاء في بدائع الصنائع: «وعقود تملك الأعيان لا تصح مؤقتة»^(٤). اهـ. وجاء في الموسوعة الفقهية الكويتية: أبطل الفقهاء كل شرط يؤدي إلى تأقيت البيع، أي إلى عودة المبيع إلى بائعه الأول، سواء كان هذا التأقيت ناتجاً عن الصيغة، كبعتك هذا سنة، أو عن شرط يؤدي إلى توقيت البيع، كبعتك هذا بشرط أن ترده لي بعد مدة كذا^(٥).

الفقرة الثانية: حكم الاسترداد بخاصية الاستدعاء في التوريق الإسلامي للديون

المستقبلية:

إن المصدر في التوريق الإسلامي يعد شريكاً لحملة الصكوك، لهذا فإن هذه الخاصية، تعد من قبيل اشتراط الشريك على شريكه بيع نصيبه له في وقت معين، أثناء قيام الشركة. والنصيب في هذه الحال، يمثل ديوناً لدى الغير، فالمسألة تتكون من جزأين:

(١) ينظر: الفتاوى الهندية ٣/٣، بدائع الصنائع ١١٨/٦ ط المكتبة العلمية - بيروت، البحر الرائق

شرك كنز الدقائق ٥/٢٨١، مغني المحتاج شرح منهاج الطالبين ٣/٢ ط دار الفكر، مطالب أولي

النهى ٤٢/٣.

(٢) ينظر بالإضافة إلى ما سبق: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٧٩/٤، والمغني المطبوع مع الشرح

الكبير ٢٢١/٦.

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٨٢.

(٤) بدائع الصنائع ١١٨/٦.

(٥) الموسوعة الفقهية الكويتية ١٠/٦.

الأول: الشرط: فبالنظر إلى الشرط، باستقلال عن الجزء الثاني - الآتي بيانه - فإنه يعد من باب اشتراط عقد معاوضة (البيع) في عقد معاوضة (الشركة)، وقد سبق بيان جواز ذلك.

الثاني: البيع: وهو العقد المشروط في الصكوك، وقد تقدم بيان حكم بيع الصك في عقد التوريق الاسلامي للديون المستقبلية. وباجتماع هذين الجزأين، يتوصل الباحث، إلى أنه إذا جاز بيع الصك - بجواز تداوله - صح الاسترداد بهذه الخاصية.

المسألة الثالثة: الاسترداد بطريق الإقالة:

تقدم تعريف الإقالة وأنها لا تقع إلا في العقود اللازمة دون الجائزة^(١)، وبناء عليه فإن الإقالة تنطبق على التوريق الإسلامي للديون الحالية، دون المستقبلية، فإذا افترضنا عدم وجود الخيار بين العاقلين، وبعد البيع رغب حملة الصكوك، أو البنك الطالب للتوريق الإقالة، فلا يخلو من حالين:

الحال الأول: أن يكون طلب الإقالة قبل التصرف في السلع بالبيع: فالإقالة في هذه الحال صحيحة.

الحال الثاني: أن يكون طلب الإقالة بعد التصرف:

اختلف الفقهاء في حكم الإقالة بعد التصرف في المثلث على قولين:

الأول: عدم صحة الإقالة وهو المذهب عند الحنفية^(٢)، والمالكية^(٣)، والحنابلة^(٤).

(١) يرجع: المسألة الثالثة من الفرع الثاني من المطلب الأول من المبحث الخامس من الباب الأول من هذا الكتاب.

(٢) ينظر: المبسوط ١٦٥/٢٥، بدائع الصنائع ٣٠٩/٥.

(٣) ينظر: المدونة ١٢١/٣، مواهب الجليل ٤٨٦/٤.

(٤) ينظر: الفروع ١٢٤/٤، كشف القناع ٢٥٩/٣، دقائق أولى النهي ٦٣/٢.

الثاني: صحة الإقالة وهو المذهب عند الشافعية^(١)، ووجهه عند الحنابلة^(٢).

أدلة الأقوال:

دليل القول الأول:

قالوا إن الواجب في الإقالة هو التراد، وبالتصرف في المثل، يتعذر الرد، لأن الرد يستدعي مردوداً، والإقالة تستدعي مقالاً فيه^(٣).

يمكن أن يجاب عليه: بأن الإقالة مبنية على التراضي بين الطرفين، وهي تصرف ندب الشارع إليه، فإذا اتفق الطرفان على أخذ البديل، بعد تعذر العين، ولم يتضمن محذورا شرعياً، ولا حيلة فيه إلى محرم، فما لمانع منه، وقد جعل الشرع البديل قائماً مقام العين عند تعذره في مسائل كثيرة، كحديث التصرية المتقدم^(٤).

دليل القول الثاني:

بأن مقتضى الإقالة هو فسخ العقد، فتصح الإقالة بعد التصرف في المبيع أو هلاكه، ويجب المثل؛ إن كان مثلياً، أو قيمته؛ إن كان متقوماً كالفسخ بالتحالف^(٥).

الترجيح:

يترجح للباحث القول الثاني، بصحة الإقالة بعد التصرف في المثل، لما مضى. من عرض أدلة الفريقين، والإجابة عن دليل القول الأول، ومن الأولى - عند الباحث - إضافة بعد الضوابط لصحة الإقالة:

١ - ألا يتوصل بذلك إلى محذور شرعي، كإباحة مسألة ربوية، بأن يبيعه سلعة معينة، ثم يتصرف فيها، ثم يقيله منها بثلث مؤجل.

(١) ينظر: الأم ٣/٧٧، أسنى المطالب ٢/٧٤.

(٢) ينظر: القواعد لابن رجب ١٠٩-١١٠، الفروع ٤/١٢٤.

(٣) ينظر: المبسوط ٢٥/١٦٦، بدائع الصنائع ٥/٣٠٩، القواعد ص ١٠٩، مطالب أولي النهى ٣/١٥٦.

(٤) سبق تحريجه.

(٥) ينظر روضة الطالبين ٣/١٦٩، ط دار الفكر.

- ٢- ألا يوجد اتفاق على الإقالة قبل البيع؛ لأن هذا الاتفاق يُصير البيع صورياً.
- ٣- ألا يوجد ما يخل بجانب التراضي في المسألة، كأن يضطر البائع إلى أحد أمرين، إما قبول الإقالة أو ضياع ماله، سيما في البيوع المؤجلة الثمن. وذلك لأن مبنى تصحيح الإقالة هو التراضي بين الطرفين، فإن وقع فيه خلل، لم تصح الإقالة. والله أعلم
- وبناء على ماسبق، فإنه يصح استرداد صكوك التوريق الإسلامي بالإقالة، ويعطيه مصدر الصكوك، مقدار مادفعه في شراء الصك، وهي القيمة الاسمية؛ لأن القيمة السوقية، لا تتصور هنا، لعدم صحة تداولها بالبيع كما مر.

المطلب الثاني

انتهاء صكوك التمويل والاستثمار بعقد التوريق:

وفيه فرعان:

الفرع الأول: انتهاء صكوك التمويل والاستثمار بعقد التوريق التقليدي؛

تقدم^(١) أن التوريق التقليدي، يقوم على أساس الاكتتاب في السندات، بحيث تستخدم حصيلة الاكتتاب في هذه السندات، في شراء ديون، ويراعى أن تتوافق تواريخ استحقاق أقساط الديون وفوائدها؛ بحيث تكفي متحصلات أقساط الديون وفوائدها، لمواجهة سداد قيمة السندات وعوائدها، عند حلول آجال استحقاقها.

وبالتالي فإن هذا النوع من التوريق القائم على إصدار سندات، يعتمد - بخصوص انتهائها - على أمرين:

- (١) أن الانتهاء يقوم على إعادة قيمة السند الاسمية، لحاملة.
- (٢) أن ذلك يكون عند تاريخ الاستحقاق، وهو تاريخ مثبت في نشرة إصدار الصك، يحدد وقت استعادة حامل السند القيمة الاسمية له، وينتهي السند بذلك^(٢).

(١) ينظر: أول هذا الفصل.

(٢) ينظر: إدارة المخاطر باستخدام التوريق للدكتور منير هندي ص ٧٠-٨٣.

وبناء على ماسبق فإن سند توريق الديون التقليدي، ينتهي عند تاريخ الاستحقاق المثبت فيه، ويستعيد حامل السند القيمة الاسمية له.

الفرع الثاني: انتهاء صكوك التمويل والاستثمار بعقد التوريق الإسلامي؛
وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: انتهاء صكوك التمويل والاستثمار بعقد التوريق الإسلامي للديون الحالية:

تقدم بيان أن هذا النوع من الصكوك، يقوم على تحويل الدائن في الديون المتجانسة، المتوافق في آجالها عن طريق عملية شرعية، إلى حملة الصكوك، وبالتالي فإن الصك يمثل مديونية، بأقساط معينة، إلى آجال محددة، يستحق حامل الصك ذلك المبلغ، في أجله المثبت في الصك، حتى يستتم المبلغ المذكور في الصك.
وبناء عليه فإن صكوك التوريق الإسلامي للديون الحالية؛ تنتهي باستلام حامل الصك أقساط المديونية، في آخر أجل لها.

المسألة الثانية: انتهاء صكوك التمويل والاستثمار بعقد التوريق الإسلامي للديون المستقبلية:

تقدم أن هذا النوع من الصكوك كيف على أنه من قبيل المضاربة، وبالتالي فإن هذه الصكوك، لا تنقيد بتاريخ معين؛ نظراً لأن الديون قد لا تكون متوافقة في التاريخ، فمتى تحقق الربح مع استعادة رأس المال، خلال دورة تجارية واحدة، فإنه ينتهي الصك، ويعاد لمصدره، ويعطي المصدر لحامل الصك رأس المال وربحه.
وبناء عليه فيمكن استخدام طريقتين لانتهاء الصك:

الطريقة الأولى: بالفسخ بعد انتهاء الدروة التجارية، واسترداد الأموال من المدينين.
الطريقة الثانية: يمكن تحديد تاريخ معين لانتهاء الصك - محتاط فيه - بحيث لا يبلغه إلا بعد عودة رأس المال والأرباح، ويتم قسمتها على ما هو مثبت في نشرة الإصدار.

الفصل الثاني

صكوك عقد الامتياز (franchise)

وفيه تمهيد وأربعة مباحث؛

التمهيد: في تعريف عقد الامتياز التجاري ومتعلقاته وبيان أركانه وأنواعه.

المبحث الأول: الالتزامات المترتبة على طرفي عقد الامتياز التجاري، أساليب منح الامتياز التجاري وتكييفه في الفقه.

المبحث الثاني: استثمار وتمويل عقد الامتياز التجاري بالصكوك.

المبحث الثالث: حكم تداول هذا النوع من الصكوك.

المبحث الرابع: استرداد صكوك التمويل والاستثمار بعقد الامتياز التجاري وانتهاءها.



التمهيد

في تعريف عقد الامتياز التجاري^(١) ومتعلقاته وبيان أركانه وأنواعه:

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول

تحديد ماهية عقد الامتياز التجاري

وفيه فرعان:

الفرع الأول: المفهوم العام لعقد الامتياز التجاري:

المفهوم العام لعقد الامتياز التجاري: يتلخص في أنه إقدام شخص أو مؤسسة، على تطوير نشاط تجاري أو صناعي وإطلاقه بشكل مزدهر، بعد اتباع أساليب ووسائل وطرق سرية جديدة كانت الباعث في تقدم هذا النشاط، فالعنصر الأساسي لمثل هذا النشاط

(١) اختلف فقهاء القانون في إيجاد الترجمة الصحيحة لعقد الفرنشايز فأشار بعضهم أن أقرب معنى لها هو عقد الامتياز التجاري. ينظر: عقد الامتياز التجاري للدكتور محمد النجار ص ٣٤١، الترخيص باستخدام العلامة التجارية لحسام الدين الصغير ط القاهرة ١٩٩٣ م ص ٧٥. لكن ذكر بعض الباحثين أنه هناك فروق بين عقد الفرنشايز وعقد الامتياز التجاري، هي:

(١) أن عقد الامتياز التجاري ليس فيه الالتزام بنقل المعرفة السرية بخلاف الفرنشايز.
(٢) لا يلتزم المرخص له في عقد الامتياز التجاري بدفع رسوم أولية، بخلاف عقد الفرنشايز، وبناء على هذين الفرقين منعوا تسمية عقد الفرنشايز بعقد الامتياز التجاري.

(ينظر: الفرنشايز: دراسة في القانون المقارن د نعيم مغيب ص ١٣، "الفرنشايز وآثاره" بحث منشور في الانترنت. دعاء البشتاوي ص ٤٥، عقد الفرنشايز للدكتور ياسر السريحي - بحث منشور في الانترنت - ص ٣.

ويرى الباحث: أن الفروق المذكورة غير جوهرية، و غير رئيسية إذ قد يشترطها، أحد الأطراف، فتثبت في العقد، وقد لا تذكر في العقد، فلا يقتضيها الالتزام، والخلاصة أن هذين الفرقين خاضعان لإرادة الطرفين، ورغبتها وليست مميزة للعقد، وبالتالي، فلا مانع في تسمية هذا العقد بعقد الامتياز التجاري.

يرتكز - بالإضافة إلى العناصر المادية - على العناصر غير المادية، التي تعتبر أهم وأدق لتحديد هذا المفهوم، وهي تتمثل في الاسم التجاري والطرق والأساليب السرية المعينة، وسرية المعرفة التي جرى اكتشافها من قبل المؤسسة، وإطلاقها ليس فقط في مؤسسة واحدة، إنما ضمن شبكة خاصة في البلد الواحد، وفي بلدان أخرى، مثل الماكدونالدز، وبيتزا هات، والهولندي إن...^(١). فعندما يزدهر منتج أو سلعة معينة ومميزة، بمحددات بصرية أو تقنية أو صناعية، أو خدمية، وينطوي ذلك المنتج، وتلك السلعة على معرفة سرية، تكسبها ذلك التفوق والتميز، فإن هذا يرغب الآخريين، للاستفادة من تسويق هذا المنتج، بطريقة وأسلوب شبه مفروض^(٢)، ومقنن من قبل المبتكر لهذا المنتج أو السلعة، ويتم هذا الجمع بين صاحب السلعة المميزة والطرف الآخر، بعقد اصطلاح على تسميته بعقد الفرنشايز أو الامتياز التجاري، أو عقد نقل المعرفة الفنية^(٣).

الفرع الثاني: تعريف عقد الامتياز التجاري (الفرنشايز):

أوردت بعض القوانين الخاصة تعريفات لعقد الفرنشايز كالتالي:

التعريف الأول: أنه نظام للتجار بالمنتجات أو الخدمات أو التكنولوجيا يستند على التعاون الوثيق والمستمر بين مشاريع الفرنشايزر^(٤) والفرنشايزي^(٥)، المتميزة والمستقلة قانونياً ومالياً عن بعضها، ويمنح الفرنشايزر للفرنشايزي حقوق وموجبات لاستثمار المشروع طبقاً للشروط المتفق عليها^(٦).

(١) الفرنشايز: دراسة في القانون المقارن د نعيم مغبغب ص ١٣.

(٢) وصف بعض الباحثين عقد الفرنشايز، بأنه أقرب إلى عقد الاذعان. ينظر المرجع السابق ص ١٥٦.

(٣) ينظر عقد الامتياز التجاري د محمد محسن النجار ط/ دار الجامعة الجديدة ٢٠٠٧، ص ١٦ - ٢٠.

(٤) هو المتنازل عن هذا النشاط، أو المالك والمناح لحق الامتياز. ينظر المرجع السابق ص ١٤.

(٥) هو المتنازل له، أو الممنوح حق الامتياز ينظر المرجع السابق ص ١٤.

(٦) المادة الأولى من القانون الأوربي للمناقصية الصادر عام ١٩٧٣ م.

نقد التعريف:

- (١) أنه عرف العقد بكونه نظام، وهذا يخالف حقيقة المعرف، إذ هو عقد بين طرفين، بينما النظام، يطلق ويراد به القاعدة المستمرة التي تشمل عموم الناس، أو عموم فئة منهم.
- (٢) أن فيه دوراً بذكر الفرنشايزر والفرنشايزي..
- (٣) لم يتضمن تقدير المدة، إذ إن عقود الفرنشايز غالباً ما تكون محددة بمدة قابلة للتجديد، ولا تكون أبدية.

التعريف الثاني: أنه عقد بموجبه تقوم مؤسسة تسمى المانح، بالترخيص لمؤسسة أخرى أو أكثر تسمى المتلقي بتنمية انتشار علامة عن طريق نقل العناصر المميزة لها.

نقد التعريف: إضافة للفقرة الثالثة من نقد التعريف السابق:

- (١) قوله "المانح" يفهم منه الهبة التي بلا عوض، بينما عقد الامتياز التجاري - ولا شك - من عقود المعاوضات.

- (٢) أنه خص العقد بتنمية انتشار العلامة، وأهم العلامة من ذكر وصف محدد لها، كما أن هذا العقد لا يقتصر على العلامة بل يشمل ما يسمى بالتكنولوجيا (التقنية) وكذا المعرفة الخاصة بمنتج معين.

التعريف الثالث: أنه ذلك الاتفاق الذي بموجبه يحصل شخص على ربح أو دخل من خلال استغلال الحق الممنوح بالاتفاق والمتضمن الاسم التجاري أو التصميمات أو أي من حقوق الملكية الفكرية أو الشهرة المرتبطة بها^(١).

نقد التعريف: إضافة لما جاء في نقد التعريف السابق الفقرة الأولى، ولما جاء في الفقرة الثالثة من نقد التعريف الأول، فإن هذا التعريف، لم يذكر ما يدل على أن إعطاء استغلال هذا الحق هو في مقابل عوض معلوم.

(١) التعريف الوارد بالفصل ٧٥ من قانون الخدمات المالية البريطاني الصادر سنة ١٩٨٦.

التعريف الرابع: أنه علاقة تجارية مستمرة تنشأ بموجب اتفاقات أو ترتيبات والتي

بموجبها:

١- يقوم (الشخص المتلقي) بممارسة نشاطه المتضمن بيع أو توزيع السلع أو الخدمات التي تحمل العلامات التجارية أو علامة الخدمة أو الاسم التجاري أو أي شعارات تجارية تخص شخصاً آخر (المانح) وتقابل مستويات الجودة المحددة بمعرفته».

٢- يمارس -أو يستطيع أن يمارس- المانح مستوى معيناً من السيطرة والرقابة ويقدم المساعدة المستمرة للمتلقي في ممارسته للنشاط بما في ذلك التنظيم العملي وإدارة الأنشطة الدعائية وخطط التسويق وكافة شؤون العمل^(١).

نقد التعريف:

(١) يرد عليه ماورد في نقد التعاريف السابقة.

(٢) أنه تضمن الطول والتقسيم، الذي ينافي صبغة التعاريف.

يمكن تعريفه: بأنه عقد بين طرفين يلتزم أحدهما بتمكين الطرف الآخر من الانتفاع بحق معنوي مقابل عوض مالي خلال مدة محددة.

المطلب الثاني

تعريف متعلقات عقد الامتياز التجاري

وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: تعريف العلامة التجارية:

عرفها نظام العلامات التجارية السعودي^(٢): بأنها الأسماء المتخذة شكلاً مميزاً أو الإمضاءات أو الكلمات أو الحروف أو الأرقام أو الرسوم أو الرموز أو الأختام أو

(١) تعريف لجنة التجارة الفدرالية سنة ١٩٧٩ (FTC).

(٢) الصادر بالمرسوم الملكي الرقم: م/ ٢١ التاريخ: ١٤٢٣/٥/٢٨ هـ بناءً على قرار مجلس الوزراء

رقم (١٤٠) وتاريخ ١٤٢٣/٥/٢٦ هـ ينظر: المادة الأولى منه.

النقوش البارزة، أو أي إشارة أخرى أو أي مجموعة منها تكون قابلة للإدراك بالنظر وصالحة لتمييز منتجات صناعية أو تجارية أو حرفية أو زراعية أو مشروع استغلال للغابات أو ثروة طبيعية، أو للدلالة على أن الشيء المراد وضع العلامة عليه يعود لصاحب العلامة بداعي صنعه أو انتقائه أو اختراعه أو الاتجار به، أو للدلالة على تأدية خدمة من الخدمات.

وعرفها بعض الباحثين: بأنها تلك الإشارة المتخذة شكلاً مميزاً، التي يتخذها صاحب متجر أو مصنع شعاراً لمنتجاته، تميزها لها عن غيرها من المنتجات، وتمكيننا للمستهلك من التعرف على حقيقة مصدرها أينما وجدت^(١).

وبناء على ماسبق يمكن الوصول إلى تعريف مختصر للعلامة التجارية بأنها: ما يوضع على منتج معين بهدف تمييزه عن غيره.

الفرع الثاني: تعريف الرسم والنموذج الصناعي؛

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: المقصود بالرسم؛

هو صور الأشكال أو الهيئات أو النماذج، أو الزخرفة فقط، المستعملة لأي مادة، بعملية أو وسيلة اصطناعية، سواء أكانت يدوية آلية أم كيميائية، منفصلة عن غيرها أو مركبة، مما تستحسنه أو تقدره العين المجردة، إذا كانت المادة منجزة، ولكنها لا تشمل طريقة الصنع أو كلفته أو أي شيء آخر ليس هو في جوهره سوى استنباط آلي^(٢).

(١) ينظر: حماية العلامات التجارية لماهر فوزي حمدان ص ١٧، ط الجامعة الأردنية ١٩٩٩ م.

(٢) ينظر: القانون التجاري، د أحمد محمد محرز - غير مذكور دار النشر - ط / ١٩٩٨ م،

المسألة الثانية: المقصود بالنموذج:

هو القالب الذي تصب فيه السلعة، في شكل جسم يسبغ على السلعة مظهرها، يميزها عن السلع المماثلة^(١).

الفرع الثالث: تعريف براءة الاختراع:

عرفها بعض الباحثين بأنها: شهادة تعطى من قبل الدولة، وتمنح صاحبها حقاً حصرياً باستثمار الاختراع موضوع هذه البراءة^(٢).

وعرفها آخر بأنها: شهادة رسمية أو صك تمنحه الحكومة أو جهة الإدارة لشخص ما، يكون له بمقتضى هذه الشهادة احتكار استغلال اختراعه صناعياً، لمدة معينة بأوضاع معينة^(٣).

وعرفها نظام براءات الاختراع السعودي بأنها: الوثيقة التي تُمنح للمخترع، ل يتمتع اختراعه بالحماية المقررة داخل المملكة العربية السعودية^(٤).

المطلب الثالث**أركان عقد الامتياز التجاري**

من خلال النظر في المفهوم العام لعقد الامتياز التجاري، وتعريفه المذكورة، يمكن معرفة الأركان التي يقوم عليها هذا العقد – من وجهة نظر الباحث – في أربعة أركان:

(١) ينظر: شرح قواعد الملكية الفكرية د نوري حمد خاطر. ط / دار وائل للنشر ٢٠٠٥م، ص ٣٦٥.

(٢) الفرشايين لنعيم مغبغب ص ٨٢.

(٣) براءات الاختراع مابين التشريع الأردني والمصري والاتفاقات الدولية، د رأفت صلاح أبو الهيجاء ط / عالم الكتاب الحديث ٢٠٠٦م ص ١.

(٤) الفقرة (ت) من المادة الثانية من نظام براءات الاختراع السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم م / ٣٨ وتاريخ ١٤ / ٨ / ١٤٠٩ هـ المبني على قرار مجلس الوزراء رقم (٥٦) وتاريخ ١٩ / ٤ / ١٤٠٩ هـ.

الأول: الإيجاب والقبول:

وهو الصيغة التي يبرم بها الطرفان عقد الامتياز التجاري، وتتضمن الإيجاب وهو الصادر من مالك المعرفة الفنية، والقبول وهو الصادر من المستفيد منها.

الثاني: العاقدان:

لأجل أن هذا العقد، عقد جديد مستحدث، غربي المنشأ، ليس له في التاريخ الفقهي الإسلامي تسمية خاصة به، بل تم نقله من الكتب الفقهية الغربية، إلى كتب القوانين العربية، بسبب الحاجة إليه، هذا من جهة، ومن جهة أخرى اتصال الثقافات والتجارات، وتعلق اقتصاديات الدول في العالم بعضها ببعض، افتقر إلى إعادة تسمية أطراف هذا العقد، وبناء على ذلك اختلف الباحثون، وفقهاء القانون في تسمية العاقدين في عقد الامتياز التجاري، فيحسن قبل النظر في تسميتهما معرفة الأوصاف المتعلقة بكل طرف ثم أذكر ما سمي به، على النحو التالي:

الطرف الأول: وهو الذي يملك سلعة أو منتجاً أو خدمة أو نظام عمل معين، أو معرفة فنية، أو حقاً معنوياً، بحيث يقوم بالترخيص أو إعطاء الإذن في استعمال ذلك مقابل عوض مالي وفقاً لشروط يتم الاتفاق عليها، وبالتالي فهو يملك العناصر الآتية: اسماً تجارياً أو علامة تجارية مرموقة، أو حقوقاً فكرية تتمتع بالحماية والتي قد تسمى بالخلطة السرية^(١)، ويسميه بعض الباحثين بالفرنشايزر^(٢)، ويسميه جملة منهم بالمانح^(٣).

الطرف الثاني: وهو الطرف الذي يشتري حق الفرنشايز من المانح، ويقوم بتشغيله بفتح مشروع، مستخدماً نفس الاسم التجاري أو العلامة التجارية، أو نظام العمل الذي

(١) ينظر: رسالة ماجستير مقدمة لجامعة النجاح الوطنية بفلسطين بعنوان: عقد الفرنشايز وآثاره. دعاء البشتاوي ص ٢٣. غير مطبوع.

(٢) الفرنشايز لنعيم مغيب ص ١٤.

(٣) ينظر: عقد الامتياز التجاري د محمد محسن النجار ط دار الجامعة الجديدة ٢٠٠٧، ص ١٨، عقد الفرنشايز وآثاره لدعاء البشتاوي ص ٢٣.

يزوده به المانع وهو بذلك يتمتع بالقدرة المالية والإدارية، والاستعداد للعمل بنظام عمل مانح الفرنشايز، ودفع الرسوم المستحقة على ذلك^(١). ويمكن اختصار تعريفه بأنه: المستفيد من تلك المعرفة الفنية، أو الحق المعنوي، مقابل العوض المتفق عليه في العقد. ويسميه بعض الباحثين، بالفرنشايزي^(٢)، ويسميه بعضهم بالمتلقي^(٣)، ويقتصر آخرون على تسميته باليمنوح له^(٤).

ويرى الباحث أن التسمية الصادقة على طرفي العقد، تكون نابعة من تكييفه في الفقه، وهو ماسيأتي الحديث عنه قريباً^(٥) إلا أنه مع ذلك فلا مشاحة في الاصطلاح.

الثالث: المحل المعقود عليه:

يستند المحل في عقد الامتياز التجاري على عناصر أساسية، تكون الباعث الحقيقي لازدهاره وتقدمه، ويمكن تقسيم المحل المعقود عليه إلى ثلاثة عناصر:

العنصر الأول: الأسرار التي تستند إليها الطرق والأساليب المتبعة لهذا

النشاط (المعرفة الفنية):

والمقصود بها الخبرة التقنية ذات الطابع السري، التي تكون ضرورية لتحقيق وتنفيذ بعض الطرق التقنية، ذات الأهداف الصناعية^(٦).

ويشترط في المعرفة الفنية شروطاً كالتالي:

(١) أن تكون المعرفة الفنية سرية: ولا يشترط أن تكون السرية مطلقة؛ لأن العملية الانتاجية في الوقت الحاضر، تتطلب تقسيم العمل على نحو شديد التخصص، بما يتيح

(١) عقد الفرنشايز وآثاره لدعاء البشتاوي ص ٢٣-٢٤.

(٢) الفرنشايز لنعيم مغيب ص ١٤.

(٣) عقد الامتياز التجاري د محمد محسن النجار ط دار الجامعة الجديدة ٢٠٠٧، ص ١٨.

(٤) عقد الفرنشايز وآثاره لدعاء البشتاوي ص ٢٣.

(٥) في المطلب الرابع من المبحث الأول من هذا الفصل.

(٦) الفرنشايز لنعيم مغيب ص ٩٦.

الفرصة أمام الكثير من العاملين داخل المشروع للوصول إلى المعرفة الفنية المستخدمة، ما يزيد احتمالات تسربها إلى المشاريع المنافسة، يضاف إلى ذلك أن مالك المعرفة الفنية قد يقوم بالترخيص لغيره باستعمالها.

(٢) شرط الاستعمال والقيمة: والمقصود بهذا الشرط، الاستعمال الفعلي أو الواقعي، الذي يعطي للمعرفة الفنية، نفعية معينة، وبالتالي تعطي للمانح ميزة اقتصادية.

(٣) أن تكون المعرفة الفنية سهلة النقل: إذ إن المعرفة الفنية تشكل الميزة الأساسية للامتياز التجاري، فهي تسمح لغير المتهنين، القيام بأعمال معينة لم يكونوا قادرين عليها. ومن الجدير ذكره هنا أنه إذا كانت المعرفة الفنية المطلوب تطبيقها أجنبية المنشأ، فمن الواجب ملائمتها مع الأوضاع الواقعية والأعراف والتقاليد، فلا يكفي أن تكون مميزة في بلد المنشأ، بل أن تتضمن إمكانية تطورها في البلد المستضيف لها، فتعطي الثمار المرجوة منها^(١).

(٤) أن تكون المعرفة الفنية قابلة للعرض: وذلك بأن تكون قابلة للكشف عن أهميتها، عند عرضها، مع المحافظة على سريتها، وتلعب العملية الاستعراضية لسرية المعرفة الفنية، محورا أساسيا، للإعلان عن نشاط المانح أو المالك (الفرنشايزر) وما يقدمه. وكلما كانت هذه العملية، تصور المقصود من النشاط، بصور سهلة وبسيطة، كان مجال تقدمها أسرع وأضمن، بحيث يكفي النظر للمعروض المقدم لهذه المعرفة، ليتمكن المستهلك من أخذ الفكرة الواضحة كما تبتغيه.

(٥) أن تكون المعرفة الفنية مبتكرة: وذلك بأن تضيف قيمة جديدة للمنوح له، بحيث تعطيه ميزة على منافسيه، هذه الميزة ما كان ليصل إليها، إلا إذا تكبد نفقات وجهدا غير عادي^(٢).

(١) ينظر: الفرنشايز لنعيم مغيب ص ٩٦، وموقع <http://en.wikipedia.org/wiki/know-how>.

(٢) عقد الفرنشايز وآثاره لدعاء البشتاوي ص ٥٣.

العنصر الثاني: المساعدة التقنية:

والمقصود بها: هو تقديم المساعدة وإعطاء كل ما هو مطلوب فنيا وتقنيا ووضع جميع الأساليب والوسائل، تحت تصرف الطرف الآخر، الراغب بالحصول على هذه التقنية، وبصورة عامة تعد المساعدة التقنية الصورة المتحركة للمعرفة الفنية.

ويندرج تحت هذه المساعدة الأعمال الآتية:

- (١) إعداد برامج التدريب على البيع، أو على طرق الخدمة بعد البيع.
- (٢) تحسين السلع والأجهزة وتجديدها.
- (٣) نصح المستفيد أو الممنوح له، باعتماد نظام محاسبي معين.
- (٤) إنشاء نظام، والقيام بلقاءات من وقت لآخر، وإقامة المحاضرات على المستوى المحلي أو الدولي، لأجل تنفيذ هذه الأساليب.
- (٥) قيام المانح بالمساعدة، في اختيار مكان المحل الجديد الذي سيباشر فيه الممنوح نشاطه.
- (٦) يساعد المانح (الفرنشايزر) بتحديد الوقت المناسب لفتح المحل، بحكم خبرته في السوق^(١).

(٧) يقدم المانح الضوابط المتبعة في اختيار العملاء.

تجدر الإشارة إلى أن لهذه المساعدات ثمن؛ إذ يندرج عادة في العقد المصارييف المستوجبة الدفع مقابل الخدمات المقدمة له^(٢).

العنصر الثالث: عناصر الملكية الفكرية:

والمقصود بعناصر الملكية الفكرية ماسبق الحديث عنه، من براءة الاختراع، والرسم والنموذج الصناعي، والعلامة التجارية ونحوها، وهي تعد من أهم العناصر المكونة

(١) عقد الامتياز التجاري د محمد محسن النجار ص ٧٣.

(٢) عقد الفرنشايز (موجبات الفرقاء) جلول سيل، ط / مكتبة صادر الحقوقية، ص ٤٢.

لنشاط الفرنشايز، فهي التي أوجدت الإبداع والتميز في هذا النشاط، الأمر الذي أدى إلى تطوره وازدهاره.

الركن الرابع: العوض:

يتضمن العوض في عقد الامتياز التجاري أمرين:

الأول: رسم الدخول الثابت:

يتوافق إبرام عقد الامتياز التجاري (الفرنشايز)، بشكل عام، مع دفع قيمة محددة كرسم دخول من قبل المستفيد (الفرنشايزي) للمالك أو المانح (الفرنشايزر)، وهذا الرسم مقابل السماح باستثمار هذا النشاط، كما يشمل الثمن تكاليف التنشئة والتعليم على الفرنشايز، والدراسات التي يتطلبها قبل البدء بالنشاط وإبرام العقد، علماً أن حق الدخول لا يتضمن أجور المدراء، ولأسعار البناء أو أسعار المؤسسة أو فوائد القروض. غير أن عناصر تحديد قيمة هذا الرسم تتحدد غالباً بطريقة تحكيمية؛ تركز أساساً على شهرة علامته، وسمعته التجارية، ودرجة احتكاره للسوق، إذ يوفر له هذا الاحتكار هيمنة معينة باعتبارها الفرصة الوحيدة، أو إحدى الفرص القليلة أمام المتلقين أو الممنوحين لتحقيق نجاح أكبر، ويكمل ذلك قدرة المانح التكنولوجية.

ولا يمكن استرجاع هذا المبلغ حتى ولو توقف العقد بعد فترة قصيرة بعد إبرامه، لكن إن كان التوقف ناتج عن المالك (الفرنشايزر) فمن العدل مقاضاته ومساءلته عن الأضرار التي قد تقع بالمستفيد (الفرنشايزي) ^(١).

الثاني: نسبة من العائدات:

يقدر هذا الجزء من العوض بنسبة مئوية من المبيعات المحققة، وتتفاوت هذه النسبة حسب أهمية الخدمات المقدمة، يفرض بعض مانحي الفرنشايز حداً أدنى مضموناً، مثل

(١) ينظر: الفرنشايز لنعيم مغيب ص ٢١٠، عقد الامتياز التجاري د محمد محسن النجار ص ٣٠.

الهولندي إن ٩٪، ومان باور ٥٪^(١). وهذه العائدات تشكل أحد المداخل الرئيسية للمانح (الفرنشايزر)، والتي تدفع ليس فقط في مقابل الوضع تحت التصرف الذي تقدم به الفرنشايزر، ولا لأجل الأسرار والمعلومات التي وضعها تحت تصرفه، إنما بشكل أدق عن التحسينات التي وعد بها، وعن التطوير التقني والإعلاني المرتقب.

ويتم حساب هذه العائدات بنسبة مئوية من رقم الأعمال للمنوح له (الفرنشايزي)، ورقم الأعمال يعني قيمة المبيعات باستثناء الضرائب، وما يمكن إعادته للزبائن، أو التنزيلات المسموح بها من قبل الفرنشايزر^(٢).

تعطي بعض القوانين للمانح الحق في فرض نسبة من الفوائد- يتم الاتفاق عليها في العقد- إذا لم يتم دفع المبالغ المستحقة، في مواعيدها، وذلك منذ تاريخ الاستحقاق، وتضاف شهريا إلى رأس المال المطالب به^(٣).

المطلب الرابع

أنواع عقد الامتياز التجاري

لعقد الامتياز التجاري أنواع عدة أبرزها مايلي:

(أ) امتياز التصنيع Manufacturing Franchise:

يمنح المرخص بموجبه للمرخص له حقوق تصنيع سلعة وبيعها تحت اسم المرخص التجاري وعلامته التجارية، مستخدما المواد الأولية أو المواصفات أو التقنيات الخاصة بالمرخص وفي بعض الأحيان يمنحه حق استعمال السر- التجاري أو التكنولوجيا

(١) عقد الفرنشايز (موجبات الفرقاء) جلول سيلل ص ٨٠.

(٢) الفرنشايز لنعيم مغبب ص ٢١١.

(٣) المرجع السابق.

الخاضعة لبراءة الاختراع ويكثر العمل بهذا النوع من الامتياز في صناعات الغذاء والشراب^(١).

(ب) امتياز التوزيع Distributing Franchise:

يهدف هذا الشكل الى العمل على إقامة مركز توزيع للسلع المصنعة من قبل المرخص أو المصنعة له، ويقوم المرخص - أو من يقوم مقامه - بموجب هذا الشكل بتصنيع السلعة وبيعها الى المرخص لهم، الذين يتولون بأنفسهم البيع الى المستهلكين، وذلك تحت العلامة التجارية الخاصة بالمرخص ويوفر هذا الشكل من الامتياز للمرخص نظاما توزيعيا لتسويق سلعته ويعطى الحق للمرخص لمنع المرخص له من بيع سلعة منافسة، ومن الأمثلة على هذا النوع من الامتياز محطات تعبئة الوقود وبائعي السيارات ومحلات الملابس الجاهزة والمجوهرات وإكسسوارات السيدات، محال الزينة، محال الأطفال، وفي هذا النوع ينفق الحاصل على الامتياز مبالغ كبيرة في تجهيز محل البيع من حيث المكان والتأثيث والديكورات ويتولى المرخص له الادارة والتشغيل بنفسه وتشير دراسة أعدت عن نظام الفرنشايز في مصر الى أن قطاع البيع بالتجزئة والداخل في الامتياز التوزيعي هو اكبر القطاعات التي يطبق فيها نظام الفرنشايز^(٢).

(ج) امتياز صيغة العمل أو البنيان التجاري Business Format Franchise:

وفقا لهذا النوع لا يقوم المانح أو المرخص عادة بتصنيع أية سلع وإنما يوفر المعدات والمواد الخام ومواد التعبئة والتغليف والدعاية وما إلى ذلك من وسائل؛ لإنتاج وتوزيع السلع والخدمات، ومن ناحية أخرى يتعامل المرخص له مع خدمات المرخص محل حق الامتياز، بحيث يتبنى العلامة التجارية للمرخص وطريقته الشاملة في عرض المنتجات لتصبح جزءا من هويته التجارية.

(١) الترخيص باستخدام العلامة التجارية د حسام الدين الصغير ص ٦٤.

(٢) ينظر: المرجع السابق، والفرنشايز لنعيم مغنّب ص ٤٧.

يعتبر هذا النوع الأكثر انتشاراً ورواجاً من أشكال الامتياز، إضافة إلى اعتباره الشكل المثالي لامتياز الفنادق، والنزل، ومطاعم الوجبات السريعة. وهنا يستثمر المرخص له بالامتياز مبلغاً كبيراً حتى يحصل على حق الامتياز وغالباً يحتاج إلى إدارة محترفة تتولى إدارة المشروع^(١).

(د) امتياز الخدمات التجارية:

يضع المانح - في هذا النوع من الامتياز التجاري - بعض الخدمات في تصرف الممنوح له، الذي بدوره يقدمها للزبائن، تحت شعار الأول ومسئوليته، فالآلات والمعدات والأجهزة قليلة نسبياً في هذا النوع، إنما التركيز يتم على الأنظمة الواجب تطبيقها لجلب الزبائن. ومن أمثلة هذا النوع من أنواع الامتياز التجاري: الامتياز القائم على صيانة الخدمات وحمايتها، مثل تصليح السيارات، أو الخدمات العائدة لبطاقات الاعتماد، كذلك الفنادق العالمية مثل فنادق الهيلتون والشيراتون ونحوها.

(هـ) الامتياز التجاري الاستثماري:

بموجب هذا النوع يتم الاتفاق على استثمار مؤسسة بذاتها بما في ذلك الاستراتيجية، الخاصة بطبيعة عملها وإعلاناتها، فلا يتوقف الأمر على تقديم سرية المعرفة، وأساليب التقنية، من قبل المانح للممنوح^(٢).

(١) الترخيص باستخدام العلامة التجارية د حسام الدين الصغير ص ٦٨.

(٢) الفرشايين لنعيم مغيب ص ٤٨.

المبحث الأول

الالتزامات المترتبة على طرفي عقد الامتياز التجاري، وأساليب منح الامتياز التجاري وتكليفه في الفقه

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول

الالتزامات المترتبة على المانح أو المرخص (الفرنشايزر)

أولاً: الالتزام بالإعلام عن الفترة السابقة للتعاقد:

يلتزم المانح أو المرخص بإعطاء الممنوح له، وثيقة تضم معلومات عن المشروع المنوي ترخيصه، على أن تتضمن هذه الوثيقة المعلومات الآتية:

(١) المعلومات المتعلقة بالمؤسسة المانحة: وتتعلق هذه المعلومات ببيان المركز الرئيسي- للمؤسسة، وطبيعة نشاطها مع الإشارة إلى الشكل القانوني، وهوية صاحب المؤسسة إذا كان شخصاً طبيعياً، أو هوية المدراء إذا كان شخصاً معنوياً، بالإضافة إلى مقدار رأس مالها، وتقديم معلومات حول الشبكة المزمع إنشاؤها.

(٢) التسجيل في السجل التجاري: يجب تقديم المعلومات الخاصة بالتسجيل في السجل التجاري، ورقم تسجيل العلامة التجارية المستعملة، وبيان ما إذا كان قد حصل عليها بالتنازل، أو بإجازة المالك، فإن كان حصل عليها بإجازة من المالك وجب ذكر مدة هذه الإجازة. كذا يجب عليه بيان القيمة التجارية للاسم أو العلامة الفارقة أو الشعار.

(٣) المصارف المتعامل معها: يجب ذكر المصارف المتعامل معها، فإن كانت متعددة فيكفي تعيين المصارف الخمسة الكبرى من بينها.

(٤) تاريخ إنشاء المؤسسة: يتوجب ذكر تاريخ إنشاء المؤسسة، مع ملخص لمراحل التطور الرئيسية، بما في ذلك الشبكة المستمرة، ويمكن أن تقتصر- هذه المعلومات على السنوات الخمس السابقة للتعاقد، ويمكن إكمالها بإضافة الجرد السنوي، وميزانية السنتين السابقتين والأرباح الناتجة.

٥) المعلومات الخاصة بالأحكام القضائية: يجب الاطلاع على أوضاع الأطراف المتعاقدة مالياً، وإذا ما كان هناك أحكاماً صادرة بحقهم، وما إذا كانوا ملاحقين بالإفلاس أو عدم الملاءة، أو بالغش، والخداع، أو الاحتيال.

يفضل تقديم هذه المعلومات في مستند واحد مكتوب، تلافياً لأي مخاطر تنتج عن التهادي في إعطاء معلومات متفرقة، وفي أوقات متباعدة^(١).

ثانياً: الالتزام بنقل المساعدة التقنية؛

المقصود بالمساعدة التقنية، هو تدريب يقوم به المانح أو المرخص، لطاقتهم الممنوحة له، على استغلال المعرفة الفنية موضوع عقد الفرنشايز^(٢). وتختلف وسائل تقديم الدعم التقني، بحسب اختلاف النشاط، وحجم الشبكة وطبيعة المعرفة الفنية محل التعاقد، لكن يمكن إجمالها في تقديم الدعم والتدريب اللازمين بشكل مستمر بما يضمن نقل النظام موضوع الامتياز إلى المرخص له بشكل كفؤ، ويتعين على المرخص أن يزود المرخص له بدليل التشغيل (Operational Manual). والذي يحتوى على كل ما سبق.

ثالثاً: الالتزام بنقل المعرفة الفنية؛

وقد سبق الحديث عنها^(٣).

رابعاً: الالتزام بنقل التحسينات؛

يفرض تراخي تنفيذ عقد الفرنشايز، وطول مدته، التزام المانح بإمداد الممنوح له بالتحسينات المتوالية، التي يدخلها على المضمون الفني لنظامه. وهذا الالتزام يتميز بالطابع الاحتمالي، الذي يعتمد ويتحدد وجوده بظروف المانح التقنية وقدرته على التطوير.

(١) ينظر: الفرنشايز لنعيم مغبغب ص ١٤٢، عقد الفرنشايز (موجبات الفرقاء) جلول سبيل ص ٢٤ -

(٢) عقد الفرنشايز (موجبات الفرقاء) جلول سبيل ص ٣٧.

(٣) يرجع إلى العنصر الأول من الركن الثالث، من المطلب الثالث من مبحث التمهيد من هذا الفصل.

خامساً: الالتزام بالبيع الحصري (الحصرية الإقليمية) والتمون الحصري (الإمداد الحصري):

يجوز الاتفاق في عقد الفرنشايز، أن يكون للممنوح وحده، حق التوزيع ضمن منطقة جغرافية معينة، وتجدر الإشارة إلى أن التمون الحصري لا يوجد في فرنشايز التصنيع ولا فرنشايز الخدمات.

وينتج عن التزام البيع والتموين الحصريين التزام آخر، وهو الالتزام بمنع كل منافسة سواء أكانت منافسة من الغير أو شخصية. وحتى يكون بند الحصرية صحيحاً يجب أن يكون محدداً في الزمان والمكان، ويجب ألا تتجاوز مدته المعقول، بشكل مبالغ فيه، ولا يطبق إلا على العقود ذات المدة غير المحددة.

وفيما يتعلق بالالتزام بالتموين: فإن المانح يلتزم بأن يسلم للممنوح له المنتجات التي طلبها، فهو يتحمل كل مسؤولية مرتبطة بهذه الصفة.

سادساً: الالتزام بالضمان:

والمقصود به أن يضمن المانح أو المرخص مايلي:

- (١) سلامة السلع والمنتجات، والخدمات من العيب الظاهر والخفي، كما يضمن صحة طريقة استعمالها، بما يحقق النفع منها.
- (٢) الحماية القانونية للمعرفة الفنية، أو العلامة الفارقة، أو براءة الاختراع. وذلك بمنع الاعتداء عليها، أو تقليدها.
- (٣) مطابقة المعلومات الفنية التي قدمها، للمعلومات المطلوبة والمحددة في العقد وملاحقه.
- (٤) توفير المنتجات بالقدر المطلوب الذي يمكن الممنوح له من ممارسة نشاط التجاري^(١).

(١) ينظر: عقد الامتياز التجاري د محمد محسن النجار ص ٢٣٠، ٥٩، عقد الفرنشايز (موجبات الفرقاء) جلول سبيل ص ١١٥، الترخيص باستخدام العلامة التجارية د حسام الدين الصغير ص ٩، المادة رقم ٨٥، فقرة (أ) من قانون التجارة المصري.

المطلب الثاني الالتزامات المترتبة على الممنوح أو المرخص (الفرنشايزي)

أولاً: الالتزام بدفع الثمن:

يتكون الثمن من جزأين، جزء ثابت وهو رسم الدخول، وجزء متغير وهو دفع نسبة معينة من المبيعات. وقد سبق بيان ذلك^(١).

ثانياً: الالتزام بالتمون الحصري من المانح أو المرخص:

والمقصود به: التزام الممنوح بشراء السلع والبضائع، بصورة حصرية من المانح أو الأشخاص المعتمدين منه، مقابل التزام الأخير بعدم البيع لشخص ثالث ضمن المنطقة التعاقدية^(٢). وإن كانت الحصرية الموضوعية جائزة قانوناً، إلا أنها لاتعد شرطاً جوهرياً في العقد، ويمكن تصور العقد دونها^(٣).

ثالثاً: الالتزام بضوابط العلاقة بين الطرفين:

هناك عدة مسائل تضبط العلاقة بين طرفي عقد الامتياز التجاري منها على سبيل المثال مايلي:

(١) الإعلان عن الاستقلالية: والمقصود بها: إعلان كل من المانح والممنوح استقلال بعضهما عن الآخر من الناحية المالية، فليس المانح مسؤولاً عن ديون الممنوح، ولا العكس، فيلتزم الممنوح الإعلان بأنه يعمل بصورة مستقلة عن المانح، وبالتالي يجب وضع الإعلانات خارج المؤسسة وبشكل واضح، يبين فيها استقلاليتها عن المانح.

(١) في الركن الرابع من المطلب الثالث من مبحث التمهييد من هذا الفصل. وينظر: عقد الفرنشايز (موجبات الفرقاء) جلول سبيل ص ٧٩، الفرنشايز لنعيم مغبغب ص ٢١٠، عقد الفرنشايز وآثاره لدعاء البشتاوي ص ٩٦.

(٢) ينظر: عقد الفرنشايز (موجبات الفرقاء) جلول سبيل ص ٨٤-٨٦، الفرنشايز لنعيم مغبغب ص ٢١٨.

(٣) عقد الامتياز التجاري د محمد محسن النجار ص ٥٧

٢) المحافظة على السرية: يلقي على عاتق الممنوح، الالتزام بعدم إفشاء أي معلومات سرية، خاصة بالفرنشايز، سواء كانت متعلقة بالمستندات، أو البراءة، أو أي طرق أو أساليب خاصة بالفرنشايز، ونحوها من المعلومات التي يؤدي إفشاؤها إلى إيقاع الضرر بالمؤسسة.

٣) الالتزام بالسماح بالتفتيش: يفرض على الممنوح السماح للمانح بتفتيش مؤسسته أي ساعة شاء، وله حق الاطلاع على جميع مستندات المؤسسة المتعلقة بالنشاط محل الامتياز، وذلك بهدف المحافظة على المستوى المطلوب أدائه للمستهلكين، كما يحق للمانح التكلم مع الموظفين والزبائن في مؤسسة الممنوح.

٤) الالتزام بإدارة المؤسسة حسب النظام المحدد: فيتوجب على الممنوح مسك الدفاتر التجارية، وإنشاء محاسبة منظمة، يمكن للمانح الاطلاع عليها دوريا، كما يلتزم بالمسائل الظاهرية للفرنشايز، كالزبي الرسمي، ومطبوعات المؤسسة، وحتى طريقة التعامل مع الزبائن، وتوفير مايلائهم.

٥) الالتزام بالإعلان عن التحسينات الطارئة: يتوجب على الممنوح الإعلام عن جميع التحسينات التي يدخلها، على الفرنشايز، مع ثبوت ملكيته على تلك التحسينات.

٦) التعاون مع المانح في سبيل الدفاع عن الحقوق المعنوية للامتياز التجاري: إذ يتوجب على الممنوح المسارعة في إعلام المانح، عند حدوث أي عملية تقليد، تضر بالفرنشايز.

٧) الالتزام بتقديم كفالة مصرفية للمانح: تقدر قيمتها عند العقد.

٨) الالتزام بتسويق منتجات المانح: تفرض عقود الامتياز التجاري في الغالب على الممنوح الالتزام بحد أدنى من المبيعات، يجب أن يحققها الممنوح سنويا أو شهريا حسب طبيعة الفرنشايز، ويحسب تميز الممنوح بقدرته على تجاوز الحد الأدنى من المبيعات بمرات كثيرة.

٩) الالتزام بعدم تسويق منتجات منافسة: وذلك لأن من البديهي العلم بأن تسويق منتجات منافسة، يؤدي ولاشك إلى ضعف في تسويق منتجات الامتياز محل العقد، لكن قد يسمح المانح للمنوح بتسويق منتجات غير منافسة؛ بشرط الحصول على إذن مسبق من المانح، مع ملاحظة أن له حق سحب هذا الإذن إذا ارتأى ذلك.

١٠) الالتزام بالمحافظة على جودة المنتج: إن جودة المنتج والخدمة، مطلب يتطلع إليه المستهلك، في كل مشروع يحمل العلامة التجارية أو شعار الشبكة، فالممنوح ملزم باحترام الجودة في مواجهة مستهلكيه، ومن ثم الحفاظ على السمعة التجارية للشبكة (شبكة الفرنشايز) بينما يلتزم المانح بالقيام برقابة صارمة، تكفل حماية علامته التجارية محل التعاقد^(١).

المطلب الثالث

أساليب منح الامتياز

هناك ثلاث طرق لمنح الامتياز التجاري وهى:

١- نظام الوحدة الأساسية:

وهو المشروع الفردى أو الشركة المرخص لها بواسطة صاحب الامتياز (Franchisor) سواء أكان منفذ بيع أو ركن في مركز تجارى أو خدمة تنطلق من منزل أو غيرها، يقوم في هذا النظام صاحب الامتياز التجارى (Franchisor) بمنح حق الامتياز لوحدات فردية، بطريقة مباشرة وهذا يصلح في النظام المحلى لمنح الامتياز.

٢- منح الامتيازات المتعددة الوحدات (Master Franchise):

بمقتضى هذه الطريقة، يحق للمانح أو المرخص منح المرخص له، حق إنشاء امتياز

(١) ينظر: المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية د صالح العوفي ط معهد الإدارة العامة ١٩٩٨ م،

ص ٢٠٢-٢٠٤، عقد الامتياز التجارى د محمد محسن النجار ص ٢٤٠-٢٤١، عقد الفرنشايز

(موجبات الفرقاء) جلول سبيل ص ٤-٩٥، الفرنشايز لنعيم مغبب ص ٢١٧، ٢٣٢.

تجاري لوحده، ويمنحه الشعار ومنطقة إقليمية معينة يعمل ضمنها، فيصبح بمثابة مانح أو مرخص جديد (فرنشايزر).

٣- منح الامتياز المتعدد الوحدات مع احتفاظ المشتري بحق بيع أو إيجار الامتياز في إقليم محدد:

وهو ما يطلق عليه بيع الفرنشايز من الباطن Sub-Franchise .

٤- الامتياز التجاري المركب:

بهذه الطريقة يتم ضم قسم من نشاط الفرنشايز إلى نشاط المؤسسة الأساسي، ويصار إلى الاستثمار بالاشتراك فيما بينهما^(١).

المطلب الرابع

تكييف عقد الامتياز التجاري في الفقه:

تبين مما سبق أن عقد الامتياز التجاري له أنواع عدة، ويختلف في طرق منحه، وبيان التكيف الفقهي لكل نوع على حده، قد يخرج الموضوع عن المراد، لكن يمكن القول إن معظم عقود الامتياز التجاري، تتضمن اثنين - على أقل تقدير - من ثلاثة أمور:

الأول: الحق المعنوي^(٢)، ويمثل العلامة التجارية، أو براءة الاختراع، أو الرسم أو الأنموذج الصناعي، أو المعرفة الفنية، أو حقوق الملكية الفكرية عموماً، التي يتم استغلالها بموجب عقد الامتياز التجاري.

(١) ينظر: الفرنشايز لنعيم مغيب ٥١-٥٣.

(٢) يقول الدكتور السنهوري: «إن أكثر الحقوق المعنوية حقوق ذهنية، والحقوق الذهنية، كحق المؤلف وهو ما اصطلح على تسميته بالملكية الأدبية والفنية، والحقوق المتعلقة بالرسالة وهي ما اصطلح على تسميتها بملكية الرسائل، وحق المخترع وهو ما اصطلح على تسميته بالملكية الصناعية. والحقوق التي ترد على ما يتكون منه المتجر والتي اصطلح على تسميتها هي وسندات التداول التجارية بالملكية التجارية. ويجمع ما بين هذه الحقوق جميعاً أنها حقوق ذهنية». (الوسيط في القانون، للسنهوري: ٢٧٦/٨).

الثاني: الخدمات، أو الخامات، أو المنتجات، أو السلع، التي يتم إنتاجها، أو توزيعها بعقد الامتياز التجاري (الفرنشايز).

الثالث: المساعدة التقنية والفنية، حتى يتمكن الممنوح (الفرنشايزي) من الاستفادة من عقد الامتياز التجاري.

وبناء عليه فإن هذا المطلب ينقسم إلى فرعين:

الفرع الأول: تكييف الأمور التي يقوم عليها عقد الامتياز التجاري؛
وفيه ثلاثة مسائل:

المسألة الأولى: تكييف الحق المعنوي:

والمقصود بهذه المسألة بيان المعنى الفقهي الذي يؤول إليه الحق المعنوي، وهذا يشمل أمرين:

الأول: بيان مالية الحق المعنوي:

بالرجوع إلى الأوصاف والضوابط التي وضعها الفقهاء للمال؛ يمكن النظر في انطباق وصف المالية على الحق المعنوي من عدمه:

أولاً: تعريف الحنفية للمال:

وقع الخلاف عند الحنفية في تعريف المال بين المتقدمين والمتأخرين، فعرفه المتقدمون بأنه «كل ما يمكن حيازته وإحرازه والانتفاع به في العادة»^(١).

فمدار كون الشيء مالاً - عند الحنفية - إمكان حيازته والانتفاع به في حكم العادة، وإن لم يكن محرراً ومتنفعاً به فعلاً. وما لا يمكن حيازته كالعفة والشجاعة والذكاء فلا يعد مالاً، وكذا ما لا ينتفع به في حكم العرف والعادة، كقطرة من ماء وحبّة شعير، فإنه لا يعد مالاً وإن أحرز.

(١) ينظر: أحكام المعاملات المالية للشيخ على الخفيف ص ٢٦؛ الأموال ونظرية العقد للدكتور محمد موسى، الطبعة الأولى ١٣٧٢ هـ = ١٩٥٢ م، ص ٣٥.

ومراد الحنفية بالانتفاع في العادة، أن الشارع يحيز الانتفاع به في حال الاختيار، أما إذا كان الانتفاع بالشيء في حال الاضطرار فلا يدخل حينئذٍ في حكم المنتفع به في العادة. فالخمر كانت حراماً إلا أنها مال لجواز أن ينتفع بها بوجه ما حال الاختيار، فالخمر وكذا الخنزير مال متقوم في حق الذميين - على خلاف وتفصيل عند الفقهاء - لكن الميتة والدم المسفوح ليسا بمال، لأن الشارع لم يحز الانتفاع بهما بحال حال الاختيار. يقول السرخسي: «المال اسم لما هو مخلوق لإقامة مصالحنا به ولكن باعتبار صفة التمول والإحراز»^(١). ويقول صاحب الدر: «والمال ما يميل إليه الطبع ويجري فيه البذل والمنع»، أو «هو موجود يميل إليه الطبع...»^(٢)، وقال في الحاشية: «المال عين يمكن إحرازها وإمسакها»^(٣)، وفي مجمع الأنهر: «المال عين يجري فيه التنافس والابتدال»^(٤)، أي بذل العوض.

وأما متأخروا الحنفية فقد عرفوا المال فقالوا: «يطلق المال على القيمة، وهي ما يدخل تحت تقويم مقوم من الدراهم والدنانير»^(٥). فمناط المالية عندهم هو القيمة التي تقدر بالنقد، فكل ما له قيمة هو مال؛ لأن كل ما فيه قيمة هو منفعة، والناس لا يتعارفون على تقويم ما ليس فيه منفعة، إذ لا يجري التعامل فيها أصلاً.

ثانياً: تعريف الملكية للمال:

عرفه بعضهم بأنه: ما يقع عليه الملك، ويستبد به المالك عن غيره إذا أخذه من وجهه^(٦). وعرفه آخرون بأنه: ما تمتد إليه الأطماع، ويصلح عادة وشرعاً

(١) المبسوط، للإمام شمس الدين السرخسي: ٧٩/١١، الطبعة الأولى، مطبعة السعادة بمصر.

(٢) حاشية ابن عابدين: ١٠/٥.

(٣) المرجع السابق ٥٢/٥.

(٤) مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر: ٣/٢، الطبعة الأميرية بمصر.

(٥) حاشية ابن عابدين: ١١/١.

(٦) الموافقات للشاطبي ١٠/٢.

للانتفاع^(١). وعرفه صاحب الإشراف: هو ما يتمول في العادة ويجوز أخذ العوض عنه^(٢).

ثالثاً: تعريف الشافعية للمال:

عرفه بعضهم: بأنه ما كان منتفعاً به، أي مستعداً لأن ينتفع به^(٣). وحكى آخرون عن الشافعي أنه قال: «لا يقع اسم المال إلا على ما له قيمة يباع بها، وتلزم متلفه، وإن قلّت، وما لا يطرحه الناس، مثل الفلس وما أشبه ذلك»^(٤).

رابعاً: تعريف الحنابلة للمال بأنه:

«ما يباح نفعه مطلقاً، أي في كل الأحوال، أو يباح اقتناؤه بلا حاجة»^(٥). وعرفه بعضهم في معرض كلامهم عن شروط المبيع فقالوا: هو ما فيه منفعة مباحة لغير حاجة أو ضرورة^(٦).

وباستقراء ما سبق، يخلص الباحث إلى أن الفقهاء يشترطون في المال الأوصاف التالية:

(١) أنه يمكن إحرازه: والحرز ما لا يعد المالك أنه مضيع لماله إذا وضعه فيه. ومرجعه العرف لأنه ليس له ضابط لغة ولا شرعاً، كالقبض في المبيع، والإحياء في الموات. والعرف يتفاوت، ولذلك فهو يختلف باختلاف الأحوال، والأوقات^(٧).

(١) أحكام القرآن لابن العربي ٢/٦٠٧.

(٢) الإشراف على مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب ٢/٢٧١.

(٣) المنثور في القواعد للزركشي ٣/٢٢٢.

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٢٧.

(٥) شرح منتهى الإرادات ٢/١٤٢.

(٦) الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل للإمام شرف الدين المقدسي: ٢/٥٩ المطبعة المصرية بالأزهر.

(٧) ينظر: فتح القدير ٥/١٤٢، حاشية ابن عابدين ٣/١٩٤، الشرح الصغير ٤/٤٧٧، القوانين

الفقهية/٣٥٢، بداية المجتهد ٢/٤٨٤، ٤٨٥، ط مكتبة الكلية الأزهرية، روضة الطالبين

١٠/١٢١، المغني ٨/٢٤٩ ط مطبعة الرياض، ونيل المآرب ٢/٣٧٣ ط مكتبة الفلاح.

(٢) أنه يقع عليه الملك: أي يمكن أن يملك، فأما مالا يملك طبعاً كالهواء، أو شرعاً كالخمر، لا يسمى مالا.

(٣) أنه يمكن الانتفاع به في العادة.

(٤) أن الطبع البشري يميل إليه.

(٥) أن يكون داخلاً تحت التقويم، أو له قيمة عند الناس وتتبعه هممهم.

(٦) أنه يجب الضمان على متلفه.

ويمكن القول أن الوصف الرابع، داخل فيما قبله، لأن كل ما يمكن الانتفاع به عادة، ويكون متقوماً، فإن الطبع يميل إليه، وبالنظر إلى الحق المعنوي، نجد أن هذه الأوصاف جميعها تنطبق عليه:

فهو يمكن إحرازه، بتسجيله لدى الجهات المختصة، وبالتالي يُمنع من الاعتداء عليه بأي شكل من الأشكال، كما أنه يقع عليه الملك، ويتنفع به عادة، وله قيمة مكتسبة من تعارف الناس على أهميته، وتلك القيمة تزيد بمقدار شهرته، وأما انتفاع الناس به فظاهر، من جهة أنه يعرف بالمنتج إن كان علامة تجارية أو اسماً تجارياً، ويعين على انتشاره، ومن جهة استفادة الناس منه مباشرة إذا تم تصنيعه إن كان سمة، أو مؤلفاً، أو فكرة، أو رسماً أو أنموذجاً صناعياً، أو مخترعاً جديداً. كما قد قضى - العرف الحالي بموجب الأنظمة والقوانين المختصة أنه يجب الضمان على المعتدي على الحق المعنوي، بل يدخل تحت طائلة العقوبة^(١).

وبناء على ما سبق فإن الحق المعنوي يعد من الأموال شرعاً، ويطبق عليه أحكام الأموال.

(١) ينظر: المادة (٣٧) من اللائحة التنفيذية لنظام العلامات التجارية السعودي، والمادة ٤٧ من نظام براءة الاختراع السعودي.

الثاني: ماهية الحق المعنوي:

إذا تبين أن الحق المعنوي يعد من الأموال، فإلى أي شيء ترجع ماهيته، هل هو من قبيل الأعيان، أو المنافع أو الديون؟.

للجواب على هذا السؤال لابد من معرفة معاني كل من الأعيان والمنافع والديون:
أولاً: معنى المنفعة: المنفعة في الاصطلاح هي: الفائدة التي تحصل باستعمال العين، فكما أن المنفعة تستحصل من الدار بسكنائها تستحصل من الدابة بركوبها^(١).

ثانياً: معنى الدين: عرف بعدة تعريفات منها، أنه: لزوم حق في الذمة. فيشمل المال والحقوق غير المالية كصلاة فائقة وزكاة وصيام وغير ذلك، كما يشمل ما ثبت بسبب قرض أو بيع أو إجارة أو إتلاف أو جناية أو غير ذلك^(٢). وقال بعضهم: حقيقة الدين:

(١) ينظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١٠٠ / ١ المادة (١٢٥)، والمنثور في القواعد للزركشي- ٢٣٠ / ٣. فجماهير أهل العلم من الحنفية والمالكية وجمهورية الشافعية وبعض الحنابلة، يطلقون المنفعة على العرض المستفاد من الأعيان (ينظر: المبسوط ٧٨ / ١١، حدود ابن عرفة مع شرحه للرصاع ص ٦٥٥، الفروق للقرافي ٨ / ٤، حاشية قليوبي على شرح المحلي على منهاج الطالبين ١٧١ / ٣، مغني المحتاج ٦٤ / ٣، تحفة المحتاج ٦٠ / ٧، الهداية لأبي الخطاب ١٨٣ / ١، القواعد لابن رجب ص ٢٨).

والعرض هو ما قام بغيره، ويحتاج في وجوده إلى محل يقوم به كاللون يحتاج في وجوده إلى جسم محل به (التعريفات للجرجاني ص ١٩٢) وفي وجه عند الشافعية وظاهر كلام بعض الحنابلة: أن المنفعة تطلق على ثمرات الأعيان، سواء أكانت أعراضاً أم أعياناً كسكنى الدار وثمره الشجرة وأجرة الأرض. (ينظر: تحفة المحتاج ٦١ / ٧، الإقناع للحجاوي ٦٧ / ٣، كشف القناع للبهوتي ٣٧٣ / ٤).

(٢) ينظر: العناية شرح الهداية (مطبعة الميمنية بمصر- سنة ١٣٠٦ هـ) ٣٤٦ / ٦، الفروق للقرافي ١٣٤ / ٢، منح الجليل ٣٦٢ / ١، والزرقاني على خليل ١٦٤ / ٢، نهاية المحتاج ١٣٠ / ٣، أسنى المطالب ٣٥٦ / ١، ٥٨٥، وشرح منتهى الإرادات ٣٦٨ / ١، والقواعد لابن رجب ص ١٤٤.

عبارة عن كل معاملة كان أحد العوضين فيها نقداً والآخر في الذمة نسيئةً فإن العين عند العرب ما كان حاضراً والدين ما كان غائباً^(١).

ثالثاً: معنى العين: يطلق الفقهاء في اصطلاحهم كلمة " العين " باعتبارين: الاعتبار الأول: في مقابل " الدين " باعتبار أن الدين هو ما يثبت في الذمة من غير أن يكون معيناً مشخصاً، سواء أكان نقداً أم غيره . أما العين، فهي الشيء المعين المشخص كبيت^(٢).

الاعتبار الثاني: في مقابل المنفعة التي سبق بيان معناها في تعريفها^(٣) - وتعريف العين بهذا الاعتبار، هو المراد في هذا الكتاب -، وأهم ما يفرق به بين العين والمنفعة بهذا الاعتبار مران:

(١) أن العين قائمة بذاتها، بخلاف المنفعة فهي عرض، كما أن المنفعة تتولد من العين لا العكس^(٤).

(٢) أن المنفعة تتجدد بتجدد أوقاتها، وتحدث أنا بعد أن باكتسابها وعلم مبتغيها وطلبه، فإذا ما انتفعت بسكنى منزل، فإنما تحدث المنفعة بنزولك فيه وشغلك إياه، وسكناه في يوم معين، غير سكناه في يوم آخر، بل وسكناه في هذه الساعة غير سكناه في ساعة أخرى، وهكذا نرى أن منافع الأعيان أعراض تحدث ساعة فساعة عند طلبها واكتسابها فهي عند الطلب والاكتساب معدومة لا وجود لها في عالم الأعيان، وإذا وجدت فנית وانتهت في الحال^(٥)، وهذا بخلاف العين فهي قائمة عند الطلب موجودة قبله.

(١) أحكام القرآن لابن العربي ١/ ٣٢٧.

(٢) ينظر: حاشية رد المحتار (ط بولاق سنة ١٢٧٢ هـ) ٤/ ٢٥، والمادة (١٥٩، ١٥٨) من مجلة الأحكام العدلية.

(٣) ولذلك أخرت تعريف العين، ليتبين معناها بمعرفة أضدادها.

(٤) ينظر: تبين الحقائق للزليعي ٦/ ٢٠٢.

(٥) ينظر: المبسوط ١١/ ٧٩-٨٠، حاشية ابن عابدين ٤/ ٥٠١.

وبالنظر إلى الحق المعنوي - خاصة ما يتعلق بالامتياز التجاري - كالعلامة التجارية، وبراءة الاختراع، والرسم أو النموذج الصناعي، نجد أن هذه أعيان قائمة بذاتها، يمكن إحرازها بالتسجيل، لا تحدث أنا بعد أن، بل هي موجودة منذ اكتشافها، مرصودة في السجلات الرسمية، مثبتة على المنتجات والسلع والخدمات.

وبناء على ماسبق فإن الحق المعنوي، هو عين وليس بمنفعة، وله حكم الأموال.

المسألة الثانية: تكييف الخامات، أو المنتجات، أو السلع:

بالنظر إلى أنواع الفرنشايز، خاصة امتياز التصنيع، وامتياز التوزيع، وامتياز البنيان التجاري، فإن هذه الأشياء - الخامات، أو المنتجات، أو السلع - تكييف على أنها من قبيل المبيع في عقد البيع، وذلك لأن المرخص أو المانح يقوم بتوريد هذه الأشياء إلى الممنوح، الذي يقوم ببيعها بعد وضع الشعار أو العلامة التجارية الخاصة بالأول، وفي حال قام المانح أو المرخص، بتوريد معدات تستخدم في تصنيع هذه المنتجات، فإن هذه المعدات خاضعة لإرادة الطرفين في العقد، فقد ينص العقد على إعادتها للمانح عند انتهائه، فتكون في حكم المستأجرة، وقد ينص على امتلاك الممنوح لها بموجب العقد، وتكون قيمته داخلية في الرسم الثابت، الذي يدفع قبل البدء في المشروع، وغالبا ما يرتفع سعر هذا الرسم إذا كان فيه توريد معدات.

المسألة الثالثة: تكييف المساعدة التقنية والفنية:

تقدم أن المقصود بالمساعدة التقنية: هو تقديم المساعدة وإعطاء كل ما هو مطلوب فنيا وتقنيا ووضع جميع الأساليب والوسائل، تحت تصرف الطرف الآخر، الراغب بالحصول على هذه التقنية.

و تقدم أيضا أنها من التزامات المانح أو المرخص، بموجب عقد الامتياز التجاري، فهي التزام مثبت في العقد، وبناء عليه يمكن تكييف تقديم هذه المساعدة على أحد أمرين:

التكييف الأول: أنها من توابع العقد:**أولاً: المراد من توابع العقد:**

إذا علمنا أن العقد قد يقع على العين ومنافعها ؛ لذا كان من مقتضاه أحياناً أن يدخل في العقود عليه ماله صلة به، لتحقيق المنفعة المرادة منه، أو أن يقضي- العرف بشمول العقود عليه لأشياء تدخل فيه ولو لم يصرح بذلك في العقد. وذلك كما لو باع داراً دخلت المفاتيح في المبيع تبعاً، أو باع بعيراً اندرج الخطام في المبيع تبعاً^(١)، ومعنى التبعية هنا، عدم استقلاله بثمن، بل يدخل في الثمن الكلي للمبيع، وإذا فُقد فليس له حصة من الثمن، بل المشتري مخير بين الامضاء أو الفسخ^(٢).

ثانياً: طرق تعيين توابع العقد مايلي:

- (١) إذا كانت لا تقبل الانفكاك عن العقود عليه بالنظر إلى الغرض من العقد عليه: فيبيع القفل يدخل معه المفتاح، لأنه لا يتحقق الغرض من القفل دون المفتاح.
- (٢) إذا كان مدلول اسم المبيع يتناولها، بحيث يعتبر جزءاً من أجزائه: فيبيع الدار مثلاً يدخل فيه غرفها، ويبيع الخزانة يدخل فيه الأدراج.
- (٣) إذا كانت تتصل بالمبيع اتصال قرار ؛ بأن يكون موضوعاً على وجه الدوام: كبيع الدار تدخل فيه الأبواب والأحواض^(٣).

(١) ينظر: العناية شرح الهداية ٦/ ٢٨٠، حاشية ابن عابدين ٤/ ٣٤، الفروق ٣/ ٢٨٣، المهذب ١/ ٢٨٥، مغني المحتاج ٢/ ٨٠ - ٨٦، شرح منتهى الإرادات ٢/ ٢٠٦ - ٢٠٩، الموسوعة الفقهية الكويتية ٩/ ١٧.

(٢) ينظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام ١/ ٢١٣.

(٣) ينظر: حاشية ابن عابدين ٤/ ٣٣ - ٣٤، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ١/ ١٩٥، ومغني المحتاج ٢/ ٨٠ - ٨٦، الموسوعة الفقهية الكويتية ٩/ ١٧ - ١٨.

٤) إذا كانت خاضعة للعرف: فما تعارف الناس عليه - وقرروه - أنه من توابع المبيع، فهو كذلك.

جاء في حاشية رد المحتار على الدر المختار: «الأصل أن ما لا يكون من بناء الدار ولا متصلاً بها، لا يدخل إلا إذا جرى العرف أن البائع لا يمنعه عن المشتري، فالمفتاح يدخل استحساناً لا قياساً لعدم اتصاله، وقلنا بدخوله بحكم العرف. ثم قال: ومقتضى ذلك أن شرب الدار يدخل في ديارنا (دمشق) للتعرف، بل هو أولى من دخول السلم المنفصل في عرف مصر القاهرة؛ لأن الدار في دمشق إذا كان لها ماء جار وانقطع عنها أصلاً لم ينتفع بها، وأيضاً إذا علم المشتري أنه لا يستحق شربها بعقد البيع لا يرضى بشرائها إلا بثمن قليل جداً بالنسبة للدار التي يدخل فيها شربها»^(١). اهـ، وجاء في أنوار البروق في أنواع الفروق: قاعدة: "ما يتبع العقد عرفاً وقاعدة ما لا يتبعه": «.... ويبيع الأرض يندرج تحته الأشجار والبناء دون الزرع الظاهر فإن كان كامناً في الأرض اندرج على إحدى الروايتين، ويندرج في لفظ الدار الخشب المسمر والسلم المستقل ويندرج المعدن في لفظ الأرض دون الكتز؛ لأن المعدن من الأجزاء فليس من هذا الباب.... إلى أن قال: وهذا الكلام مع بقية تفاريع هذا الباب كلها مبنية على العوائد، ولولا العوائد لكان هذا تحكماً صرفاً، ويبيع المجهول والغرر في الثمن جائز إجماعاً ولو أطلق هذا اللفظ في زماننا لم يصح به بيع لعدم فهم المقصود منه لغة ولا عرفاً فجميع هذه المسائل وهذه الأبواب التي سردتها مبنية على العوائد فإذا تغيرت العادة أو بطلت بطلت هذه الفتاوى وحرمت الفتوى بها لعدم مدركها فتأمل ذلك أبل تتبع الفتاوى هذه العوائد كيفما تقلبت كما تتبع النقود في كل عصر وحين»^(٢). اهـ.

(١) حاشية ابن عابدين ٣٤ / ٤.

(٢) أنوار البروق في أنواع الفروق ٣ / ٢٨٣ الفرق التاسع والتسعون والمائة.

وقد أفاد هذا النص أيضاً، أن الجهالة والغرر في التابع مغتفرة، لا تؤثر في العقد. وجاء في مغني المحتاج: «و يدخل في بيع الدابة نعلها وبرتها وهي حلقة تجعل في أنفها إن لم يكونا ذهباً أو فضةً وإلا فلا يدخلان للعرف فيهما ولحرمة استعمالها حينئذٍ ولا يدخل في بيعها العذار والمقود واللجام والسرج اقتصاراً على مقتضى اللفظ وكذا تدخل ثياب العبد التي عليه في بيعه في الأصح للعرف»^(١). اهـ.

وجاء في المغني: «ما كان في الأرض من الحجارة المخلوقة فيها أو مبني فيها كأساسات الحيطان المتهدمة فهي للمشتري بالبيع؛ لأنه من أجزائها فهي كحيطانها وترايبها والمعادن الجامدة فيها والآجر كالحجارة في هذا.. فأما إن كانت الحجارة أو الآجر مودعا فيها للنقل عنها فهي للبائع كالكنز وعليه نقلها وتسوية الأرض إذا نقلها وإصلاح الحفر؛ لأنه ضرر لحق لاستصلاح ملكه فكان عليه إزالته. وإن كان قلعهما يضر بالأرض أو تتناول مدته ولم يكن المشتري عالماً فله الخيار؛ لأنه عيب. وإن لم يكن في نقلها ضرراً ويمكن نقلها في أيام يسيرة كالثلاثة فما دون فلا خيار له وله مطالبة البائع بنقلها في الحال؛ لأنه لا عرف في تبقيتها بخلاف الزرع»^(٢).

ثالثاً: حكمها: يمكن أن نستخلص من أقوال الفقهاء السابقة الأحكام التالية للتوابع:

(١) أنها داخلة في المعقود عليه، فلها حكمه من حيث لزوم التسليم إن كان مبيعاً؛ لأنها من جملة المثلن.

(٢) أنه ليس لها ثمن مستقل عن المعقود عليه، بل هي داخلة في جملته، ومع فقدتها لاتنقص قيمة المعقود عليه، بل العاقد بالخيار إما الإمضاء أو الفسخ.

(٣) أنه لا يلزم ذكرها في العقد.

(١) مغني المحتاج ٢/ ٨٥ - ٨٦.

(٢) المغني ٤/ ٧٠.

رابعاً: وجه تكييف المساعدة التقنية بأنها من توابع العقود عليه:

بالنظر في طرق تعيين توابع العقد السابقة؛ نجد مايلي:

(أ) أن المساعدة الفنية لا تقبل الانفكاك عن العقود عليه، بالنظر إلى الغرض من العقد عليه، فلا يمكن انفكاك عقد الامتياز التجاري، عن المساعدة الفنية - كما تبين سابقاً - إذ إن نشاط الممنوح في عقد الامتياز يتوقف على تقديم هذه المساعدة، ولا تحصل الفائدة ولا الغرض من العقد إلا بها، فتعلق النشاط بها أعظم من تعلق المفتاح بالقفل.

(ب) أن العقد لم يحدد لها ثمناً مستقلاً، وبالتالي فهي من توابع العقود عليه، التي يتوقف عليها العقد، ولا بد له منها، وإن لم تختص بثمن مستقل في العقد.

(ج) بالإمكان القول: إن العرف القانوني لهذا النوع من العقود، قد أوجب على المانح أو المرخص تقديم هذه المساعدة، للممنوح أو المرخص له^(١)، وقد تقدم تفصيل ذلك في التزامات المانح.

التكييف الثاني: أنها من باب الشروط في العقد لمصلحة العاقد:

وجه هذا التكييف: بما أن المساعدة الفنية تعد منفعة، يؤديها المرخص أو المانح للمرخص له أو الممنوح، فإذا نص العقد على إلزام المرخص بتقديم هذه المساعدة، فإن هذه المسألة تُحرَّج على مسألة اشتراط نفع للعاقد في المحل العقود عليه، وهو من اشتراط عقد معاوضة في عقد معاوضة وقد سبق بيان حكمه^(٢). و ترجع للباحث في موضعه، جواز ذلك، وبناء عليه يلزم العاقد تقديم هذه المساعدة بموجب نص العقد.

الفرق بين التكييفين: يتفق التكييفان في لزوم كل منهما بمقتضى العقد، وأنه لاحصة لتلك المساعدة مستقلة في الثمن، ويختلفان في شيء واحد، أنه بناء على التكييف الثاني فإنه

(١) ينظر: الفرشائز لنعيم مغيب ص ١٩٤.

(٢) في المسألة الثانية من الفرع الثاني من المطلب الثالث من المبحث الثالث من التمهيد من هذا الكتاب.

لا يلزم تقديم تلك المساعدة ما لم ينص عليها العقد، بخلاف التكييف الأول فاللزوم ظاهر فيها، سواء أكان منصوفاً عليه في العقد أم لا.

والذي يظهر للباحث أن عقود الامتياز التجاري لا تخلو من تضمين هذا الالتزام على المرخص، وبالتالي فكلا التكييفين مؤداهما واحد، وهو لزوم تقديم هذه المساعدة، وأن ذلك لا ينافي العقد، ولا يؤثر في صحته، والله أعلم.

الفرع الثاني: تكييف الامتياز التجاري:

بالنظر إلى أركان عقد الامتياز التجاري، ثم تكييف الأمور التي يقوم عليها هذا العقد، وبالنظر إلى أنواع عقد الامتياز التجاري؛ يتبين للباحث أن هذا العقد لا يخلو من أن يكون أحد ثلاثة عقود:

الأول: عقد إجارة:

وهذا يتضح في ثلاثة أنواع من عقود الامتياز التجاري:

(١) امتياز الخدمات التجارية:

وكونه من باب الإجارة مبني على ثلاث مقدمات ونتيجة:

المقدمة الأولى: وهي ماسبق بيانه من أن الحق المعنوي - كالعلامة التجارية ونحوها - يعد من الأعيان المالية.

المقدمة الثانية: أن المانح أو المرخص في هذا النوع؛ هو المؤجر حيث يقوم بتمليك منافع هذا الحق المعنوي للمرخص له الذي هو المستأجر.

المقدمة الثالثة: تقدم تعريف الإجارة، وأنها تمليك منفعة بعوض مسمى^(١).

والنتيجة أن هذا العقد، هو عقد إجارة؛ إذ إن المانح أو المرخص يملك المنوح له،

منفعة الحق المعنوي، بكافة أنظمتها الخدمية، في مقابل عوض مسمى.

(١) في الترخيص الثاني، من المسألة الثانية، من الفرع الثاني، من المطلب الأول، من المبحث الثاني، من

الفصل الثاني، من الباب الأول، من هذا الكتاب.

(٢) الامتياز التجاري الاستثماري:

وينطبق عليها، ذات المقدمات والنتيجة، لكن يختلف عن امتياز الخدمات التجارية، في كون التأجير وقع على مؤسسة تتعامل بالامتياز التجاري بكاملها، وليس فقط الحق المعنوي.

لكن يرد على هذا التكييف إشكالان:

الأول: وهو أن جزءاً من الأجرة غير معلوم، وهو النسبة الدورية، التي يؤخذ بقدرها من المبيعات، فهل تصح الإجارة بذلك؟

وجوابه: أن هذه المسألة تخرج على مسألة قفيز الطحان: وهي أن تحدد الأجرة ببعض المستأجر عليه^(١)، بجامع أن الأجرة في كلا المسألتين معلومة في المال لا في الحال، قال في مغني المحتاج: والضابط في هذا- مسألة قفيز الطحان- أن تجعل الأجرة شيئاً يحصل بعمل الأجير^(٢). اهـ

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

الأول: أنه لا يجوز أن تكون الأجرة بعض الممول، أو بعض الناتج من العمل المتعاقد عليه، وهو مذهب الحنفية^(٣)، والمالكية^(٤)، والشافعية^(٥).

(١) ينظر: الهداية ٣/٢٤٢، الفتاوى الهندية ٤/٤٤٤، الشرح الصغير ٤/١٩ ط دار المعارف، بداية المجتهد ٢/٢٤٦، منهاج الطالبين وحاشية القليوبي عليه ٤/٦٨، ٦٩. الموسوعة الفقهية الكويتية ١/٢٦٤.

(٢) مغني المحتاج ٣/٤٤٥.

(٣) ينظر: المبسوط ١٥/٨٣، بدائع الصنائع ٤/١٩٢.

(٤) ينظر: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٤/٦، حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٤/١٩.

(٥) ينظر: أسنى المطالب ٢/٤٠٥، تحفة المحتاج ٦/١٢٩، مغني المحتاج ٣/٤٤٥.

الثاني: جواز ذلك إذا كانت الأجرة جزءاً شائعاً مما عمل فيه الأجير، تشبيهاً بالمضاربة والمساواة، فيجوز دفع الدابة إلى من يعمل عليها بنصف ربحها، وهو مذهب الحنابلة^(١)، والمالكية - في بعض الصور التي يمكن فيها علم الأجر بالتقدير - يتجهون وجهة الحنابلة، فيقولون: إن قال: احتطبه ولك النصف، أو: احصده ولك النصف، فيجوز إن علم ما يحتطبه بعادة، ومثل ذلك في جذ النخل ولقط الزيتون وجز الصوف ونحوه، وعلة الجواز العلم، ولو قال: احتطب، أو: احصد ولك نصف ما احتطبت أو حصدت، فذلك جائز على أنه من قبيل الجعالة^(٢)، وهي يتسامح فيها ما لا يتسامح في الإجارة. كما جاز بعض مشايخ بلخ من الحنفية: أن يدفع إلى الحائك غزلاً ينسجه بالنصف؛ لحاجة الناس^(٣).

أدلة القولين:

استدل أصحاب القول الأول بأدلة منها:

(١) حديث: النهي عن قفيز الطحان^(٤).

وجه الدلالة: أن قفيز الطحان هو أن يستأجر طحاناً ليطحن له حنطة معلومة بقفيز منها أو من دقيقتها وذلك حرام؛ لأن العقد فاسد؛ فإنه لو صح كان شريكاً بأول جزء من العمل والعامل فيما هو شريك فيه لا يوجب الأجر أثم الأجر إما أن يلتزمه في الذمة أو في عين موجود، وهو ما التزمه في الذمة، ودقيق تلك الحنطة غير موجود وقت العقد^(٥).

(١) ينظر: المغني ٥/٧، الفروع ٤/٣٩٢-٣٩٣.

(٢) الشرح الصغير ٤/٢٤، ٢٥.

(٣) الفتاوى الهندية ٤/٤٤٥.

(٤) سبق تخريجه.

(٥) ينظر المبسوط ١٥/٨٣.

يجاب عليه: بأن الحديث ضعيف كما تقدم في تخريجه، وأما وجه الدلالة منه فيجاب عليه بما جاء في أدلة القول الثاني.

(٢) لأن المستأجر عاجز عن تسليم الأجر وهو بعض المنسوج أو المحمول. إذ حصوله بفعل الأجير فلا يعد هو قادراً بقدرة غيره^(١).

يجاب عليه من وجهين:

الأول: بأنه لا يسلم لكم، عدم قدرة المستأجر تسليم الأجر، بل هو قادر على ذلك، لاسيما في مسألتنا - الامتياز التجاري - كما أنه داخل في قدرته، لا قدرة غيره.

الثاني: على التسليم بوجود العجز أول العقد، فإنه لا يستمر بل يزول بإشارة العمل.

٣- ولوجود الجهالة في الأجرة المفضية للغرر المنهي عنه^(٢).

قال ابن القيم في الجواب عليه: «وذلك مما لا غرر فيه ولا خطر ولا قمار ولا جهالة ولا أكل مال بالباطل، بل هو نظير دفع ماله إلى من يتجر فيه بجزء من الربح بل أولى؛ فإنه قد لا يربح المال فيذهب عمله مجاناً وهذا لا يذهب عمله مجاناً؛ فإنه يطحن الحب ويعصر الزيتون ويحصل على جزء منه يكون به شريكا للمالكه فهو أولى بالجواز من المضاربة»^(٣).

أدلة القول الثاني:

(١) حديث: (أن النبي ﷺ أعطى خيبر على الشطر)^(٤).

وجه الدلالة من الحديث: أن العامل في المزرعة مثل الطحان مع الحب، وقد أعطى

النبي ﷺ الأرض لأهل خيبر على أن تكون الأجرة بعض ما يخرج منها وهو الشطر.

(١) العناية شرح الهداية ١٠٨/٩.

(٢) ينظر: أسنى المطالب ٤٠٥/٢.

(٣) إعلام الموقعين ٢٥٠/٢.

(٤) سبق تخريجه.

(٢) أنها عين تنمى بالعمل عليها فصح العقد عليها ببعض نائها كالدراهم والدنانير وكالشجر في المساقاة والأرض في المزارعة^(١).

الترجيح:

يترجح للباحث القول الثاني، لاسيما في مسألة البحث؛ إذا إن فيها شبهها بينا بحديث معاملة النبي ﷺ أهل الخير، فيمكن القول بأن أهل خير استأجروا الأرض من النبي ﷺ، على أن يعطوه نسبة من غلتها، تقدر بالنصف أي ٥٠٪ وهذا كالتص في مسألتنا.

الإشكال الثاني: أنه بموجب عقد الامتياز فإن الأجرة مكونة من جزأين هما، الأجرة

المحددة بمبلغ معين (رسم الدخول)، والنسبة من المبيعات، فهل يجوز الجمع بينهما؟:

أما على قول من يرى عدم جواز كون الأجرة ببعض الغلة، فطرد قولهم، عدم الجواز هنا، لأن جهالة البعض (وهي النسبة) يؤدي إلى جهالة الكل، وأما على قول من أجاز كون الأجرة ببعض الغلة، وهم الحنابلة، ففي المسألة روايتان، جاء في المغني: وإن جعل له مع ذلك دراهم معلومة لم يجز، نص عليه. وعنه الجواز، والصحيح الأول، وعليه المعتمد... قال أحمد: «لا بأس بالثوب يدفع بالثلث والربع. وسئل عن الرجل يعطي الثوب بالثلث ودرهم ودرهمين؟ قال: أكرهه؛ لأن هذا شيء لا يعرف. والثلث إذا لم يكن معه شيء نراه جائزاً؛ لحديث أن النبي ﷺ أعطى خيبر على الشطر. قيل لأبي عبد الله: فإن كان النساج لا يرضى حتى يزداد على الثلث درهما؟ قال: فليجعل له ثلثا وعشري ثلث ونصف عشر وما أشبهه»^(٢).

الترجيح:

يترجح للباحث رجحان صحة الجمع بين الأجرة والنسبة في عقد الإجارة؛ من

وجهين:

(١) المغني ٥/٧.

(٢) المرجع السابق.

الأول: يتضح مما سبق أن حجة المنع من الجمع بين الأجرة المقدرة بالعدد والنسبة؛ هي مخالفته للعرف، لقول الإمام أحمد: هذا شيء لا يعرف، فلا يخلو - المقصود بالعرف هنا - من الآتي:

(١) إن كان مقصود الإمام يرحمه الله، مخالفته للعرف بين التجار في وقته، فإن الأحكام تتغير بتغير الأعراف، والعرف في زماننا لا يمنع ذلك.

(٢) وإن كان مقصوده العرف الشرعي، فلا يوجد نص أو قياس صحيح يمنع منه.

(٣) وإن كان المقصود أنه لا يعرف عن أحد من أهل العلم جَوَّزه، فقد روي جوازه عن بعض التابعين^(١).

ولعل أقرب تلك القصود لمراد الإمام أحمد، هو القصد الأول، والله أعلم.

الثاني: أن تحديد الأجرة بالنسبة، لا يخل بجانب المعلوماتية كما تقدم، فتكون كالأجرة المعلومة، المقسومة إلى جزأين، أحدهما يدفع قبل الشروع في الانتفاع بالعين، والآخر عند الانتفاع بها شيئاً فشيئاً، ولأن الأجرة لها حكم الثمن^(٢)، ويجوز دفع الثمن شيئاً فشيئاً، كما سيأتي بيانه في بيع الاستجرار.

الثاني: عقد بيع:

وهذا يتضح في نوع واحد من عقود الامتياز التجاري وهو عقد امتياز التوزيع ووجه كونه بيع ظاهر: إذ إن المستفيد (المرخص له أو الممنوح)، يقوم بشراء منتجات المالك (المرخص أو المانح) التي عليها شعاره، أو علامته التجارية، ويقوم بتوزيعها، فهنا الحق المعنوي جزء من السلعة المباعة، فمحل العقد هنا مكون من جزأين:

(١) قال ابن قدامة: «روى الأثرم عن ابن سيرين أو النخعي أو الزهري أو أيوب أو يعلى بن حكيم أنهم أجازوا ذلك». المرجع السابق.

(٢) ينظر: الفتاوى الهندية ٤/ ٤١٢، الشرح الصغير ٤/ ١٥٩، ونهاية المحتاج ٥/ ٣٢٢، والمغني ٥/ ٣٢٧.

(١) أصل: وهو ذات المنتج.

(٢) تابع: وهو الشيء المادي الذي يحمل شعار المانح أو المرخص.

وبالتالي فالعقد، وقع على مبيع واحد؛ مركب من جزأين، متلازمين لا ينفك أحدهما عن الآخر، كبيع الثوب بأزراره. والفرق بين تأجير العلامة التجارية وبين بيع المنتج الذي يحمل العلامة التجارية: هو أن تأجير العلامة يعني، إباحة استخدام العلامة والانتفاع بها على منتجات يقوم الممنوح أو المرخص له بتصنيعها - وإن كانت تحمل مواصفات معينة يشترطها المانح - أما بيع المنتج الذي يحمل العلامة التجارية، فلا يملك الممنوح حق التصرف بالعلامة التجارية، ولا يملك منفعتها، فلا يستطيع استخدام الشعار أو العلامة التجارية في غير المنتج الذي اشتراه من المرخص. ويرد على هذا التكييف إشكالان:

(١) ما وجه رسم الدخول في هذا العقد:

الجواب على هذا الإشكال من وجهين:

الأول: أن هذا الرسم ليس لازماً في كل العقود، وليس ملزماً في كل التشريعات القانونية والنظامية، الخاصة بالامتياز التجاري، فليس ركناً من أركان الامتياز التجاري، الذي لا يصح تخلفه، بل هو يخضع للقوانين الخاصة في البلد المقدم فيه الامتياز التجاري، كما يخضع لتوافق إرادة العاقدين، في العقد^(١)، وبالتالي فلا يكون إشكالا.

الثاني: على فرض اشتراط المانح - وقد يكون غير مسلم - هذا الرسم، وعقود الامتياز فيها شبه بعقود الإذعان لكون المانح يفرض شروطه على الممنوح^(٢)، لحاجته إلى الفرنشايز، فإنه يظهر للباحث أن هذا الرسم هو جزء من الثمن، ويدل لذلك أن المانح لو توقف عن إرسال البضائع للممنوح فإنه يحق له المطالبة بالتعويض عن ذلك^(٣).

(١) ينظر الفرنشايز لنعيم مغغب ص ٢٠٨-٢٠٩.

(٢) ينظر: عقد الامتياز التجاري د محمد محسن النجار ص ٣٥.

(٣) ينظر الفرنشايز لنعيم مغغب ص ٢١٠.

٢) أن ثمن المبيع وقدره، غير معلوم وقت العقد:

توضيح هذا الإشكال: أنه يشترط في البيع العلم بالثمن، والمثمن^(١)، وهي غير معلومة وقت التعاقد، إذ إن العقد يتضمن التزام المانع ببيع منتجاته المعلوم أوصافها للممنوح، دون ذكر كمياتها، وأثمانها.

والجواب على هذا الإشكال بأن هذا البيع يخرج على بيع الاستجرار: وهو أخذ الحوائج من البياع شيئاً فشيئاً، ودفع ثمنها بعد ذلك^(٢).

وبيع الاستجرار من البيوع التي برزت الحاجة إليها، في عصور تدوين الفقه، واختلفت صورها بين المذاهب الفقهية، وبناء عليه سأذكر ماورد من صورته في كل مذهب، معقبا بحكمها عندهم:

أولاً: مذهب الحنفية:

صور بيع الاستجرار التي وردت عند الحنفية هي كالتالي:

الصورة الأولى: أن يأخذ الإنسان من البياع ما يحتاج إليه شيئاً فشيئاً مما يستهلك عادة، كالخبز والملح والزيت والعدس ونحوها، مع جهالة الثمن وقت الأخذ، ثم يشتريها (يدفع ثمنها) بعد استهلاكها.

فالأصل - عند الحنفية - عدم انعقاد هذا البيع؛ لأن المبيع معدوم وقت الشراء، ومن شرائط المعقود عليه أن يكون موجوداً، لكنهم تسامحوا في هذا البيع وأخرجوه عن هذه القاعدة (اشتراط وجود المبيع) وأجازوا بيع المعدوم هنا استحساناً.

وقال بعض الحنفية: ليس هذا بيع معدوم، إنما هو من باب ضمان المتلفات بإذن مالكيها عرفاً، تسهيلاً للأمر ودفعاً للحرَج، كما هو العادة، وجاء في حاشية الدر المختار:

(١) يراجع البند الثاني من الفرع الثاني من المطلب الأول من المبحث الثالث من الفصل الثاني من هذا الكتاب.

(٢) حاشية ابن عابدين ٤/١٢، والمدونة ٤/٢٩٢، وأسنى المطالب ٢/٣، والمحرر ١/٢٩٨.

إن المسألة استحسان، ويمكن تخريجها على قرض الأعيان، ويكون ضمانها بالثمن استحسانا، كحل الانتفاع في الأشياء القيمة؛ لأن قرضها فاسد لا يحل الانتفاع به وإن ملكت بالقبض^(١).

الصورة الثانية: وهي نفس الصورة الأولى، لكن تختلف عنها بالنسبة لمعرفة الثمن، أي إن الإنسان يأخذ ما يحتاج إليه شيئا فشيئا مع العلم بالثمن وقت الأخذ، ثم يحاسبه بعد ذلك.

وهذا البيع جائز ولا خلاف في انعقاده، لأنه كلما أخذ شيئا انعقد بيعا بثمنه المعلوم، ويكون بيعا بالتعاطي، والبيع بالتعاطي ينعقد، سواء أَدفع الثمن وقت الأخذ أم تأجل. ومثلها في الحكم: أن يدفع الإنسان إلى البائع الدراهم دون أن يقول له: اشترت، وجعل يأخذ كل يوم خمسة أرطال مع العلم بثمنها.

هذا البيع جائز، وما أكله حلال، لأنه وإن كانت نيته الشراء وقت الدفع إلا أنه لا ينعقد بيعا بمجرد النية، وإنما انعقد بيعا الآن بالتعاطي، والآن المبيع معلوم فينعقد البيع صحيحا.

الصورة الثالثة: أن يدفع الإنسان إلى البائع دراهم، ويقول له: اشترت منك مائة رطل من خبز مثلا، وجعل يأخذ كل يوم خمسة أرطال.

هذا البيع فاسد، وما أكل فهو مكروه، وذلك لجهالة المبيع، لأنه اشترى خبزا غير مشار إليه فكان المبيع مجهولا، ومن شرائط صحة البيع: أن يكون المبيع معلوما.

الصورة الرابعة: وهي أن يدفع الإنسان الدراهم للبائع دون أن يقول له: اشترت، وجعل يأخذ كل يوم خمسة أرطال ولا يعلم ثمنها. فهذا لا ينعقد بيعا بالتعاطي لجهالة

(١) حاشية ابن عابدين ١٢/٤.

التمن، فإذا تصرف الآخذ في المبيع، وقد دفعه البائع برضاه بالدفع وبالتصرف فيه على وجه التعويض عنه، لم ينعقد بيعاً، وإن كان على نية البيع، لأن البيع لا ينعقد بالنية، فيكون شبيه القرض المضمون بمثله أو بقيمته، فإذا توافقا على شيء بدل المثل أو القيمة برئت ذمة الآخذ^(١).

ثانياً: مذهب المالكية:

الصور التي وردت عند المالكية هي:

الصورة الأولى: أن يضع الإنسان عند البيع دراهم، ثم يأخذ بجزء معلوم من الدراهم سلعة معلومة وهكذا. فهذا البيع صحيح؛ لأن السلعة معلومة والتمن معلوم.

الصورة الثانية: أن يضع عند البيع درهماً، ويقول له: آخذ به منك كذا وكذا من التمر مثلاً، أو كذا وكذا من اللبن أو غير ذلك. يقدر معه فيه سلعة ما، ويقدر ثمنها قدراً ما، ويترك السلعة يأخذها متى شاء، أو يؤقت لها وقتاً يأخذها فيه، فهذا البيع جائز أيضاً.

وهاتان صورتان قريبتان من الصورة الثالثة عند الحنفية.

الصورة الثالثة: أن يترك عند البيع درهماً في سلعة معينة أو غير معينة، على أن يأخذ منها في كل يوم بسعره، وعقداً على ذلك البيع، فهذا البيع غير جائز؛ لأن ما عقداً عليه من التمن مجهول، وذلك من الغرر الذي يمنع صحة البيع.

الصورة الرابعة: أن يأخذ الإنسان من البائع ما يحتاج إليه بسعر معلوم، فيأخذ كل يوم وزناً معلوماً بسعر معلوم، والتمن إلى أجل معلوم، أو إلى العطاء إذا كان العطاء معلوماً مأموناً، فهذا البيع جائز^(٢).

(١) ينظر: الدر المختار وحاشية ابن عابدين ١٢/٤، ١٣، البحر الرائق ٥/٢٧٩، الأشباه والنظائر

لابن نجيم ص ٣٦٤.

(٢) ينظر: المتقى شرح الموطأ للبابي ٥/١٥ ط السعادة، المدونة ٤/٢٩٢.

ثالثا: مذهب الشافعية:

لبيع الاستجرار عند الشافعية صورتان:

الصورة الأولى: أن يأخذ الإنسان من البيع ما يحتاجه شيئا فشيئا، ولا يعطيه شيئا، ولا يتلفظان ببيع، بل نويا أخذه بثمانه المعتاد، ويحاسبه بعد مدة ويعطيه، كما يفعل كثير من الناس.

ونقل النووي رحمه الله اتفاق الشافعية على بطلان هذا النوع، ولكن نقل بعضهم عن الغزالي^(١) رحمته الله إباحته، لأن العرف جار به.

الصورة الثانية: أن يقول الإنسان للبياع: أعطني بكذا لحما أو خبزا مثلا، فيدفع إليه مطلوبه فيقبضه ويرضى به، ثم بعد مدة يحاسبه ويؤدي ما اجتمع عليه، فهذا البيع مجزوم بصحته عندهم لأنه من باب المعاطة^(٢).

رابعا: مذهب الحنابلة:

مسائل بيع الاستجرار عند الحنابلة مبنية على البيع بغير ذكر الثمن، وقد جاء في الإنصاف ذكر هذه المسائل منها:

(١) هو محمد بن محمد بن محمد أبو حامد الغزالي، بتشديد الزاي. نسبته إما إلى الغزال (بالتشديد) وكان أبوه غزالا، أو هو بتخفيف الزاي نسبة إلى (غزالة) قرية من قرى طوس (٤٥٠ - ٥٠٥ هـ) فقيه شافعي أصولي، متكلم، متصوف. رحل إلى بغداد، فالحجاز، فالشام، فمصر وعاد إلى طوس. من مصنفاته: "البسيط"، و"الوسيط"، و"الوجيز"، و"الخلاصة" وكلها في الفقه، و"تهافت الفلاسفة"، و"إحياء علوم الدين". ينظر: طبقات الشافعية ٤/ ١٠١ - ١٨٠، والوافي بالوفيات ١/ ٢٧٧، والأعلام للزركلي ٧/ ٢٤٧.

(٢) ينظر: المجموع ٩/ ١٥٠، ١٥١، مغني المحتاج ٢/ ٤، أسنى المطالب ٢/ ٣، حاشية الشرواني على تحفة المحتاج ٤/ ٢١٦، ٢١٧.

(١) البيع بما ينقطع به السعر: جاء في الانصاف: أنه لا يصح، وهو المذهب وعليه الأصحاب، وفي رواية أخرى عن الإمام أحمد: يصح، واختاره الشيخ تقي الدين بن تيمية، وقال: هو أحد القولين في مذهب الإمام أحمد.

(٢) البيع وإن لم يسم الثمن^(١): ورد عن الإمام أحمد روايتان في حكم هذا البيع، فقد سئل رحمه الله عن الرجل يقول لرجل: ابعث لي جريباً من بر، واحسبه علي بسعر ما تبيع. قال: لا يجوز هذا حتى يبين له السعر.

وأما رواية الجواز فقد سئل رحمه الله عن الرجل يبعث إلى البقال، فيأخذ منه الشيء بعد الشيء، ثم يحاسبه بعد ذلك، قال: «أرجو أن لا يكون بذلك بأس»، قيل لأحمد: يكون البيع ساعته؟ قال: «لا»^(٢). وقال ابن القيم رحمه الله: «اختلف الفقهاء في جواز البيع بما ينقطع به السعر من غير تقدير الثمن وقت العقد، وصورتها: البيع ممن يعامله من خباز أو لحام أو سمان أو غيرهم، يأخذ منه كل يوم شيئاً معلوماً، ثم يحاسبه على رأس الشهر أو السنة عن الجميع، ويعطيه ثمنه. فمنعه الأكثرون، وجعلوا القبض فيه غير ناقل للملك، وهو قبض فاسد يجري مجرى المقبوض بالغصب، لأنه مقبوض بعقد فاسد، هذا وكلهم إلا من شدد على نفسه يفعل ذلك، ولا يجد منه بداً، وهو يفتي ببطلانه، وأنه باق على ملك البائع، ولا يمكنه التخلص من ذلك إلا بمساومته له عند كل حاجة يأخذها قل ثمنها أو كثر، وإن كان ممن شرط الإيجاب والقبول لفظاً، فلا بد مع المساومة أن يقرن بها الإيجاب والقبول لفظاً».

(١) ينظر: الإنصاف ٤/ ٣١٠.

(٢) ينظر: النكت والفوائد السننية على مشكل المحرر ١/ ٢٩٨، ٢٩٩ ط دار الكتاب العربي، مجموع الفتاوى لابن تيمية ٢٩/ ٢٣١، الاختيارات للبعلي ٢١٥.

ثم قال: «القول الثاني وهو الصواب المقطوع به، وهو عمل الناس في كل عصر- ومصر: جواز البيع بما ينقطع به السعر، وهو منصوص الإمام أحمد، واختاره شيخنا (يعني ابن تيمية) وسمعه يقول: هو أطيب لقلب المشتري من المساومة، يقول لي: أسوة بالناس، آخذ بما يأخذ به غيري، قال: والذين يمنعون ذلك لا يمكنهم تركه، بل هم واقعون فيه، وليس في كتاب الله تعالى ولا سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا إجماع الأمة ولا قول صاحب ولا قياس صحيح ما يحرمه، وقد أجمعت الأمة على صحة النكاح بمهر المثل، وأكثرهم يجوزون عقد الإجارة بأجرة المثل، كالغسال والخباز والملاح وقيم الحمام والمكاري، فغاية البيع بالسعر أن يكون يبعه بثمان المثل، فيجوز كما تجوز المعاوضة بثمان المثل في هذه الصور وغيرها، فهذا هو القياس الصحيح، ولا تقوم مصالح الناس إلا به»^(١).

وبناء على ماتقدم يمكن القول: إن هناك أوجه تشابه وافتراق عدة، بين عقد امتياز التوزيع وبيع الاستجرار، فأبرز أوجه التشابه ما يلي:

- (١) أن البيع في كل منهما يكون شيئاً فشيئاً، والتمن قد يؤجل وقد يقدم.
- (٢) أن المبيع معلوم النوع في كل منهما.
- ويتميز عقد امتياز التوزيع: بأن المبيع معلوم الصفة والمقدار، وأن الثمن محدد لكل وحدة من الصنف، بخلاف بيع الاستجرار، فالتمن فيه إما أن يكون بالسعر العام السائد أو المتعارف عليه، وهو على كل حال مسكوت عنه، وإن كان يمكن العلم به.
- (٣) أن الحاجة داعية إليهما في كل.

ومن المسائل المهمة المفرقة بين العقدين، أن عقد الامتياز انعقد فيه البيع على كامل المبيع ما قبض منه وما لم يقبض، من حين العقد، وأما بيع الاستجرار، فإنه يتبع الصور

(١) ينظر: إعلام الموقعين ٤/ ٥ - ٦.

المذكورة سابقا، نجد إشارات تدل على أن البيع ينعقد على ما قبض حال القبض، أو عند المحاسبة، لكن في بعض تلك الأقوال ما يدل على أن العقد ينعقد منذ بدء التعاطي، كما في الصورتين الأوليين عند المالكية، وهو ما أشار الإمام أحمد رحمه الله لما سئل أيكون البيع ساعته؟ أي وقت القبض فقال لا، فيكون وقت البيع من حين البدء في التعامل.

وإذا قلنا بأن البيع وقع على كامل المبيع وقت العقد، فإن جزءاً من المبيع - قد يكون الأكثر - لا يكون موجوداً وقت العقد، فربما يكون البائع في بيع الاستجرار لا يملك جميع اللحم - وقت البيع - الذي سيأخذه المشتري خلال شهر، فتكون هذه الصورة مشابهة لعقد امتياز التوزيع.

وخلاصة ما سبق: أن المالكية والشافعية في المعتمد عندهم، يمنعون البيع شيئاً فشيئاً إلا بثمن معلوم، لمبيع معلوم، فالعلم بالثمن والمثمن من شروط البيع، بينما يجوز الأحناف، ورواياه عند الحنابلة، الجهالة اليسيرة التي تؤول إلى العلم: ومعتد بهم في الجواز: أن الثمن يمكن العلم به، كما أن الحاجة داعية إليه، والأصل في العقود الإباحة؛ ما لم يرد دليل بالمنع، وليس ثمة دليل على ذلك، وهذا ما يرجحه الباحث في هذه المسألة، إذ إن الثمن يمكن العلم به في امتياز التوزيع، وذلك لأن المالك (المانح أو المرخص)، عندما يورد بضاعة فإنه يوردها للمستفيد (الممنوح) بموجب فواتير يوقع على استلامها بما تضمنته من مقادير البضائع، وأسعارها، وإن كان الثمن عند إمضاء عقد الامتياز غير معلوم بالتحديد.

الثالث: اجتماع عقد إجارة وعقد بيع بالشرط (اشتراط عقد بيع في عقد

إجارة):

وهذا يتضح في نوع واحد من عقود الامتياز التجاري وهو عقد امتياز صيغة العمل أو

البنیان التجاري Business Format Franchise:

ووجه هذا التكييف: تبين سابقاً أنه وفقاً لهذا النظام لا يقوم المالك (المانح أو المرخص) عادة بتصنيع أية سلع وإنما يوفر المعدات والمواد الخام، ومواد التعبئة والتغليف والدعاية وما إلى ذلك من وسائل؛ لإنتاج وتوزيع السلع والخدمات، ومن ناحية أخرى يتعامل للمستفيد (الممنوح أو المرخص له) مع خدمات المرخص محل حق الامتياز؛ بحيث يتبنى العلامة التجارية للمرخص وطريقته الشاملة في عرض المنتجات لتصبح جزءاً من هويته التجارية.

فأصل العقد هو الحق المعنوي أو عناصر الملكية الفكرية، كبراءة الاختراع، والعلامة التجارية، والرسم أو الأنموذج الصناعي، وهذه العناصر يتم تأجيرها بموجب هذا العقد، ويستتبع ذلك أمور منها: بيع منتجات تحمل تلك العناصر الفكرية، أو بيع خامات تستخدم لإنتاج سلعا معينة، ويرافق هذه الخامات إعطاء المعرفة السرية التي يقوم عليها تصنيع تلك الأمور؛ فبناء عليه كيف هذا العقد على أنه: اشتراط عقد بيع في عقد إجارة.

توضيحه: أن المانح أو المرخص يؤجر الحق المعنوي - الذي يملك عينه أو منفعه - على الممنوح أو المرخص له، ويشمل هذا الحق نظاماً متكاملًا في كيفية الاستفادة من ذلك الحق بشروط ومواصفات معينة، بحيث تحقق الغرض المنشود منها، وهو الربح بالنسبة للممنوح له، والتوسع في اشهار الحق المعنوي، وترسيخ ملكيته بالنسبة للمانح، وذلك مقابل أجرة معلومة تدفع أول العقد، ثم إن المانح قد يشترط على الممنوح شراء المعدات والمواد الخام ومواد التعبئة والتغليف والدعاية وما إلى ذلك من وسائل؛ لإنتاج وتوزيع السلع والخدمات، من جهة معينة - تُعَيَّن في العقد سواء أكانت المانح أو جهة معتمدة عنده - فيكون من قبيل شرط عقد بيع في عقد إجارة، وهذا الشرط يمكن القول أنه يصب في مصلحة العاقدين، لكونه يحافظ على جودة المنتج، وبالتالي يساهم في نجاح تسويقه على المستهلكين.

وقد أوضح الباحث من قريب صحة اشتراط عقد معاوضة في عقد معاوضة. لكن يجدر التنبيه هنا، أن عقد البيع لاحق لعقد الإجارة، وبالتالي فإن الثمن والمثمن يعلم عند التقابض، فهذا الشرط المتقدم، يلزم المانح بتقديم المواد الخام اللازمة لإنتاج السلعة المرادة، كما يلزم الممنوح بالشراء، وعند التقابض، يتم تعيين السلع، وأقيامها في فواتير خاصة، وهي من هذا الجانب تشابه بيع الاستجرار، في وجود الاتفاق على البيع، السابق لقبض السلعة، وقبل العلم بمقدارها والثمن.

ويبقى من أنواع الامتياز التجاري، مما يلزم تكييفه شرعا، نوع واحد وهو: امتياز التصنيع.

وهذا العقد لا يخلو من حالين:

الأول: أحيانا قد يتفق طرفا الامتياز التجاري، على أن يقوم المانح بتوريد المواد الأولية للتصنيع، فيجتمع في هذا العقد إجارة وبيع بالشرط - على التفصيل السابق.

الثاني: ألا يكون فيه توريد لتلك المواد، فيكون عقد إجارة خالص يلتحق بالأنواع المشاركة له في التكييف السابق ذكرها.

المبحث الثاني

استثمار وتمويل عقد الامتياز التجاري بالصكوك

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول

طريقة تصكيك عقد الامتياز التجاري

وفيه مقدمة وأربعة فروع:

مقدمة:

قد تتوافر الحاجة، إلى تصنيع جهاز ما حاصل على براءة اختراع، فبعد أن يتم دراسة المشروع، وأرباحه، ويتحدد مقدار التمويل اللازم، يبقى البحث عن التمويل، وكيفية الحصول عليه، وبناء عليه، تبقى هذه المخترعات حبيسة الأدراج، دون أن تظهر وتعرف، ويستفيد منها الناس، وغالبا ما تحتاج مثل هذه المشاريع - مشاريع تصنيع المخترعات المربحة - إلى رؤوس أموال ضخمة، وهو ما تستطيع الصكوك الإسلامية توفيره، كما أنه قد تكون هناك علامة تجارية في مجال ما، وخاصة قطاع الفنادق الذي يحتاج إلى تمويل ضخم - كون القطاع العقاري مرتفع التكلفة - فإن الصكوك الإسلامية قد تستطيع سد هذه الفجوة، وهذا الأمر ينسحب - أيضا - على الامتياز التجاري القائم على الرسم أو الأنموذج الصناعي.

وبناء على ما سبق فإن هذا المطلب يتضمن فرعين:

الفرع الأول: تصكيك امتياز تجاري تحت التأسيس :

يرى الباحث أن نجاح نشاط الامتياز التجاري ينبع من ثلاثة أمور:

(١) الحاجة السوقية للحق المعنوي، وبمعنى آخر شهرة الحق المعنوي في السوق،

الخاضع لنشاطه إقليميا.

(٢) حسن الإدارة لنشاط الامتياز، إذ إن سوء الإدارة في أي نشاط تجاري محكوم عليه

بالفشل.

٣) وجود التمويل الكافي لتلبية احتياجات تأسيس، وانتشار الامتياز التجاري في المنطقة الإقليمية المحددة، وما يرافق ذلك من نشاط إعلاني يواكب توسع الامتياز ويدعم شهرته، فالامتياز التجاري من الأعمال التجارية، التي يمثل جانب الشهرة فيها الركيزة الأساس لنجاحه.

ولهذا فإن الصكوك، قد توفر التمويل الكافي، لكن يبقى نجاح النشاط مرهونا بالعنصرين الأولين، وهذا ما ينبغي مراعاته عند تصكيك مثل هذه الأنشطة. وبناء على ماتقدم فإن الطريقة المقترحة لتصكيك عقد امتياز تجاري تحت التأسيس تتلخص فيما يلي:

أولاً: إجراء الدراسات الاقتصادية، على الحق المعنوي، وما يقوم عليه من منتجات وخدمات، ومدى حاجة السوق إليها، وذلك تفادياً لما قد يؤدي إليه إغفال مثل هذه الدراسات، من خسائر على الأموال المستثمرة في تلك الصكوك.

ثانياً: لا يخلو تأسيس الامتياز التجاري من أن يكون مع أحد شخصين: (أ) مالك الحق المعنوي: مثل المخترع الذي يحمل براءة الاختراع، أو مصمم النموذج الصناعي، أو مالك العلامة التجارية. فعندها تكون طريقة تصكيك عقد الامتياز التجاري على النحو التالي:

- ١) بيان أطراف عقد صكوك الامتياز التجاري: العلاقة تحتاج إلى ثلاثة أطراف:
 - ١- مالك الحق المعنوي (الجهة مانحة الامتياز التجاري).
 - ٢- شركة أو مؤسسة أو تاجر خبير بإدارة هذا النوع من الامتياز التجاري.
 - ٣- شركة ذات غرض خاص (spv) تقوم بإصدار الصكوك وجمع أموال الاكتتاب، وتمثل حملة الصكوك في التعاقد مع الطرف الأول والثاني.
- ٢) تقوم الشركة ذات الغرض الخاص بطرح إصدار الصكوك للاكتتاب، وقد لا يكون الاكتتاب مطروحاً لعامة الناس، بل لمستثمرين مختصين في ذات المجال.

(٣) بعد ذلك تتعاقد الشركة ذات الغرض الخاص - نيابة عن حملة الصكوك-، مع المالك أو المرخص، بعقد امتياز تجاري.

(٤) تقوم الشركة ذات الغرض الخاص - نيابة عن حملة الصكوك-، بالتعاقد مع الشركة الخبيرة لإدارة نشاط الامتياز التجاري، وذلك بعقد إجارة.

(٥) تتولى الشركة ذات الغرض الخاص مراقبة شركة الإدارة مالياً، وقانونياً.

(ب) مستأجر الحق المعنوي، أو مالك منفعة: كالذي يحمل حق الانتفاع بعلامة تجارية معينة، أو يملك حق تسويق براءة اختراع ونحو ذلك. ويمكن تصكيك هذا العقد بطريقة مماثلة، لتصكيك عقد امتياز تجاري قائم الآتي بيانه.

الفرع الثاني: تصكيك عقد امتياز تجاري قائم:

ويتم ذلك بالطريقة الآتية:

(١) يتم إجراء الدراسة المتخصصة في تحديد مدى احتياج شركة / مؤسسة الامتياز التجاري للتمويل ومقداره ؛ من أجل التوسع في النشاط ودعمه.

(٢) تتولى الشركة ذات الغرض الخاص، إصدار الصكوك وتحديد العدد المطلوب من الصكوك مع بيان قيمة كل صك.

(٣) بعد جمع المبلغ المطلوب، يتم رفع رأس مال شركة / مؤسسة الامتياز التجاري بما يوازي المبلغ، الذي تم جمعه من حملة الصكوك. فمثلاً إذا كانت حصيلة الاكتتاب تعادل قيمة رأس المال، فإنه يتم رفع رأس مال شركة / مؤسسة الامتياز التجاري، بنسبة ١٠٠٪. وتكون حصة حملة الصكوك، من الشركة الجديدة نسبة ٥٠٪.

(٤) يتم الاستفادة من حصيلة الاكتتاب في تطوير الامتياز التجاري، وإقامة المشاريع المتعلقة به. ويكون حملة الصكوك شركاء لشركة / مؤسسة الامتياز التجاري بقدر النسبة من رأس المال الكلي.

(٥) يحق لصاحب الامتياز شراء نصيب حملة الصكوك، عند نهاية الاصدار، بالقيمة التي يتراضى عليها الطرفان.

المطلب الثاني تكييف العلاقة بين أطراف عقد صكوك الامتياز التجاري في الفقه

وفيه فرعان:

الفرع الأول: تكييف العلاقة بين أطراف عقد صكوك امتياز تجاري تحت التأسيس:

مما سبق يمكن تحديد أطراف عقد صكوك امتياز تجاري تحت التأسيس على النحو التالي:

الأول: المالك للحق المعنوي أو الجهة المانحة للامتياز التجاري.

الثاني: حملة الصكوك.

الثالث: شركة ذات غرض خاص (spv).

الرابع) شركة / مؤسسة متخصصة في إدارة الامتياز التجاري.

وبناء على ماتقدم في طريقة تصكيك عقد الامتياز، فإنه يمكن للباحث التوصل إلى أن

العلاقة بين أطراف عقد الصكوك تنقسم إلى قسمين:

الأول: علاقة أصلية أو رئيسية: وهي التي بين مالك (عين أو منفعة) الحق المعنوي،

وحملة الصكوك، وذلك بوصف الأول هو الجهة المانحة أو المرخصة بالامتياز التجاري،

وأما حملة الصكوك فهم المرخص له أو الممنوح.

الثاني: علاقة فرعية أو تبعية: وهي علاقة باقي الأطراف بالطرفين الرئيسيين.

ولهذا فإن التكييف يبدأ أولاً بتكييف العلاقة الأصلية ثم التبعية.

أولاً: تكييف العلاقة الأصلية: إن هذه العلاقة لاتعدو أن تكون بين طرفي عقد امتياز

تجاري، وقد سبق تكييفه، وتبين هناك أن التكييف يختلف باختلاف أنواعه.

ثانياً: تكييف العلاقة الفرعية أو التبعية:

أطراف هذه العلاقة -التبعية- هم كالتالي:

(١) حملة الصكوك. وهم الجهة الممنوحة الامتياز التجاري.

(٢) شركة ذات غرض خاص، وهي التي تقوم بالتعاقد نيابة عن حملة الصكوك مع الجهة المانحة، والجهة المشغلة للامتياز التجاري.

(٣) الجهة الخبيرة والمشغلة للامتياز التجاري.

يمكن تكييف العلاقة بين هذه الأطراف على النحو التالي:

أولاً: الجهة ذات الغرض الخاص تعد وكالة بأجر عن حملة الصكوك، في التعاقد مع الجهة المانحة، والجهة الخبيرة والمشغلة لعقد الامتياز.

وجه هذا التكيف: وذلك لأن معنى الوكالة عند الفقهاء من المذاهب الأربعة لا يخرج عن كونها: إنابة أو تفويض التصرف إلى الغير وتسليم المال إليه ليتصرف فيه^(١)، وهذا هو واقع العلاقة بين حملة الصكوك، والشركة ذات الغرض الخاص، فحملة الصكوك (الموكل) قاموا بتفويض التصرف -المقيد- بالمال إلى الشركة ذات الغرض الخاص (الوكيل).

ثانياً: الجهة الخبيرة والمشغلة لعقد الامتياز التجاري: تمثل الأجير في عقد إجارة خاصة، والطرف الآخر هو حملة الصكوك والذي يمثل المستأجر.

(١) هذا لفظ السرخسي في المبسوط ١٩/٢ وينظر: بدائع الصنائع ١٩/٦، شرح مختصر خليل للخرشي ٦٨/٦ وجاء فيه أن الوكالة: نيابة ذي حق غير ذي إمرة ولا عبادة لغيره فيه غير مشروطة بموته، وينظر: حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٣/٥٠٢-٥٠٤، روض الطالب مع أسنى المطالب ٢/٢٦٠، وجاء فيه أن الوكالة: تفويض شخص أمره إلى آخر فيما يقبل النيابة. وينظر: شرح البهجة الوردية ٣/١٧١، تحفة المحتاج ٥/٢٩٤، وعند الحنابلة أن الوكالة هي: استنابة جائر التصرف مثله فيما تدخله النيابة. ينظر: وكشاف القناع ٢/٤٤٣، شرح منتهى الإرادات ٣/٤٦١ ط دار الفكر.

وجه هذا التكييف: أن الأجير الخاص في اصطلاح الفقهاء:

هو من يعمل لمعين عملاً مؤقتاً، ويكون عقده لمدة. ويستحق الأجر بتسليم نفسه في المدة؛ لأن منافعه صارت مستحقة لمن استأجره في مدة العقد^(١).

لذلك فإن الشركة المشغلة للامتياز، تختص بعمل معين وهو الامتياز التجاري، والعقد محدد بمدة وهي ذات المدة المتفق عليها بين طرفي عقد الامتياز الأصلي، وهذا العمل هو لصالح حملة الصكوك وهم المستأجرين.

الفرع الثاني: تكييف العلاقة بين أطراف عقد صكوك امتياز تجاري قائم:

أولاً: أطراف عقد صكوك امتياز تجاري قائم:

لا بد من تحديد أطراف هذا العقد؛ حتى يمكن بيان العلاقة بينهم، ومن ثم تكييفها، فهذا العقد يقوم على ثلاثة أطراف:

(١) حملة الصكوك.

(٢) الشركة ذات الغرض الخاص.

(٣) صاحب الامتياز التجاري.

ثانياً: تكييف العلاقة بين الأطراف:

يمكن تقسيم العلاقة بين أولئك الأطراف إلى قسمين:

الأول: علاقة فرعية: وهي القائمة بين حملة الصكوك، والشركة ذات الغرض الخاص: وتكيف بأنها وكالة بأجر – كما تقدم.

الثاني: علاقة أصلية: وهي القائمة بين حملة الصكوك، والشركة صاحبة الامتياز التجاري.

(١) ينظر: رد المحتار على الدر المختار ٤٣/٥ ط إحياء التراث، الهداية ٣/٢٤٥، حاشية الدسوقي

٤١/٨١، المهذب ١/٤٠٨، حاشية القليوبي ٣/٨١، المغني المطبوع مع الشرح الكبير ٦/٤١ ط دار

الكتاب العربي.

فيمكن تكييفها على أنها شركة عقد^(١)، فهي إما أن تكون شركة عنان أو مضاربة على التفصيل الآتي:

أولاً: على القول بتكييفها أنها شركة عنان:

فإن معنى شركة العنان عند فقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة هو: أن يشترك رجلان بهما على أن يعملوا فيهما بأبدانها والربح بينهما^(٢). بينما عرفها المالكية بأنها: أن يشترط كل منهما - أي الشريكين - نفي الاستبداد أن لا يفعل أحدهما شيئاً حتى يشاركه فيها الآخر^(٣).

ونستخلص من التعريف الأول، البيان بأن الاشتراك في شركة العنان، يركز على أن يكون رأس المال من الشريكين، وكذا العمل، بينما نص المالكية في تعريفهم أن العنان لا بد أن تكون الشركة - إضافة إلى المال - في العمل، فلا يصح أن يتفاوت الشريكان في العمل فضلاً عن أن ينفرد أحدهما به دون الآخر.

وبتطبيق هذا التكييف على محل مسألتنا هذه، فإنه يبرز إشكالان:

الإشكال الأول: أن حملة الصكوك يشاركون الجهة صاحبة الامتياز في رأس المال، لكن لا يشاركونهم في العمل، فالعمل مشروط على صاحب الامتياز، فهل تصح شركة العنان بذلك؟

اختلف الفقهاء في حكم شركة العنان إذا كان العمل مشروطاً على أحدهما:

القول الأول: أنه لا يجوز أن يقتصر العمل على أحد الشريكين. وهو مذهب المالكية^(٤) وبعض الحنابلة^(٥).

(١) ينظر ص ١٧٩ من هذا الكتاب.

(٢) المغني ١٠/٥، وينظر: المبسوط ١١/١٥١، تحفة المحتاج ٥/٢٨٣.

(٣) ينظر: الإتيقان والإحكام في شرح تحفة الحكام (شرح ميارة) ٢/١٢٣، مواهب الجليل ٥/١٣٤.

(٤) ينظر: المدونة ٣/٦٠٩، الخرشي على خليل ٤/٢٦١، والفواكه الدواني ٢/١٧٣.

(٥) صرح ابن قدامة: أن شركة العنان تختص بكون العمل من الشريكين. المغني لابن قدامة ٥/١٤٠.

القول الثاني: جواز أن يقتصر العمل في شركة العنان على أحد الشركاء. وهو مذهب جمهور الفقهاء من الحنفية^(١)، والشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣).

حجة القول الأول:

أن شركة العنان تفسد بمجرد شرط التفاوت في العمل كما تفسد باشتراط التفاوت في الربح، وتفسد باشتراط التفاوت في الربح مع تساوي في رأس المال، لأن الربح هو ثمرة رأس ماليهما فكان على قدرهما كما لو كان بينهما شجرة فأثمرت أو شاة فتجت^(٤).

يجاب عليه: بالمنع وعدم التسليم بصحة الأصل المقيس عليه، وهو أن العقد يفسد عند التفاوت في الربح مع تساوي المالكين، وتوضيحه: بأنه لو كان العمل من الشريكين وتساويا في رأس المال، فإنه يجوز التفاضل في الربح، وذلك لأن العمل مما يستحق به الربح فجاز أن يتفاضلا في الربح مع وجود العمل منهما كالمضاربين لرجل واحد وذلك لأن أحدهما قد يكون أبصر بالتجارة من الآخر وأقوى على العمل فجاز له أن يشترط زيادة في الربح في مقابلة عمله كما يشترط الربح في مقابلة عمل المضارب^(٥).

حجة القول الثاني:

القياس على المضاربة؛ لأن العامل منهما معين لصاحبه في العمل له في ماله، فإن لم يشترط لنفسه شيئا من ربح مال صاحبه فهو كالمستبضع^(٦) في مال صاحبه، وإن شرط

(١) ينظر: بدائع الصنائع ٦/٦٢، رد المحتار ٣/٣٥٢.

(٢) ينظر: مغني المحتاج شرح منهاج الطالبين ٢/٢١٣.

(٣) ينظر: الفروع ٢/٧٢٥، مطالب أولي النهى ٣/٤٩٩.

(٤) ينظر: بلغة السالك ٢/٧٠، الفواكه الدواني ٢/١٧٣، مغني المحتاج ٢/٢١٥.

(٥) ينظر: المغني لابن قدامة ٥/١٤٠.

(٦) الاستبضاع هو: دفع الرجل مالا لآخر ليعمل فيه، على أن يكون الربح كله لرب المال، ولا شيء للعامل. ينظر: حاشية ابن عابدين على الدر المختار ٣/٣٤٤ و ٤/٤٨٩ ط/ الأولى ببولاق، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ٥/٢٥٥ ط مطبعة النجاح - طرابلس ليبيا.

زيادة في الربح فهو كالمضارب بهال غيره^(١).

الترجيح:

يظهر للباحث رجحان القول الثاني، لقوة ماستدل به، وتوجه المناقشة لأدلة القول الأول.

الإشكال الثاني: إذا قلنا بأن نسبة حملة الصكوك من رأس المال بعد الزيادة، تساوي ٥٠٪ مثلاً فكم يستحق حملة الصكوك من أرباح، هل تكون بقدر النسبة من رأس المال أو أقل أو أكثر؟

أما على قول المالكية فلا يتأتى هذا الإشكال، لأنهم لا يرون جواز استقلال أحد الشريكين بالعمل، لئلا يتفاوت الربح، ويتأتى الإشكال على قول الجمهور، وبناء عليه اختلفوا على قولين:

الأول: أن الربح يكون بقدر المالكين وإن كان العمل على أحد الشريكين دون الآخر. وهو قول الشافعية^(٢).

الثاني: أنه إذا كان العمل من أحد الشريكين، فلا يجوز أن يأخذ أقل من قدر ماله، وإن أخذ بقدره فهو كالمستبضع في مال صاحبه، وإن أخذ أكثر فهو كالمضارب في مال صاحبه. وهو قول الحنفية^(٣)، والحنابلة^(٤).

حجة القول الأول:

ما تقدم من قولهم: أن الربح هو ثمرة المالكين فكان على قدرهما كما لو كان بينهما شجرة فأثمرت أو شاة فنتجت^(٥).

(١) ينظر: المبسوط ١١/١٥٨.

(٢) ينظر: الغرر البهية ٣/١٦٩، مغني المحتاج ٢/٢١٥.

(٣) ينظر: بدائع الصنائع ٦/٦٢، رد المحتار ٣/٣٥٢.

(٤) ينظر: الإنصاف ٥/٤٠٨، مطالب أولي النهي ٣/٤٩٨.

(٥) مغني المحتاج ٢/٢١٥.

ويجاب عليه بما تقدم.

حجة القول الثاني:

ما تقدم في قولهم: إن كان الربح الذي أخذ العامل بقدر ماله فهو كالمستبضع، في مال صاحبه، وإن أخذ أكثر فهو كالمضارب في مال صاحبه.

الترجيح:

يظهر - والله أعلم - رجحان القول الثاني، لقوة ما استدلل به، وتوجه المناقشة لأدلة القول الأول.

ثانياً: على القول بتكييفها بأنها شركة مضاربة:

فإنه قد يتأتى عليها الإشكالات التي تقدم ذكرها في توريق الديون المستقبلية^(١)، وقد تم الجواب عليها هناك.

الترجيح بين التكييفين:

يترجح للباحث أنه لا يوجد تعارض بين التكييفين، لذلك يصح أن يقال إنها شركة مضاربة وعنان، قال ابن قدامة رحمته الله: «وأما المضاربة التي فيها شركة وهي أن يشترك مالان وبدن صاحب أحدهما مثل أن يخرج كل واحد منهما ألفاً ويأذن أحدهما للآخر في التجارة بهما فمهما شرطاً للعامل من الربح إذا زاد على النصفاً جاز؛ لأنه مضارب لصاحبه في ألفاً ولعامل المضاربة ما اتفقا عليه بغير خلاف»^(٢). وجاء في الإنصاف: «فإن اشتركا على أن العمل من أحدهما في المالين: صح. ويكون عنانا ومضاربة»^(٣).

(١) ينظر: الفرع الثاني من المطلب الثاني من المبحث الثاني من الفصل الأول من الباب الثاني من هذا الكتاب.

(٢) المغني لابن قدامة ١٤٠/٥.

(٣) الإنصاف ٤٠٨/٥ وينظر: شرح منتهى الإرادات ٢/٢٠٨، مطالب أولي النهي ٣/٤٩٨.

وأما بخصوص ماذكره الفقهاء رحمهم الله أن الشركة إذا كان العمل من أحدهما فإنه يستحق ربحاً على عمله في مال الشريك زائد عن ربح رأس ماله فإن الباحث يرى: أنه في حال كون العمل من أحد الشريكين - كما في مسألتنا - والمال منهما، والربح بقدر المالكين؛ لا يلزم منه أن يكون تجارة العامل بمال شريكه إبطاعاً، أو تبرعاً محضاً، بل إن له فيه فائدة، في تكثير رأس ماله وبالتالي مضاعفة ربحه، فربح المائة ألف من رأس مال قدره مائة ألف، لا يساوي ربح المائة ألف من رأس مال قدره مليون، إذ إن الربح يتعاضد مع كثرة رأس المال، ولهذا فإن صاحب الامتياز، إذا توفرت لديه حصة الاكتتاب في الصكوك، وكان ما يأخذه من الربح قدر رأس ماله، فإن عمله في الامتياز ليس إبطاعاً، بل هو مستفيد بتعاضد الربح المناسب طرداً مع ازدياد رأس المال، فقول الفقهاء إن هذا إبطاعاً، هو مناسب لما كان في عصرهم، من بساطة رؤوس الأموال وبساطة التجارة فيها، بخلاف عصرنا الحاضر، والله أعلى وأعلم.

المطلب الثالث

حكم التمويل والاستثمار بالصكوك

في عقد الامتياز التجاري

بالنظر إلى ماتقدم من تكييفات لعقد الامتياز التجاري بكافة أنواعه وللصكوك في عقد الامتياز التجاري، سواء أكانت صكوك امتياز تجاري تحت التأسيس أم صكوك امتياز تجاري قائم، فإن الباحث يخلص إلى جواز تصكيك، عقد الامتياز التجاري، على التفصيل المتقدم فيها، وذلك لأن هذه الصكوك ترجع إلى عقود شرعية صحيحة، على التفصيل الآتي:

أولاً: حكم تصكيك امتياز تجاري تحت التأسيس:

تبين عند ذكر التكييف أن الصكوك تجمع بين طرفي عقد امتياز تجاري، وقد تقدم تكييف أنواعه، أنها لا تخرج عن ثلاثة عقود، وهي بيع، أو إجارة، - وهذه من العقود

المجمع على جوازها - أو إجارة بشرط البيع، وقد تقدم بيان حكم اشتراط عقد معاوضة في عقد معاوضة^(١).

ثانياً: حكم تصكيك امتياز تجاري قائم:

قد تبين من التكييف أنه عقد شركة مضاربة وعنان، فأما حكم شركتي العنان والمضاربة فقد اتفق الفقهاء على جوازها^(٢).

(١) في المسألة الثانية من الفرع الثاني من المطلب الثالث من المبحث الثالث من التمهيد من هذا الكتاب.
(٢) نقل الإجماع على جواز شركة المضاربة ثلثة من الفقهاء. ينظر: بدائع الصنائع ٦/ ٧٩، ومواهب الجليل ٥/ ٣٥٦، ونهاية المحتاج ٥/ ٢١٨، وكشاف القناع ٣/ ٥٠٧. ونقل الإجماع على جواز شركة العنان ثلثة من الفقهاء أيضاً: ينظر: بلغة السالك ٢/ ١٦٥، ومغني المحتاج ٢/ ٢١١، والمغني لابن قدامة ٥/ ١٢٤.

المبحث الثالث حكم تداول هذا النوع من الصكوك

وفيه مطلبان:

المطلب الأول تداول صكوك امتياز تجاري تحت التأسيس

سبق تكييف هذا النوع من الصكوك على أنه عقد امتياز تجاري، وتقدم تكييف الامتياز التجاري، حسب أنواعه إلى أحد عقدين هي:

الأول: عقد بيع:

وتقدم - أيضا - أن امتياز التوزيع، يعد من قبيل البيع؛ حيث إن مانح الامتياز هو البائع، وحملة الصكوك هم المشترون، والصكوك تمثل المبيع، فتداول هذا النوع من الصكوك، مبني على أن الصك يمثل السلعة المبيعة بموجب هذا العقد، فإن كان تداوله بغير عقود المعاوضات، كالتبرع والهبة ونحوها فقد تقدم جواز التبرع بالمال^(١)، وإن كان التبرع مشوبا بمعاوضة، كالقرض، فإن الصك لا يراد لذاته كالنقد، بل بما تمثله قيمته بعد بيعه، فيعتمد بيان حكمه على بيان حكم بيعه.

وأما حكم بيع الصك أو التصرف فيه بعقد معاوضة: فإنه ثمة إشكال هنا، يحسن بيانه قبل ذكر الحكم:

محل هذا الإشكال: أن الصك يمثل المبيع، وقد تقدم العلم بأن المبيع في عقد امتياز التوزيع، قد لا يكون موجودا أثناء البيع، وأن المانع يورّد السلع شيئا فشيئا لا كاملة، بينما الصك يمثل السلع المباعة خلال مدة الصك، وهي مدة مستقبلية، لا يعلم مقدارها ولا عينيها، فإن صح البيع على أنه من باب بيع الاستمرار، للحاجة إلى السلعة بذلك، فإن مشتري الصك عندما يبيعه حامله، لا حاجة له فيما يمثله الصك، من سلع، فهو يبيع سلعة غير مقبوضة، فهذا الإشكال مكون من جزأين:

(١) يرجع إلى: المبحث الرابع من الفصل الثاني من الباب الأول من هذا الكتاب.

الأول: جهالة المبيع الذي يمثله الصك.

الثاني: لو افترضنا العلم به، فإنه غير متعين و غير مقبوض، بل موصوف، وقد لا يكون موجودا أصلا، فهل يصح بيعه؟.

ويمكن الجواب على الجزء الأول من الإشكال: بأنه يمكن تحديد كميات المنتجات وأسعارها، التي سيتم توزيعها، خلال مدة العقد بين حملة الصكوك، والشركة المانحة، فينص العقد - مثلا - على أن المبيع، يكون بعدد مائة مليون وحدة من الأشمعة، أو القمص، أو الثياب، أو الأجهزة... الخ، ويكون سعر الوحدة من الصنف الفلاني بكذا وكذا (عملة)، وسعر الوحدة من النوع الفلاني بكذا وكذا (عملة)، فبهذا العمل نخرج من الجهالة ويكون الصك يمثل جزءا مشاعا من عين مملوكة، وقد تقدم بيان صحة بيع الشريك نصيبه في العين المشاعة^(١).

أما الجزء الثاني من الإشكال: فقد تقدم أن هذا العقد وكيف على بيع الاستجرار، وأنه بالقول أن بيع الاستجرار ينعقد على كامل المبيع، وأن جزءا من المبيع موجود وقت التعاقد، والأكثر غير موجود، فإن الفقهاء المتقدمين لم ينصوا - في بيع الاستجرار - على حكم تصرف المشتري فيما لم يكن موجودا وقت العقد، لكن لو طبقنا ذلك على الصورتين الأوليين عند المالكية، فإنه يحتمل أن تكون السلعة المدفوع ثمنها - أو جزءا منه -، موجودة عند العقد وقد لا تكون موجودة، وبالتالي فلو صحت هذه المعاملة، فإن حكم التصرف بالمبيع الموصوف قبل قبضه مثل التصرف في المسلم فيه قبل قبضه، وسيأتي تفصيله وبيان حكم تداوله، إن شاء الله تعالى^(٢).

(١) يرجع إلى: المبحث الرابع من الفصل الثاني من الباب الأول من هذا الكتاب.

(٢) في الفصل الأول من الباب الثالث.

العقد الثاني: عقد إجارة:

وتداول هذا النوع من الصكوك يتبين مما يلي:

أولاً: إذا تملك حملة الصكوك المنفعة، بموجب العقد فإنهم يكونون شركاء في تلك المنفعة، وتداول هذه الصكوك - التي تمثل منفعة في الغالب كما تقدم - مبني على حكم مسألة وهي: «هل يجوز للشريك في المنفعة المشاعة أن يؤجر نصيبه منها؟».

تحرير محل النزاع: إذا كانت العين المتعاقد على منفعتها مشاعاً، وأراد أحد الشريكين إجارة منفعة حصته، فإجارتها للشريك جائزة بالاجماع^(١).

أما إجارتها لغير الشريك فمحل خلاف بين الفقهاء على قولين:

القول الأول: عدم جواز إجارة المشاع لغير الشريك إلا أن يؤجر الشريكان أو الشركاء معاً. وهو قول أبي حنيفة^(٢)، ومذهب الحنابلة^(٣).

القول الثاني: جواز إجارة المشاع لغير الشريك. وهو قول الجمهور من الحنفية^(٤)، والمالكية^(٥)، والشافعية^(٦)، ووجه عند الحنابلة^(٧).

حجة القول الأول:

أنه التزم بعقد المعاوضة تسليم ما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز كما لو باع الآبق أو أجره وبيان ذلك: أن عقد الإجارة يرد على المنفعة وتسليم المنفعة يكون باستيفاء المستأجر

(١) ينظر: معين الأحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام ص ١٣٩.

(٢) ينظر: المبسوط ١٥/١٤٤، بدائع الصنائع ٤/١٨٠.

(٣) ينظر: المغني ٥/٣٢١، الإنصاف ٦/٣٣ وقال هذا المذهب بلاربيب اهـ. كشف القناع ٣/٥٦٤.

(٤) ينظر: المبسوط ١٥/١٤٤، بدائع الصنائع ٤/١٨٠، البحر الرائق ٨/٢٣ وقال بإحاصله: الفتوى في إجارة المشاع على الجواز.

(٥) ينظر: المدونة ٣/٥١٥، التاج والإكليل ٧/٥٧٥، مواهب الجليل ٥/٤٢٢.

(٦) ينظر: أسنى المطالب ٢/٤٠٩، مغني المحتاج ٣/٤٥٣.

(٧) ينظر: المغني ٥/٣٢١، الإنصاف ٦/٣٣، الفروع ٤/٤٣٤.

ولا يتحقق استيفاء المنفعة من النصف شائعاً وإنما يتحقق من جزء معين؛ فإنها إن تهاياً^(١) على المكان فإنها يسكن كل واحد منهما ناحية بعينها وإن تهاياً على الزمان فإنها يسكن كل واحد منهما جميع الدار في بعض المدة فعرفنا أن استيفاء المنفعة في الجزء الشائع لا يتحقق فكان بإضافة العقد إلى جزء شائع ملتزماً تسليم ما لا يقدر على تسليمه^(٢).

يجاب عليها بما يلي:

(١) أن قولكم بأن المشاع من المنفعة غير ممكن التسليم غير مسلم، إذ يمكن التسليم عن طريق المهايأة.

(٢) أن قولكم أن المهايأة لا تكون إلا بجزء معين، وأما المشاع فلا يتحقق الاستيفاء منه، فالجواب عليه: أن المشاع له في الحقيقة تحقق في الوجود الظاهر، وإلا كان أمراً ذهنيًا، ودليل وجوده الظاهر، اقتسام الشريكين به، وبناء عليه فالمشاع متعين في جميع المشترك فيه، لكن بحسب النسبة من الشراكة يتحقق الانتفاع منه، وهذا الذي نقول أنه يتحقق بالمهايأة.

حجة القول الثاني:

أن هذا معاوضة مال بمال فتلزم في المشاع كالبيع وهذا؛ لأن موجب الإجارة ملك المنفعة وللجزء الشائع منفعة. ألا ترى أنه لو أجر من شريكه يجوز العقد لهذا المعنى، ولو أجر من رجلين تجوز العقود، وكل واحد من المستأجرين يملك منفعة النصف شائعاً، والدليل عليه أنه لو أعار نصف داره من إنسان جاز ذلك وتأثير الشيوع في المنع من عقد التبرع أكثر منه في المنع من المعاوضة كما في الهبة مع البيع فإذا جاز تملك منفعة نصف الدار بطريق التبرع فبطريق المعاوضة أولى^(٣).

(١) المهايأة هي: قسمة المنافع على التعاقب والتناوب. ينظر: العناية شرح الهداية ٣٧٨/٨.

(٢) المبسوط ١٥/١٤٥.

(٣) المرجع السابق.

الترجيح:

بالنظر إلى أدلة الطرفين، يتبين للباحث أن مدار الخلاف، هو مدى إمكان تسليم المنفعة المشاعة، فمن قال بالجواز، اعتمد على أنه يمكن ذلك بالمهاياة، أو التناوب، ومن قال بعدم الجواز، اعتمد على نفي القدرة على التسليم، وبناء على ذلك فإن الباحث يرى رجحان القول الثاني، فإن تسليم المنفعة المشاعة يختلف باختلاف الأزمان والأعصار، وفي مسألتنا خاصة، فالتسليم متحقق، فإن حامل الصك الأول، تكون الشركة التي تدير الامتياز بمثابة الوكيل عنه، فإذا باع صكه لآخر، بقي ذات الوكيل لكن تغير الموكل، فالتسليم هنا متحقق، كما لو أجر نصيبه إلى شريكه، ولهذا كانت حجة القول الثاني أقرب للصواب والله أعلم.

ثانياً: القول بجواز تداول هذا النوع من صكوك الامتياز التجاري، يتطرق له الإشكالان المتقدمان في الباب الأول: وهما:

(١) هل يصح بيع المنفعة كما تباع العين، توضيحه: وذلك أن الصك يمثل منفعة وهي الحق المعنوي وغيره - كما تقدم - ومن ثم فانتقاله بطريق المعاوضة يصير المنفعة كالعين، في البيع، كما أن المنفعة لا تستوفي من قبل حامل الصك شخصياً بل ولا يمكن له ذلك إلا عن طريق الشركة الوكيله المديرة لعقد الامتياز، بل لو طلب ذلك لما مكن منه، فهذا يخرج عن كونه بيع أعيان؛ لأن المعقود عليه منفعة، ويخرج عن كونه عقد إجارة لتعذر الاستيفاء من المستأجر هذا وجه الإشكال.

الجواب عليه: تقدم بيان أن اختلاف بيع الأعيان عن بيع المنافع من وجه لا يمنع صحة بيع المنافع في بعض العقود التي لم يرد الشرع بالنهاي عنها، ولا تعد من قبيل الإجارة بصورتها المذكورة عند الفقهاء المتقدمين^(١).

(١) يرجع إلى: الإشكال الأول من المسألة الثانية من الفرع الثاني من المطلب الأول من المبحث الثاني من الفصل الثاني من الباب الأول.

(٢) هل يجوز إعادة تأجير المنفعة المستأجرة: توضيحه: أن تداول الصك الذي يمثل منفعة، من قبيل إعادة بيع هذه المنفعة أو إعادة تأجير المعقود عليه، فهو كالمستأجر المالك للمنفعة، هل يصح منه أن يؤجر هذه المنفعة التي ملكها على غيره؟ وإن قلنا بالجواز فهل يصح بأكثر مما استأجرها به، أي هل يصح أن يبيع حامل الصك صكه بأكثر مما دفعه فيه؟ تقدم بحث هذه المسألة، وقد ترجح للباحث هناك القول بجواز إعادة التأجير، بشرطين: ١- أن تكون الإجارة الثانية مساوية للإجارة الأولى في المدة أو أقل منها.

٢- أن يكون المستأجر الثاني مساوياً للمستأجر الأول في الضرر أو أقل منه، كما يجوز له إعادة التأجير بأقل أو أكثر مما استأجرها به^(١). وبالنظر إلى الشرط الأول، نجد أنه متحقق في صكوك عقد الامتياز التجاري، إذ إن مدة عقد الامتياز، هي ذات مدة الصك، أما الشرط الثاني، فلا يمكن تصوره، بسبب: أن المنفعة المستأجرة في عقد الامتياز، لا يؤدي استهلاكها إلى ضرر بالعين، وهي الحق المعنوي.

وأما بالنسبة إلى بيع الصك (إعادة تأجيره) بأكثر مما اكتتب به، فبناءً على ما ترجح للباحث، فإنه يجوز لحامل الصك أن يبيع صكه بأقل أو أكثر مما دفعه فيه.

المطلب الثاني

تداول صكوك امتياز تجاري قائم

تبين مما سبق تكييف هذه الصورة بأنها عقد شركة عنان و مضاربة، وقد بين الباحث فيها سبق^(٢) أن قيمة الصك: هي بما يمثله من أعيان أو نقود أو ديون أو أعمال، كما تقدم حكم بيع الشريك نصيبه في الشركة، وأنه جائز لمالي:

(١) يرجع إلى: الإشكال الثاني من المسألة الثانية من الفرع الثاني من المطلب الأول من المبحث الثاني من

الفصل الثاني من الباب الأول.

(٢) في المطلب الثاني من المبحث الأول من التمهيد.

- (١) أنه بيع عين بنقد، فيدخل في عموم قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾^(١).
- (٢) أن الصك ماهو إلا نصيب حامله في الشركة فيجوز له بيعه باتفاق الفقهاء^(٢).
- ولكل ما تقدم فإنه لا مانع شرعي من تداول هذا النوع من الصكوك.

(١) سورة البقرة، الآية [٢٧٥].

(٢) يرجع إلى المطلب الثاني من المبحث الرابع من الفصل الثاني من الباب الأول.

المبحث الرابع استرداد صكوك التمويل والاستثمار بعقد الامتياز التجاري وانتهاءها

وفيه مطلبان:

المطلب الأول استرداد صكوك التمويل والاستثمار بعقد الامتياز التجاري

وفيه فرعان:

الفرع الأول: استرداد صكوك التمويل والاستثمار بعقد امتياز تجاري تحت التأسيس:

تقدم بيان معنى الاسترداد وأنه يراد به التصرف بالصك مع مصدره، وهذا التصرف قد يكون بيعاً أو إقالة أو فسخاً^(١). وبناء على ذلك فإن هذا الفرع يتضمن ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: الاسترداد بالبيع:

القاعدة في هذا الباب أنه إذا جاز تداول الصك، جاز بيعه من مصدر الصك أو غيره، على أن يكون ذلك بالقيمة السوقية. وبناء عليه فإن لاسترداد هذا النوع من الصكوك بالبيع صورتان:

الصورة الأولى: بيع العقد لجهة ثالثة: يحق للممنوح أو المرخص أن يقوم ببيع عقد الامتياز التجاري الذي حصل عليه، إلى جهة ثالثة، لكن بشرط موافقة المانع على هذا البيع^(٢)، وبناء عليه، إذا توفر لحملة هذا النوع من الصكوك، عرض مربح بشراء حق الامتياز وجميع آثار العقد، بما في ذلك النتائج التي حققها النشاط، فإن المصدر، الذي يعد وكيلاً عن حملة الصكوك، يقوم بإبرام عقد بيع الصكوك في هذه الحال، إلى المشتري الجديد، ثم يتم استرداد تلك الصكوك.

(١) يرجع إلى الفرع الأول من المطلب الأول م المبحث الخامس من الفصل الثاني من الباب الأول.

(٢) ينظر: الفرشائز لنعيم مغيب ص ١٨٦.

الصورة الثانية: استحواذ الشركة أو الجهة مالكة الامتياز التجاري على عقد الامتياز التجاري الفرعي: قد تحبذ الشركة المانحة مباشرة نشاط الامتياز الفرعي - المبرم بينها وبين حملة الصكوك - بنفسها، فتقوم بالاستحواذ على هذا النشاط، وإدارته بشكل مباشر، خاصة إذا كان النشاط ناجحاً إقليمياً، ولذلك تعطي كثير من عقود الامتياز التجاري للمانح حق أفضلية، في شراء مؤسسة الممنوح، لكن يجب أن يلحظ أن حق الأفضلية لا يمكن أن يارس بسعر أقل من السعر المفروض، من قبل جهة ثالثة^(١)، وبناء عليه عند الاتفاق على السعر العادل، يقوم مصدر الصكوك ببيع المشروع إلى الجهة المانحة، ثم يتم تحديد سعر الصك، ثم تتم المرحلة الأخيرة وهي استرداد الصكوك جميعها.

ومن المعلوم بداهة أنه ينبغي للحكم بصحة هذا البيع توفر شرطين:

الأول: رضى جميع حملة الصكوك، عن البيع: فأهم شروط البيع هو التراضي^(٢)، وقد قال تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تَحْتَ نَجْدَةٍ عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾^(٣). لكن إن وجد عدم رضى بالبيع من قبل بعض حملة الصكوك، فإن القسمة المنطقية لأحوال عدم الرضى لا تخلو من أحد ثلاثة أحوال:

الأول: توفر عدم الرضى من الأغلبية.

الثاني: تساوي الفريقين في الرضا بالبيع من عدمه.

الثالث: وجود الرضى من الأغلبية.

(١) ينظر المرجع السابق ص ١٨٨.

(٢) وهو شرط متفق عليه في الجملة ينظر: الهداية - مع تكملة فتح القدير ٧/ ٢٩٣ - ٢٩٤، البحر الرائق

٨١/ ٨، الشرح الكبير مع الدسوقي ٣/ ٢ - ٣، شرح الخرشي ٥/ ٤ مغني المحتاج ٣/ ٢، أسنى

المطالب ٣/ ٢، كشاف القناع ٣/ ١٤٩ - ١٥٠.

(٣) سورة النساء، الآية [٢٩].

ولبيان الحكم في هذه الأحوال جميعاً، لابد من التفصيل الآتي:

(أ) إذا كان المشتري لا مانع لديه من تجزئة المبيع، فعندها يرتفع الإشكال، ويتم استرداد صكوك من رغب بذلك، دون من أبى. ويكون بذلك شريكا لمن بقي من حملة الصكوك.

(ب) إذا كان المشتري يرفض تجزئة المبيع ويرغب بشراء المشروع كاملاً، وبالتالي استرداد كامل الصكوك ففي هذه الحال يختلف الحكم باختلاف الأحوال السابقة - مع افتراض أن المصلحة في البيع أظهر - على النحو التالي:

أولاً: في حال كان الرفض للبيع، هو الجزء الأكبر من حملة الصكوك: فنحن بين أمرين لا ثالث لهما، إما أن يتم البيع أو لا، وإذا نظرنا إلى الأدلة الشرعية، فإن البيع لا يجوز مع عدم الرضى، كما أنه بالنظر إلى قواعد الشريعة، فقد نصت على أن الحكم للأعم الأغلب، وقاعدة العبرة للغالب الشائع لا للنادر^(١)، وهي قاعدة توافق العرف والعادة والعقل من جهة أن طبائع الناس وعقولهم وإدراكهم للمصالح والمفاسد تختلف، فاتفقهم من المتعسر - ولكنه ليس بمحال - ؛ فلذا كان من سماحة الشريعة مراعاة ذلك. فاعتبار الأغلبية في القرارات مقدم، ويرجح بالكثر، لاسيما وموافقتها لنص الشارع، بعدم البيع عند عدم الرضى.

ثانياً: في حال تساوي الفريقين في الرضا بالبيع من عدمه، وهذه قد تكون افتراضية أكثر منها واقعية، إذ من المتعسر تساوي كلا الفريقين الراضين والمؤيد للبيع من كل وجه، فالتفاوت واقع، في الغالب لكن قد يقع التساوي فيما إذا كان عدد حملة الصكوك قليلاً، أو مشكلاً عن طريق مجموعات، أو فئات، كما لو كان حملة الصكوك ينتمون إلى جماعتين أو فئتين، تجاريتين، فالتساوي في هذه الحال ممكن.

(١) ينظر: شرح المجلة لعلي حيدر ١/ ٤٥، ٤٦، نشر مكتبة النهضة، الفروق للقرافي ٤/ ١٠٤ - ١٠٥.

المشور للزركشي ٣/ ٢٤٣، ٢٤٤، القواعد للعز بن عبد السلام ٢/ ٩٣.

والحكم فيه أن يتم الاستعانة بمرجع خارجي، وهو - في نظر الباحث - أحد أمرين:

- (١) دراسة اقتصادية متخصصة، على أحوال المشروع والصك، وضمن البيع، يشار فيها إلى ما يحقق الغبطة والمصلحة لحملة الصكوك من البيع أو عدمه. ثم يبنى عليها.
- (٢) ثمة مرجع شرعي آخر، يستعمل في حال التساوي في الأمور العادية، والمعاملات ألا وهو القرعة، والقرعة مشروعة باتفاق الفقهاء^(١).

ودليل مشروعيتها الكتاب والسنة.

فأما مشروعيتها من القرآن الكريم: فقولته تعالى: ﴿وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَمَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ﴾^(٢)، أي: يحضنها فاقترعوا عليها. وقال تعالى: ﴿وَإِنْ يُؤْتَسَّرَ لِمَنْ أَلْمَزْسَلِينَ﴾^(٣)، إِذْ أَبَقَ إِلَى الْفُلْكِ الْمَشْحُونِ ﴿فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ الْمُدْحَضِينَ﴾^(٤)، ومعنى قوله: ﴿فَسَاهَمَ﴾ أي: أقرع^(٥).

ومن السنة حديث: (كان رسول الله ﷺ إذا أراد سفراً أقرع بين نسائه، فأيتهن خرج سهمها خرج بها معه)^(٥).

ومما يشرع فيه القرعة، الترجيح عند التزاحم في الحقوق أو الاختصاصات^(٦)، ومنها مسألتنا هذه.

(١) ينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية ٣٣/ ١٣٨.

(٢) سورة آل عمران، الآية [٤٤].

(٣) سورة الصافات، الآيات [١٣٩-١٤١].

(٤) ينظر: تفسير الطبري ٦/ ٤٠٨، ٢٢/ ٦٣.

(٥) رواه البخاري في باب هبة المرأة لغير زوجها وعقها من كتاب الهبة برقم (٢٥٤٣)، ومسلم في باب فضائل عائشة رضي الله عنها من كتاب الفضائل برقم (٦٢٥١).

(٦) حاشية ابن عابدين ١/ ٣٧٥، ٢/ ٤٠١، تبصرة الحكام بهامش فتح العلي المالك ٢/ ١٠٦، الفروق للقرافي ٤/ ١١١ (الفرق ٢٤٠)، المنشور في القواعد للزركشي- ٦٢/ ٣، والقواعد لابن رجب ص ٣٤٨ وما بعدها (القاعدة ١٦٠).

ثالثاً: في حال كان المؤيد للبيع، هو الجزء الأكبر من حملة الصكوك: فنحن بين أمرين متعارضين، الأول وهو الأصل: أن البيع لا يصح إلا عن تراض، والأمر الآخر أن العبرة بالأعم والغالب، فهل يصح إجبار الأقلية على البيع لموافقة الأكثرية، أم لا؟ والذي يراه الباحث: صحة إجبار الأقلية على البيع لما يلي:

(١) أن الإجبار على البيع، قد جاء به الشرع في بعض المسائل، إذا كان فيه تحقيقاً لمصلحة الغالبية، كما في الإجبار على بيع الدار لأجل توسعة المسجد، أو الطريق أو المقبرة^(١)، ويخرج عليها ما إذا تعارضت مصلحة الأكثر مع مصلحة الأقل، قدمت مصلحة الأكثر، جاء في الموافقات: «المصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة»^(٢).. وقال في موضع آخر: «لأن طلب الإنسان لحظه حيث أذن له لا بد فيه من مراعاة حق الله وحق المخلوقين»^(٣). اهـ. وحق المخلوقين هنا ظاهر.

(٢) أنه لا ضرر يقع على الممتنع ببيعه، بل على العكس، فالنفع قد تبين في هذا البيع. (٣) أن العلماء قد أجمعوا على أن من عنده طعام واضطر الناس إليه ولم يجدوا غيره أنه يجبر على بيعه دفعاً للضرر عنهم^(٤)، كما أن الحكمة من تحريم الاحتكار - عند من يرى حرمة - هو رفع الضرر عن عامة الناس^(٥)، وفي تعطيل مصلحة الأكثرية بالبيع، نوع ضرر عليهم، تأباه الشريعة، ولذلك يرى فقهاء القانون: أن انتفاء المصلحة المشروعة عند التمسك بالحق قرينة على قصد الإضرار^(٦) فيكون تمسك البقية القليلة بعدم البيع مع ظهور المصلحة في خلافة، يفهم منه قصد الإضرار.

(١) ينظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣/ ٦ - ٧.

(٢) الموافقات ١/ ٣٠.

(٣) المرجع السابق ٣/ ٢٤٧.

(٤) الغرر البهية شرح البهجة الوردية ٢/ ٤٣٧.

(٥) ينظر: مواهب الجليل ٤/ ٢٢٨.

(٦) ينظر: نظرية التعسف في استعمال الحق د فتحي الدريني ص ٢٣٥.

٤) أن الأصل أن الإنسان لا يتصرف في ملكه على وجه الإطلاق، بل هو مقيد بما لا يضر الآخرين^(١)، فالتمسك بعدم بيع الصكوك هنا، يؤدي إلى أن الإنسان يتصرف في حقه بما يضر الآخرين، يدل على ذلك قول النبي ﷺ: (لا يمتنع جار جاره من أن يغرس خشبه في جداره)^(٢)، فإذا كان هذا في حق الجار فالشريك أولى.

الشرط الثاني: أن يحقق هذا البيع الغبطة والفائدة لحملة الصكوك: فالعقد في أصله تجاري، ومقصود حملة الصكوك الاستثمار بما يعود عليهم بالنفع، فإذا لم يتحقق ذلك، فإنه يفوت عليهم فرصة الاستثمار، كما أنه يفقد الثقة في الصكوك كبديل استثماري، لكن قد يكون هذا البيع سبيلا لتدارك خسارة محققة، ناتجة عن ضعف في الإدارة، أو قلة رغبة في منتجات الفرانشايز، مما يجعل حملة الصكوك، يرضخون لهذا البيع، من أجل تقليل الخسائر ما أمكن، والمسألة فيها جانب كبير من الأمانة الملقاة على الجهة المصدرة، وجهة إدارة المشروع، في المضي قدما فيما هو الأصلح لأموال المكتتبين.

المسألة الثانية: الاسترداد بالفسخ:

وتنقسم هذه المسألة إلى فقرتين:

الفقرة الأولى: معنى الفسخ وأسبابه:

تقدم بيان معنى الفسخ وأسبابه الفقهية^(٣)، ويضاف إلى تلك الأسباب في موضوع

(١) ينظر: المبسوط للسرخسي ١٢/١٥، فتح القدير ٥/٥٠٦، حاشية ابن عابدين ٥/٤٤٣، القوانين

الفقهية ص ٣٧٠ نهاية المحتاج ٥/٣٢٧، المغني لابن قدامة ٤/٣٨٨.

(٢) رواه البخاري في باب لا يمتنع جار جاره من أن يغرس خشبه في جداره من كتاب المظالم برقم (٢٤٢٠)،

ومسلم في باب غرز الخشب في جدار الجار من كتاب المساقاة والمزارعة برقم (٤٠٨٤)، وفي مسألة

تقييد التصرف بالملك، ينظر: نظرية التعسف في استعمال الحق د فتحي الدريني ص ٢٣٦.

(٣) يرجع إلى المسألة الثانية من الفرع الثاني من المطلب الأول من المبحث الخامس من الفصل الثاني من

الباب الأول.

الامتياز التجاري، سبيان^(١):

الأول: تخلف المانح عن تنفيذ التزاماته الواردة في العقد: هذه قاعدة عامة، لكن قد يحدد في العقد الحالات التي يكون الممنوح له حق الفسخ، ويمكن تحديدها بما إذا أخل المانح بالتزاماته بصورة جسيمة، وتحدد جسامته هذا الخطأ من خلال ذات العقد^(٢). وقد اختلف الفقهاء في مسألة: هل يحق لأحد العاقلين فسخ العقد إن وجد تقصير أو مما طلة من الطرف الآخر في تنفيذ العقد، أو بعبارة أشمل: إذا وجد تقصير في تنفيذ التزامات العقد التي يترتب عليها تحقيق مقاصده؟ على قولين:

القول الأول: وهو قول الجمهور من الحنفية^(٣)، والمالكية^(٤)، ووجه عند الشافعية^(٥)، والمذهب عند الحنابلة^(٦): أن أحد الطرفين لا يملك الفسخ بتقصير الطرف الآخر، بل يلزم المقصر بتنفيذ ما أخل به، فإن كان مشتريا أجبر على تسليم الثمن قضاءً، أو بالحجر على ماله، أو ببيع السلعة والوفاء من ثمنها على خلاف بينهم في الكيفية.

(١) بما أن الاسترداد هو التصرف بالصك مع حامله، وبالتالي دفع قيمته له، فإن الفسخ المترتب عليه الاسترداد هو ما كان في صالح حملة الصكوك، وهو الذي ستذكر أسبابه، أما ما كان خارجاً عن معنى الاسترداد فالحديث عنه خروج عن الموضوع؛ لذا اقتصر الباحث على الأسباب التي تصب في صالح حملة الصكوك، وتؤدي إلى الاسترداد.

(٢) ينظر: النظرية العامة للالتزامات د: مصطفى الجمال ط/ الدار الجامعية ١٩٨٧م ص ٢٥٨، عقد الفرنشايز وآثاره ص ١١٤، الفرنشايز لنعيم مغيب ص ٢٥٢.

(٣) ينظر: حاشية ابن عابدين ٤/ ٢٤، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ١/ ٣١٠.

(٤) ينظر: الشرح الكبير للدردير ٣/ ٢، حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٢/ ٧١.

(٥) ينظر: تحفة المحتاج ٤/ ٤٢٣، مغني المحتاج ٢/ ٧٥.

(٦) ينظر: المغني المطبوع مع الشرح الكبير ٤/ ٢١٩ - ٢٢٠، كشاف القناع ٣/ ٢٤٠.

القول الثاني: وهو الأصح عند الشافعية^(١)، ووجه في مذهب الحنابلة، رجحه شيخ الإسلام ابن تيمية رحمته الله: أن للعاقد الفسخ، جاء في كشف القناع: وإن كان المشتري موسرا مماطلا بالثمن فليس له أي البائع الفسخ لأن ضرره يزول بحجر الحاكم عليه ووفائه من ماله. وقال الشيخ - يعني ابن تيمية - للبائع الفسخ إذا كان المشتري مماطلا دفعا لضرر المخاصمة. قال في الإنصاف: وهو الصواب، قلت - أي صاحب الكشف - خصوصا في زماننا هذا^(٢).

حجة القول الأول:

إضافة لما ذكره في كشف القناع، أن الفائدة من العقود اللازمة أن العاقدين لا يملكان الفسخ بعد العقد^(٣)، إلا بشرط أو تراضي، أما تصرف أحد العاقدين من تلقاء نفسه، لا يصح، وإذا أخل أحدهما بالتزاماته يجبر على التنفيذ. يمكن أن يجاب عليه: بأن العلماء قد اتفقوا على أن الفسخ إذا كان صادرا من الطرفين، فإنه يصح في العقود اللازمة^(٤)، وإخلال أحد العاقدين بالعقد، يتضمن معنى عدم الالتزام به، وعدم الالتزام دلالة على طلب الفسخ، فالأفعال لها دلائل تبين الغايات، وإذا كان كذلك فاستجابة العاقد الآخر بالفسخ، يكون كالاتفاق الضمني بين العاقدين على الفسخ.

(١) ينظر: تحفة المحتاج ٤/ ٤٢٣، مغني المحتاج ٢/ ٧٥.

(٢) كشف القناع ٣/ ٢٤٠، وينظر الإنصاف ٤/ ٤٥٩.

(٣) ينظر: حاشية ابن عابدين ٤/ ٢٤.

(٤) نقل الإجماع جملة من أهل العلم، ينظر: فتح القدير على الهداية ٦/ ١١٣ ط إحياء التراث، المغني المطبوع مع الشرح الكبير ٤/ ٢٢٥-٢٢٦.

حجة القول الثاني:

ما سبق ذكره في كشف القناع، وأن ذلك دفعاً لضرر المخاصمة، التي يتفاقم معها الضرر، وقد لا ينقضي، خاصة مع تعدد الالتزامات المترابطة مع بعضها البعض، وبالإخلال ببعضها، ينسحب على البقية فيتعاظم الضرر.

الترجيح:

يرى الباحث رجحان القول الثاني، فإن كان رجحان هذا القول في زمانهم صائباً، فهو في زماننا هذا أصوب، فالمخاصمة القضائية لم تعد بذلك اليسر الذي كان سابقاً، كما أن الناس قد زاد لديهم في الخصومة، مما يتطلب معه طول المدة في الفصل في القضية؛ مما يزيد الضرر ويضعف آثاره.

الثاني: أن تحتوى السلع المقدمة، من قبل المانح عيوباً ظاهرة، أو خفية تضعف تسويق تلك السلع.

فقد نص فقهاء القانون، على أن للممنوح حق فسخ العقد واسترداد الثمن، إذا احتوت السلعة المقدمة عيوباً خفية^(١). واتفق الفقهاء، أن للعاقد الحق بفسخ العقد، ورد السلعة واسترداد الثمن، عند اكتشاف عيب خفي في السلعة لم يكن ظاهراً أثناء التعاقد. قال ابن قدامة رحمته الله: «متى علم بالمبيع عيباً لم يكن عالماً به أفله الخيار بين الإمساك والفسخ سواء كان البائع علم العيب وكتمه أو لم يعلم. لا نعلم بين أهل العلم في هذا خلافاً»^(٢).

الفقرة الثانية: كيفية الاسترداد بالفسخ:

عندما يتم الفسخ فهنا صورتان:

(١) ينظر: الفرنايز لنعيم مغبغب ص ٢٥٢، عقد الفرنايز (موجبات الفرقاء) جلول سيبيل، ط /

مكتبة صادر الحقوقية، ص ١١٥.

(٢) المغني ٤/ ١٠٨.

الصورة الأولى: أن يتم الفسخ قبل البدء في المشروع، وقبل استهلاك الأموال: ففي هذه الحال، يتم الاسترداد بالثمن الأول كما تقدم، لأن هذا مقتضى الفسخ، ويتم استرجاع الصكوك، وإعادة الأموال إلى أصحابها.

الصورة الثانية: أن يتم الفسخ بعد البدء في المشروع واستهلاك الأموال، وتنقسم هذه الصورة إلى قسمين:

الأول: أن يتم استهلاك جزء من أموال حملة الصكوك، ويتبقى الجزء الآخر، ففي هذه الحال، يكون التصرف كالتالي:

(١) يتم إعادة الجزء المتبقي من تلك الأموال بحساب الصكوك، كصك واحد، ثم خصم المبلغ المستهلك من جميع الصكوك، ويعطى حامله مايتبقى، مثاله: لو كانت حصيلة ١٠٠٠٠ صك، تساوي مبلغ ١٠,٠٠٠,٠٠٠ (عملة) أي أن قيمة كل صك تساوي ألف (عملة) فإنه عندما يقدر المستهلك بما نسبته ٣٠٪ فإنه تصبح قيمة استرداد كل صك بما قيمته ٧٠٠ (عملة).

(٢) تنص القوانين المختصة، في الامتياز التجاري، أنه يحق للممنوح له في هذه الحال - حملة الصكوك - المطالبة بالجزء المستهلك بعد الفسخ، والتعويض عن الأضرار التي سببها الإخلال الواقع من المانع^(١). وبناء عليه يعاد المبلغ الذي يحكم به، إلى حملة الصكوك، وهو الجزء المتبقي من عملية الاسترداد.

القسم الثاني: أن يتم استهلاك جميع أموال حملة الصكوك، في هذه الحال، فإن فسخ العقد، قد لا يكون فيه المصلحة لحملة الصكوك، وإن كان الإخلال خطيرا جدا، أو العيب شديدا لا يمكن إصلاحه، بحيث يستوجب الفسخ، فإنه يحق لحملة الصكوك المطالبة بالتعويض عن الأضرار، ثم يبنى عليها عملية الاسترداد.

(١) ينظر: الفرشايذ لنعيم مغيب ص ٢٤٥.

ويحسن في ختام مسألة الفسخ، التنبيه على أنه خاضع بالدرجة الأولى للنظر المصلحي، مع توافر الإحاطة القانونية، والاقتصادية التامة، بالمشروع، وما ينبغي التصرف به في هذه الحال، من الاستمرار، أو الفسخ، مع المطالبة بالتعويض، على أن القوانين الخاصة بالامتياز التجاري، قد أجازت في حال اكتشاف العيب في السلع المقدمة، أن يتم الاستمرار مع إصلاح العيوب على حساب المانح، وللمنوح الحق بالمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي تسببت فيه هذه السلع المعيبة^(١).

المسألة الثالثة: الاسترداد بالإقالة:

تقدم بيان معنى الإقالة، وأحكامها بما يغني عن إعادته هنا، وقد أجازت القوانين الخاصة بالامتياز التجاري، الاتفاق بين العاقدین، على تعليق سريان العقد أو زواله على حادث أو واقعة معينة، كما يجوز الاتفاق صراحة على إلغاء (فسخ) العقد^(٢). وقد تقدم الترجيح بأنه عند الإقالة، يتم التراد بالثمن الأول^(٣).

الفرع الثاني: استرداد صكوك التمويل والاستثمار بعقد امتياز تجاري قائم:
وفيه مسألتان^(٤):

المسألة الأولى: الاسترداد بالبيع:

وذلك بعد أن تنعقد الشراكة بين حملة الصكوك، وصاحب الامتياز، فإنه يحق لصاحب الامتياز شراء، نصيب شركائه حملة الصكوك، كلياً أو جزئياً، بالقيمة السوقية أو التي يتفقان عليها، وذلك لأنه إذا جاز بيع الصك وتداوله، جاز مع الشريك وغيره.

(١) ينظر: الفرشاييز لنعيم مغبغب ص ٢٥٢.

(٢) ينظر: النظرة العامة للموجبات والعقد ط/ ١٩٦٠م، ٣٢٩/١، الفرشاييز لنعيم مغبغب ص ٢٥٢

(٣) يرجع إلى المسألة الثالثة من الفرع الثاني من المطلب الأول من المبحث الخامس من الفصل الثاني من الباب الأول.

(٤) تقدم أن الإقالة لا تكون في العقود غير اللازمة، ومنها المضاربة والشركة، يرجع إلى الموضوع السابق.

المسألة الثالثة: الاسترداد بالفسخ:

تقدم ذكر أسباب الفسخ في الفقه، وأن منها شرط الخيار، وأن محله العقود اللازمة كالبيع والإجارة، أما العقود الجائزة غير اللازمة كالشركة، فلا يثبت فيها الخيار؛ لأن فائدة الخيار دفع اللزوم في مدته، وهذه عقود غير لازمة، بالأصل فلا فائدة من اشتراطه^(١)، وبالتالي فالعقود الجائزة مثل عقد الشركة والمضاربة، قابلة للفسخ^(٢)، وللفقهاء تفصيل في متى يصح الفسخ، ومن أي العاقدین يصح ذلك؟

جاء في بدائع الصنائع: «أما صفة هذا العقد - المضاربة - فهو أنه عقد غير لازم ولكل واحد منهما أعني رب المال والمضارب الفسخ لكن عند وجود شرطه وهو علم صاحبه ويشترط أيضا أن يكون رأس المال عينا وقت الفسخ دراهم أو دنانير حتى لو نهى رب المال المضارب عن التصرف ورأس المال عروض وقت النهي لم يصح نهيه وله أن يبيعها؛ لأنه يحتاج إلى بيعها بالدراهم والدنانير؛ ليظهر الربح فكان النهي والفسخ إبطالا لحقه في التصرف فلا يملك ذلك وإن كان رأس المال دراهم أو دنانير وقت الفسخ والنهي أصح الفسخ والنهي لكن له أن يصرف الدراهم إلى الدنانير والدنانير إلى الدراهم؛ لأن ذلك لا يعد بيعا لاتحادهما في الثمنية»^(٣).

وجاء في منح الجليل: «ولكل من رب المال وللعامل فسخه أي القراض قبل الشروع في عمله أي القراض على المعروف لأنه عقد غير لازم.. فلرب القراض فسخه إن اشترى العامل الزاد للسفر من مال القراض، ولم يظعن أي يشرع العامل في السفر من

(١) يرجع إلى المسألة الثانية من الموضع السابق.

(٢) ينظر: فتح القدير ٥/ ٣٤، رد المحتار ٣/ ٣٦٢، بلغة السالك ٢/ ١٦٨، بداية المجتهد ٢/ ٢٥٥،

مغني المحتاج ٢/ ٢١٥، المغني لابن قدامة ٥/ ٣٣، الفروع ٢/ ٧٢٧.

(٣) بدائع الصنائع ٦/ ١٠٩.

بلده. ومفهومه أنه إن ظعن فلا يجوز لأحدهما فسخه للزومه حينئذ. وإن ابتاع به سلعا وتجهز يريد بعض البلدان فنهاء ربه أن يسافر به فليس له أن يمنعه بعد شرائه لأنه يبطل عمله كما لو اشترى سلعا فأراد رب المال أن يبيع ذلك مكانه فليس له ذلك وينظر السلطان فيؤخر منها ما يرجى له سوق لئلا يدع عمل العامل باطلا»^(١).

وفي مغني المحتاج: «لكل منهما فسخ عقد القراض متى شاء من غير حضور الآخر ورضاه؛ لأن القراض في ابتدائه وكالة وفي انتهائه إما شركة وإما جعالة وكلها عقود جائزة...»^(٢).

وفي المغني: «والمضاربة من العقود الجائزة تنفسخ بفسخ أحدهما أيهما كان...؛ لأنه متصرف في مال غيره بإذنه فهو كالوكيل. ولا فرق بين ما قبل التصرف وبعده. فإذا انفسخت والمال ناض لا ربح فيه أخذ ربه وإن كان فيه ربح أقسم الربح على ما شرطاه. وإن انفسخت والمال عرض أفتقفا على بيعه أو قسمه أجاز؛ لأن الحق لهما لا يعدوهما»^(٣).

وبالنظر إلى هذه الأقوال جميعها، نجد أنها تتفق في أن عقد الشركة والمضاربة، عقد غير لازم، ابتداءً، وعند النظر إلى مواضع اختلاف الأقوال، إذ منع الحنفية الفسخ إلا بشرط علم الآخر - وأحسب أنه لا خلاف في هذا الشرط -، وكون المال صار عينا، كما منع منه المالكية إذا عمل فيه العامل قبل أن ينض، بينما أجاز الشافعية والحنابلة الفسخ مطلقا سواء رضي الآخر، أو لم يرض وسواء كان المال عرضا أو عينا، ولهذا فإن الباحث يرى أن من منع من الفسخ مقصوده ليس امتناع الفسخ لانتقال العقد من الجواز إلى اللزوم، وإنما هو لأن الفسخ طرأ عليه طارئ يمنعه، وهذا الطارئ هو وقوع الضرر على الطرف الآخر

(١) منح الجليل ٧/ ٣٧٤.

(٢) مغني المحتاج ٣/ ٤١٥.

(٣) المغني ٥/ ٣٨.

بالفسخ، ووجه هذا الضرر: أن العامل لو بذل وسعه في شراء بضاعة معينة يرتجي ربحها، وجاء رب المال ففسخ العقد، والبضاعة مازالت عرضا، يجعل عمل العامل وتعبه يذهب سدى، وربما يكون ذلك حيلة من رب المال، للانفراد بالربح، فلذلك قال المالكية أن فيه إبطالا لعمل العامل، وهذا نوع ضرر، وأما الشافعية والحنابلة فكأنهم لم يرو ضررا بالفسخ، فالمال إن كان عرضا لا يمنع الفسخ من بيعه بالسعر المربح، وإن لم يرض الآخر بالفسخ، ولهذا جاء في شرح منهاج الطالبين تقييد الفسخ بقيود وذلك منعا للضرر فقال: «يلزم العامل الاستيفاء للدين، إذا فسخ أحدهما وتنضيض رأس المال إن كان المال عرضا بأن يبيعه بنقد. وقيل: لا يلزمه التنضيض إن لم يكن ربح؛ لأنه لا فائدة له فيه»^(١). اهـ، فهنا منع الشافعية التنضيض إن كان المال عرضا ولم يربح فيه - وذلك مع وقوع الفسخ -، وذلك لئلا يتضرر العامل بضياع جهده، وتعبه الذي بذله في انتقاء البضاعة الرباحة، وشرائها بسعر يُمكن من الربح فيها.

وجاء في شرح منتهى الإرادات التنبيه على دفع الضرر إن كان مرادا بالفسخ، فقال: «وحيث فسخت المضاربة، والمال عرض أو دراهم وكان دنائير أو عكسه، بأن كان دنائير وأصله دراهم فرضي ربه بأخذ مال المضاربة على صفته التي هو عليها قوم مال المضاربة ودفع حصة العامل من الربح الذي ظهر بتقويمه، وملك رب المال ما قابل حصة العامل من الربح؛ لأنه أسقط عن العامل البيع فلا يجبر على بيع ماله بلا حظ للعامل فيه. فإن ارتفع السعر بعد ذلك لم يطالب العامل رب المال بقسطه كما لو ارتفع بعد بيعه؛ إن لم يكن فعل رب المال ذلك حيلة على قطع ربح عامل كشرائه خزا في الصيف ليربح في الشتاء وكرجاء دخول موسم أو قفل، فيبقى حق العامل في ربحه؛ لأن الحيلة لا

(١) حاشيتا قليوبي وعميرة ٦٠/٣.

أثر لها نصاً^(١). اهـ، فتري أن الأقوال متفقة على منع استخدام الحق في الفسخ لأجل الإضرار بالطرف الآخر، وأنه متى تبين ذلك منع منه، وهذا الذي يتماشى مع قواعد الشرعية المانعة للضرر، فنخلص مما سبق، أن فسخ عقد الشركة بين حملة الصكوك والشركة صاحبة الامتياز، مقيد بما لا يترتب عليه ضرر يئ على أحد الطرفين، فإن كان فيه ضرر امتنع الفسخ، وبهذا القيد يمكن استرداد الصكوك بالفسخ – والاسترداد لا يكون إلا بعد العمل؛ لأن الشراكة تمت والعمل جار في شركة الامتياز التجاري كما تقدم.

كيفية الاسترداد بالفسخ:

هناك طريقتان يتم بها الاسترداد بالفسخ في صكوك امتياز تجاري قائم:

الطريق الأولى: يكون الاسترداد بتقييم حصص حملة الصكوك في الشركة ثم دفع قيمتها لهم، باسترداد تلك الصكوك، فهذه الطريق في الواقع هي بيع لتلك الحصص.

الطريق الثاني: ويكون محمولاً على قول الفقهاء، ببيع العروض، وتحويلها إلى نقد، وهو المسمى في عصرنا الحاضر، بتصفية الشركة^(٢). لكن هذه الطريق فيها ضرر بالغ على العاقلين؛ إذ إن هناك أشياء لا يمكن تعويض خسارتها، في هذه التصفية، وخاصة في عقد الامتياز التجاري، من هذه الأشياء:

(١) خسارة عقد الامتياز التجاري.

(٢) خسارة الجهد والأموال المبذولة، في تأسيس العمل التجاري في نطاق الشركة الإقليمية.

(٣) خسارة الأموال المبذولة في الإعلان عن المنتجات؛ لأن الإعلان يعتمد على ترسيخ

(١) شرح منتهى الإرادات ٢/ ٢٢٤.

(٢) تصفية الشركات: هي مجموع العمليات الهادفة إلى إنهاء الأعمال، وتحصيل الديون، وتحويل الموجودات إلى نقد، وتسديد الديون، لتسهيل عملية القسمة، وتحديد حصة كل شريك. ينظر القاموس القانوني الثلاثي ص ٥٢٠.

صورة المنتج في عقل المتلقي، وهذا لا يظهر إلا مع مرور الأيام، والتصفية تقطع ذلك.
٤) خسارة القيمة السوقية للشركة ككل؛ إذ إن التصفية تقتضي بيعها مجزأة، وفي بيعها جملة صعوبة.

٥) خسارة ما يتعلق بالشركة من أسماء وعلامات تجارية.
لكل هذه الأسباب - وغيرها - لا تفضل التصفية، كحل للاسترداد بالفسخ.

المطلب الثاني

انتهاء صكوك التمويل والاستثمار بعقد الامتياز التجاري

وفيه فرعان:

الفرع الأول: انتهاء صكوك التمويل والاستثمار بعقد الامتياز التجاري
بانتهاء عقد الامتياز التجاري
وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: أسباب انتهاء عقد الامتياز التجاري:

تقدم ذكر بعض الأسباب في مطلب الاسترداد، ومنها الفسخ، واتفاق الطرفين، ويضاف إلى هذين السببين، سبب ثالث ألا وهو التأقيت، فمما يميز الحق الوارد على محل الفرنشايز، أنه محل خاضع للوقت، ينقضي بانقضاء المدة المحددة له، وهذا التأقيت يرجع إلى أحد سببين:

الأول: محدودية النطاق الزمني للحماية القانونية، لمحل الامتياز التجاري، كبراءة الاختراع، أو العلامة التجارية، فيتميز الحق الوارد على براءات الاختراع بالتأقيت والحرية المقيدة في التجديد، بينما في العلامة التجارية، وإن كان الحق الوارد عليها مؤقتاً إلا أن سلطة المانع غير مقيدة في التجديد المتتالي لقيدها.

الثاني: تحديد مدة للعقد^(١)، وعقد الامتياز التجاري من حيث مدته ينقسم إلى

قسمين:

القسم الأول: أن يخلو العقد من تحديد مدة:

قرر فقهاء القوانين المختصة بالامتياز التجاري، أن العقد إذا لم يتضمن مدة محددة للانتهاء، فلا يعني ذلك إمكانية الاستمرار دون حد ينتهي إليه، بل يحق لأحد العاقدين، متى شاء، أن يرسل إنذارا إلى الآخر يعلمه فيه بنيته بالتوقف عن متابعة الاستثمار، بشرط أن تكون المدة التي يحددها في هذا الإنذار معقولة، ومقبولة بحسب العرف والعادة المرعية في مثل هذا النشاط، فلا يسعه مثلا التوقف فورا عن متابعة التنفيذ، أو بعد أيام قليلة، فمثل هذه المدة لا تكفي لاتخاذ القرار المناسب، وإذا لم يتوصلا إلى تحديد تاريخ لانتهاء النشاط فيحق لأي من العاقدين، مطالبة لجنة التحكيم الخاصة بالفرنشايز، أو القضاء بالفصل في هذه المسألة، وبالطبع يحق للشخص المتضرر، المطالبة بالتعويض عن العطل والضرر الواقع من جراء هذا الإنهاء^(٢).

لكن قد تضمنت بعض القوانين المختصة بعقود الامتياز التجاري، تحديد المدة؛ إذا لم يتضمن العقد الموقع بين الطرفين، تحديدا لها، كما في القانون المصري الذي أعطى الحق لأي واحد من العاقدين، طلب الإنهاء: بعد مرور خمس سنوات على العقد^(٣). بينما نلاحظ

(١) ينظر: عقد الامتياز التجاري د محسن النجار ص ٣٠٦.

(٢) المادة [١٢] من مشروع القانون البلجيكي، تحدد الأشكال التي تفرض على العقود ذات المدة غير المحددة، وهذه الأحكام مستوحاة من التنظيم المطبق على التنازلات في البيع الحصري ينظر: المواد [٣-٢] من القانون البلجيكي الصادر بتاريخ ٢٣/ حزيران/ ١٩٦١، الفرنشايز لنعيم مغبغب ص ٢٤٥.

(٣) ينظر المادة ٨٦ من قانون التجارة المصري الجديد.

أن القوانين الأوروبية والفرنسية على وجه الخصوص، لم تتضمن تحديداً لأمد عقد الامتياز التجاري الخالي عن مدة لانتهاء، بل أوكلت ذلك للعرف، الذي يدور بين سنة إلى خمس سنوات^(١).

القسم الثاني: أن يكون محدد المدة:

فإذا كان العقد محدد المدة فإنه ينتهي بانتهائها^(٢)، لأنها عندما تعاقداً حدداً أجلاً لهذا الالتزام وتراضيا عليه، فلا يلزم أحدهما أو كلاهما بما لم يرتضه، إذ إن الأموال والعقود المكتسبة لها، لا تحل إلا عن تراض كما شرط الله تعالى^(٣)، فتجديد العقد، يتأسس على اتفاق الأطراف، بعقد جديد، لكن هل يمكن المطالبة بتجديد عقد الامتياز التجاري، في ظل غياب بند صريح بذلك، أو هل هناك إمكانية وجود بند تجديد ضمني في هذه العقود؟ يرى جملة من فقهاء القانون أن العاقدين يعدان في عقد الامتياز التجاري، مستقلين عن بعضهما، فلكل واحد منهما الحرية الكاملة في اعتماد التجديد لهذا العقد، لفترة أو لعدة فترات، وأما مع غياب بند صريح بالتجديد، فمن الصعب القول، بصحة وجود بند ضمني، يخول بالتجديد، إلا بالموافقة الصريحة على ذلك بحيث يحق لهم تعديل التزاماتهم وواجباتهم التعاقدية، ويحق لهم التوقف عن هذا النشاط بملء إرادتهم.

ولا يمكن القبول بوجود حق مكتسب يقضي بتجديد عقد الفرنشايز تلقائياً، فلا مجال للتجديد إلا بتوفر اتفاق صريح بذلك، وهذا القول صحيح في حال المطالبة بتجديد الامتياز، وهو يماثل الفرنشايز، فلا يحق لأحد العاقدين إلزام الآخر بالتجديد رغماً عنه^(٤).

(١) ينظر: عقد الامتياز التجاري د محسن النجار ص ٣٠٦.

(٢) ينظر: عقد الامتياز التجاري د محسن النجار ص ٣٠٧، الفرنشايز لنعيم مغيب ص ٢٣٥.

(٣) لقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تَحْتَ مِخْرَافَةٍ عَنْ تَرَاثُيْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]، ينظر: الوكالات التجارية في

الفقه والنظام د عبد المحسن الزكري ص ٦٥٤.

(٤) الفرنشايز لنعيم مغيب ص ٢٤٤.

المسألة الثانية: التكيف الفقهي لانتهاء صكوك الامتياز التجاري بانتهاء

مدة الامتياز:

الأصل العام في المسألة، أن الثابت إلى غاية ينتهي عند وجود الغاية^(١). ويمكن تفصيل الانتهاء بما يلي:

تقدم أن الصورة الأولى من صكوك الامتياز التجاري، يختلف تكيفها الفقهي باختلاف أنواع عقد الامتياز التجاري، وتبعاً لذلك يختلف تكيف انتهاء صكوكها على النحو التالي:

أولاً: ما كان من قبيل الإجارة، فانتهاؤه، بانتهاء مدته وهذا باتفاق الفقهاء^(٢)، لكن هل يلزم تجديد العقد؟ نص بعض الفقهاء أنه يلزم تمديد العقد إذا وجد عذر يقتضي - امتداد المدة، كأن تكون أرضاً زراعية، وفي الأرض زرع لم يستحصد، أو كانت سفينة في البحر، أو طائفة في الجو، وانقضت المدة قبل الوصول إلى الأرض، جاء في بدائع الصنائع: تنفسخ الإجارة بانتهاء المدة إلا إذا كان ثمة عذر بأن انقضت المدة وفي الأرض زرع لم يستحصد فإنه يترك إلى أن يستحصد بأجر المثل^(٣). فالعقد الأول هنا انتهى، وتم إبرام عقد جديد بأجرة جديدة هي أجرة المثل، وجاء في المذهب تفصيل المسألة فقال: وإن اكرى أرضاً مدة للزرع لم يخل إما أن يكون لزرع مطلق أو لزرع معين، فإن كان لزرع مطلق فزرع وانقضت المدة ولم يستحصد الزرع نظرت، فإن كان بتفريط منه بأن زرع

(١) بدائع الصنائع ٤/ ٢٢٣.

(٢) الموسوعة الفقهية الكويتية ١/ ٢٧١، وينظر: والفتاوى الهندية ٤/ ٤١٦، والاختيار ٢/ ٥٨ ط الحلبي، شرح الخرشي على مختصر خليل ٦/ ١٥٣، الفواكه الدواني ٢/ ١١١، المذهب ١/ ٤٠٣ -

٤٠٤، نهاية المحتاج ٥/ ٣٢٦، المغني ٥/ ٢٦١، شرح منتهى الإرادات ٢/ ٢٧٤.

(٣) بدائع الصنائع ٤/ ٢٢٣.

صنفًا لا يستحصد في تلك المدة أو صنفًا يستحصد في المدة إلا أنه آخر زراعته فللمكري أن يأخذه بنقله لأنه لم يعقد إلا على المدة فلا يلزمه الزيادة عليها لتفريط المكثري، فإن لم يستحصد لشدة البرد أو قلة المطر ففيه وجهان: أحدهما يجبر على نقله لأنه كان يمكنه أن يستظهر بالزيادة في مدة الإجارة، فإذا لم يفعل لم يلزم المكثري أن يستدرك له ما تركه، والثاني لا يجبر وهو الصحيح لأنه تأخر من غير تفريط منه. فإن قلنا مجبر على نقله وتراضيا على تركه بإجارة أو إعارة جاز لأن النقل لحق المكثري وقد رضي بتركه، وإن قلنا لا يجبر فعليه المسمى إلى انقضاء المدة بحكم العقد وأجرة المثل لما زاد لأنه كما لا يجوز الإضرار بالمستأجر في نقل زرعه لا يجوز الإضرار بالمؤجر في تفويت منفعة أرضه^(١).

ثانيا: ما كان من قبيل البيع: تقدم أنه من بيع الاستمرار المستمر، فلا يخلو العقد من صورتين:

(١) أن يقع على كمية معينة من المنتجات، فالعقد ينتهي بتسليم كامل المبيع للمشتري، وجميع الثمن للبائع^(٢).

(٢) أن يقع على كمية غير محددة، بل يتم الأخذ والمحاسبة عما أخذ، بصفة دورية إلى انتهاء مدة العقد.

فإنه يظهر للباحث أن العقد صار له أمدان الأمد الأول - الأمد القصير - هو تسليم المنتجات، والأمد الثاني - أطول الأجلين - هو مدته المثبتة في العقد، ولأن المنتجات غير محددة العدد، فإنه يستمر تسليمها إلى نهاية العقد المبرم بين الطرفين، ويمكن تخريجها على المشاهدة في عقد الإجارة، وصورتها أن يقول: أجرتك هذه الدار كل شهر بدينار، فإنها

(١) المذهب ١/٤٠٣ - ٤٠٤.

(٢) ينظر: بدائع الصنائع ٥/٢٤٣، المدونة ٢/٣٨٣، المجموع ٩/٤٥٢، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٢٥، المغني ٤/٢٤٨، ٨١، إعلام الموقعين ٢/٩.

تصح إذا كانت مدة الشهور معلومة بخلاف^(١)، والإجارة بيع، ويشارك في كثير من الأحكام، فإن البيع إذا كان متكرراً متجدداً أشبه الإجارة في المشاهدة إذ المبيع فيهما، يتم العقد عليه بالتجدد الشهري، وبالتالي يكون انتهاء الصكوك في هذه الصورة بانتهاء مدة العقد المتفق عليه بينهما.

أما انتهاء صكوك الامتياز التجاري القائم، فهو خاضع لانتهاء الصكوك، ولا يخرج في مدته عن مدة الامتياز التجاري، وانتهاء الصكوك سيأتي بحثها في الفرع الثاني.

الفرع الثاني: انتهاء صكوك التمويل والاستثمار بعقد الامتياز التجاري بانتهاء مدة الصكوك:

الصكوك محددة المدة، إما بمدة الامتياز التجاري أو أقل منه، وقد تبين سابقاً، أن صكوك الامتياز التجاري تحت التأسيس، هي نفس مدة الامتياز التجاري؛ كون حملة الصكوك هنا، يمثلون الممنوح له، وهم شركاء في المنفعة أو العين المباعة على اختلاف تكييفها.

أما صكوك الامتياز التجاري القائم، فحملة الصكوك يعدون شركاء في الامتياز، وقد تكون مدة الصكوك أقل من أمد الامتياز، أو مماثلة له على أكثر تقدير، وهذا يجعل الشركة بين حملة الصكوك، وصاحب الامتياز التجاري، شركة مؤقتة، وقد تقدم أن هذه الشركة تكيّف على أنها شركة عنان ومضاربة فهل يصح تأقيت الشركة ؟

(١) المغني: المغني المطبوع مع الشرح الكبير ٦/٦ ط الكتاب العربي، وهذه الصورة متفق عليها، لكن منع الحنفية والشافعية أن يقول له أجرتك هذه الدار كل شهر بدينار، من غير أن يحدد للإجارة امدا تنتهي إليه. ينظر: الهداية ٣/٢٣٩، و الفتاوى الهندية ٤/١٦٤، المهذب ٣/٢٣٩. وأجاز ذلك المالكية والحنابلة. ينظر: المغني المطبوع مع الشرح الكبير ٦/١٨ - ١٩، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/ ٤٥ ط دار الفكر.

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: وهو مذهب المالكية^(١)، والشافعية^(٢): عدم جواز التأقيت في

الشركة.

القول الثاني: وهو مذهب الحنفية^(٣)، والحنابلة^(٤): بجواز التأقيت.

حجة القول الأول:

أنه عقد جائز فلم يتوقت بمدة من الزمان كالشركة أو وجهه: أن القراض عقد جائز ومعنى ذلك أن لكل واحد من المتعاقدين فسخه متى شاء ولم يوقت بزمان لم يكن لكل واحد منهما ذلك؛ لأن التوقيت يمنع ذلك^(٥).

يجاب عليه: بأن الوكالة والوديعة، من العقود الجائزة ومع ذلك يصح توقيتها^(٦).

حجة القول الثاني:

١) أن الأصل فيه أن القيد إن كان مفيداً يثبت؛ لأن الأصل في الشروط اعتبارها ما أمكن وإذا كان القيد مفيداً يمكن الاعتبار فيعتبر؛ لقول النبي عليه أفضل الصلاة والسلام: (المسلمون عند شروطهم) فيتقيد بالزمان^(٧).

٢) أنه تصرف يتوقت بنوع من المتاع فجاز توقيته في الزمان كالوكالة.

(١) ينظر: المنتقى شرح الموطأ للباجي ١٦٢/٥، شرح الخرشي ٤٢٢/٤.

(٢) ينظر: الأم ٨/٤، مغني المحتاج ٣١٢/٢.

(٣) ينظر: بدائع الصنائع ٩٩/٦، حاشية ابن عابدين ٣١٢/٤.

(٤) ينظر: المغني ٤٠/٥، الإنصاف ٥/٣٠.

(٥) المنتقى شرح الموطأ للباجي ١٦٢/٥.

(٦) ينظر: المغني ٤٠/٥.

(٧) بدائع الصنائع ٩٩/٦، والحديث سبق تخريجه.

٣) ولأن لرب المال منعه من البيع والشراء في كل وقت إذا رضي أن يأخذ بهاله عرضاً فإذا شرط ذلك فقد شرط ما هو من مقتضى العقد أفصح كما لو قال: إذا انقضت السنة فلا تشتري شيئاً. وقد سلموا صحة ذلك^(١).

الترجيح:

يترجح - والله أعلم - القول الثاني، لقوله ما احتج به، وللحديث الوارد في ذلك، وأما كون العقد جائز فهذا من حيث الإطلاق، والأصل العام، لكنه يتقيد بالتقييد، والمطلق لا يعارض المقيّد.

وبناء على ما سبق فيصح تقييد الشراكة بين حملة الصكوك وصاحب الامتياز التجاري، بمدة محددة ماثلة أو أقل من مدة الامتياز التجاري.

(١) المرجع السابق ٤١/٥.

الفصل الثالث

صكوك الوكالة بالاستثمار

وفيه تمهيد وثلاثة مباحث:

التمهيد: في تعريف صكوك الوكالة بالاستثمار، ومشروعية
الوكالة وأركانها.

المبحث الأول: أطراف صكوك الوكالة بالاستثمار وتكييفها
الفقهي وحكمها.

المبحث الثاني: التمويل والاستثمار في عقد التأمين بواسطة
صكوك الوكالة بالاستثمار.

المبحث الثالث: حكم تداول صكوك الوكالة بالاستثمار
واستردادها وانتهاءها.



التمهيد

في تعريف صكوك الوكالة بالاستثمار، ومشروعية الوكالة وأركانها

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول

تعريف صكوك الوكالة بالاستثمار

وفيه فرعان:

الفرع الأول: تعريف الوكالة:

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: تعريف الوكالة لغة:

الوكالة في اللغة تطلق ويراد بها معاني عدة منها:

(١) الاعتماد: ومنه قوله تعالى: ﴿فَقَالُوا عَلَى اللَّهِ تَوَكَّلْنَا رَبَّنَا لَا تَجْعَلْنَا فِتْنَةً لِّلْقَوْمِ
الظَّالِمِينَ﴾^(١).

(٢) التفويض أو القيام عن الغير بأمر من الأمور: ومنه قوله تعالى: ﴿هَتَانِشَرَ هَتُولَاءِ
جَنَدَلْتُمْ عَنْهُمْ فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا فَمَنْ يُجَدِّدِ اللَّهُ عَنْهُمْ يَوْمَ الْقِيَمَةِ أَمْ مَنْ يَكُونُ عَلَيْهِمْ
وَكِيلًا﴾^(٢).

(٣) الحفظ: ومنه قوله تعالى: ﴿وَكَذَّبَ بِهٖ قَوْمُكَ وَهُوَ الْحَقُّ ۚ قُلْ لِّسْتُ عَلَيْكُمْ
بِوَكِيلٍ﴾^(٣).

(٤) الكفالة: من أسماء الله تعالى، الوكيل وهو المقيم الكفيل بأرزاق العباد،
ومنه قوله تعالى: ﴿وَأَتَيْنَا مُوسَى الْكِتَابَ وَجَعَلْنَاهُ هُدًى لِّبَنِي إِسْرَءِيلَ أَلَّا تَتَّخِذُوا

(١) سورة يونس، الآية [٨٥].

(٢) سورة النساء، الآية [١٠٩].

(٣) سورة الأنعام، الآية [٦٦].

مِنْ دُونِي وَكَيلًا^{(١)(٢)}.

ويلحظ الناظر لهذه المعاني، تعلق بعضها ببعض، فالمعتمد على شيء قد فوض إليه الأمر وأتابه فيما عليه من المهمات، والحفظ قائم على إنابة غيره له في ذلك، والكفيل قد أقام نفسه مقام غيره.

المسألة الثانية: تعريف الوكالة في الاصطلاح:

عرفها الفقهاء بتعريفات متعددة، متقاربة:

عرفها الحنفية بأنها: إقامة الغير مقام نفسه - ترفها أو عجزا - في تصرف جائز معلوم^(٣).

وعرفها المالكية بأنها: نيابة ذي حق - غير ذي إمرة ولا عبادة - لغيره فيه، غير مشروط بموته^(٤).

وعرفها الشافعية بأنها: تفويض شخص ما له فعله مما يقبل النيابة إلى غيره ليفعله في حياته^(٥).

وعرفها الحنابلة بأنها: استنابة جائز التصرف مثله فيما تدخله النيابة من حقوق الله تعالى وحقوق الآدميين^(٦).

(١) سورة الإسراء، الآية [٢].

(٢) ينظر هذه المعاني في: لسان العرب ١١ / ٧٣٤ فصل الواو، باب اللام، القاموس المحيط ٤ / ٦٧ مادة وكل، طلبة الطلبة ٢٨١.

(٣) ينظر: حاشية ابن عابدين ٤ / ٤٠٠، الباب شرح الكتاب للميداني ٢ / ١٣٨ ط دار إحياء التراث.

(٤) مواهب الجليل ٥ / ١٨١، وينظر: جواهر الإكليل شرح مختصر خليل ٢ / ١٢٥.

(٥) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ٥ / ١٤، مغني المحتاج / ٢١٧.

(٦) كشف القناع ٣ / ٤٦١، وينظر الإنصاف ٥ / ٣٥٣.

فأجمعت هذه التعاريف على ثلاثة أوصاف:

- (١) أن الوكالة هي إنابة أو تفويض.
 - (٢) أنها تقع من جائر التصرف لمثله.
 - (٣) أن محلها هو مايقبل النيابة من حقوق الله - كالحج مثلاً - وحقوق المخلوقين.
- ولهذا فإن أقرب هذه التعاريف: هو تعريف الحنابلة الذي جمع هذه الخصال الثلاثة للوكالة.

الفرع الثاني: تعريف صكوك الوكالة بالاستثمار باعتبارها علماً ولقباً:

عرفها بعض الباحثين بأنها: وثائق متساوية القيمة تمثل مشروعات أو أنشطة تدار على أساس الوكالة بالاستثمار بتعيين وكيل عن حملة الصكوك لإدارتها^(١).

وعرفها آخرون بأنها: وثائق متساوية القيمة يتم إصدارها لاستخدام حصيلتها في إنشاء مشروع، أو تطوير مشروع قائم، أو تمويل نشاط على أساس عقد من عقود المشاركة، ويصبح المشروع أو موجودات النشاط ملكاً لحملة الصكوك في حدود حصصهم، وتدار على أساس عقد الوكالة بالاستثمار^(٢).

التعريف المختار:

بالرجوع إلى ماسبق ترجيحه من تعريف الصكوك، يمكن أن نبني عليه تعريف صكوك الوكالة بالاستثمار فيقال بأنها: إثباتات (قيود أو وثائق) متساوية عند إصدارها، تمثل حصصاً شائعة في رأس مال يتم تنميته عن طريق استنابة جهة خبيرة على جهة الإطلاق أو التقييد.

والمقصود بالإطلاق والتقييد: هو أن يكون الاستثمار مطلقاً غير مقيد بمشروع معين، والتقييد عكسه.

(١) ينظر: بحث بعنوان: إدارة مخاطر الصكوك الإسلامية د: أشرف محمد دوابه ص ١٠، بحث منشور في الانترنت.

(٢) ينظر الرابط التالي في الانترنت: <http://www.alansari.org/vb/showthread.php?t=٢١٨>.

المطلب الثاني مشروعية الوكالة

وهي مشروعة بالقرآن الكريم، والسنة المطهرة، والإجماع والمعقول.

أما القرآن: فمنه قول الله سبحانه: ﴿فَاتَّبِعُونَا أَحَدَكُمْ يَوْمَ بَرَزْتُمْ مِنْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ فَلْيَنْظُرْ أَيُّهَا أَزْكَى طَعَامًا فَلْيَأْتِكُمْ بِرِزْقٍ مِنْهُ وَلْيَتَلَطَّفْ وَلَا يُشْعِرَنَّ بِكُمْ أَحَدًا﴾^(١)، وذلك كان توكيلاً، وقد قصه الله تعالى عن أصحاب الكهف بلا نكير^(٢).

وبقوله تعالى: ﴿فَاتَّبِعُونَا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَ إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾^(٣)، فهذه الآية الكريمة تدل على مشروعية الوكالة، وهذا بناء على الرأي القائل بأن الحكم وكيل عن الزوجين^(٤).

أما السنة: فمنها ما ورد عن عروة بن أبي الجعد البارقى^(٥) (رضي الله عنه): (أن النبي ﷺ أعطاه ديناراً يشتري له به شاة، فاشترى له به شاتين، فباع إحداهما بدينار، فجاء بدينار وشاة، فدعا له بالبركة في بيعه، وكان لو اشترى التراب لربح فيه)^(٦).

(١) سورة الكهف، الآية [١٩].

(٢) ينظر: تكملة فتح القدير ٨/٣ - ٤، المغني ٥/٨٧.

(٣) سورة النساء، الآية [٣٥].

(٤) ينظر: تفسير ابن كثير ١/٤٩٣، مغني المحتاج ٢/٢١٧ و ٣/٢٦١.

(٥) عُرْوَةُ بْنُ أَبِي الْجَعْدِ، وَيُقَالُ: ابْنُ الْجَعْدِ. وَيُقَالُ: عُرْوَةُ بْنُ عِيَّاضٍ بْنُ أَبِي الْجَعْدِ الْبَارْقِيُّ الْأَزْدِيُّ، وَيُقَالُ: الْأُسْدِيُّ أَيْضًا. لَهُ صُحْبَةٌ، سَكَنَ الْكُوفَةَ، وَاسْتَعْمَلَهُ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ عَلَى قَضَاءِ الْكُوفَةِ. يَنْظُرُ: الْاسْتِيعَابُ فِي مَعْرِفَةِ الْأَصْحَابِ ٣/١٧٤، أَسَدُ الْغَابَةِ فِي مَعْرِفَةِ الصَّحَابَةِ ٣/٢٤٥، تَهْذِيبُ الْكَمَالِ ١٣/٣.

(٦) رواه البخاري في باب سؤال المشركين النبي ﷺ أن يريهم آية من كتاب المناقب برقم (٣٥٦٢)، وأبو داود في باب المضارب يخالف من كتاب الشركة برقم (٣٣٨٦)، ابن ماجه في باب الأمين يتجر فيه فيريح من كتاب الوديعة برقم (٢٤٦٩).

أما الإجماع: فقد أجمع الفقهاء على جواز الوكالة ومشروعيتها منذ عصر- رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا، ولم يخالف في ذلك أحد من المسلمين^(١).

وأما المعقول: فلأن الحاجة داعية إلى مشروعية الوكالة، فإنه لا يمكن لكل واحد فعل ما يحتاج إليه بنفسه فدعت الحاجة إليها^(٢).

المطلب الثالث

أركان الوكالة

اختلف الفقهاء في ماهية أركان الوكالة: فذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة: إلى أن أركان الوكالة هي: الصيغة (الإيجاب والقبول)، والعاقدان (الموكل والوكيل)، ومحل العقد (الموكل فيه)^(٣).

وذهب الحنفية إلى أن ركن الوكالة هو: الإيجاب والقبول، لأن وجود هذا الركن يستلزم بالضرورة وجود الركنين الآخرين، وهذا طبقاً للقواعد العامة في العقد^(٤).
وكأن هناك اتفاقاً ضمناً على هذه الأركان، لكن قائل بأن الصيغة مؤدية إلى باقيةا فيقتصر عليها، وقائل بخلاف ذلك، ووجوب ذكرها.

(١) ينظر: تكملة فتح القدير ٤/٨، مغني المحتاج ٢/٢١٧، المغني ٥/٨٧.

(٢) ينظر: ومغني المحتاج ٢/٢١٧، المغني ٥/٨٧.

(٣) ينظر: الشرح الصغير ٣/٢، نهاية المحتاج ٥/١٦، شرح منتهى الإرادات ٢/١٤١، كشف القناع ٣/٤٦١.

(٤) ينظر: بدائع الصنائع ٦/٢٠، فتح القدير ٧/٥٠٠، وبعض الحنفية جعل ركن الوكالة: لفظ وكلت فقط. ينظر: العناية شرح الهداية ٧/٤٩٩.

المبحث الأول

أطراف صكوك الوكالة بالاستثمار

وتكليفها الفقهي وحكمها

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول

أطراف صكوك الوكالة بالاستثمار

إن معرفة أطراف صكوك الوكالة بالاستثمار، مبني على معرفة آلية طرح هذا الإصدار التي تتلخص في طريقتين:

الطريق الأول: الإصدار الخاص: والمقصود به تخصيص استثمار هذه الأموال في مشروع خاص، كأن تقوم شركة معينة (وتسمى شركة المشروع) تحتاج إلى تمويل لبناء مشروع مستهدف، بطرح هذا النوع من الصكوك وتكون آليتها كالتالي:

أولاً: تقوم تلك الشركة بتأسيس شركة ذات غرض خاص، وقد تسمى باسم المشروع المراد إنشاؤه، وتتولى هذه الشركة إصدار الصكوك.

ثانياً: بعد جمع الأموال اللازمة لإقامة المشروع عن طريق الصكوك، يتم توقيع اتفاقيات استثمارية، من قبل الشركة ذات الغرض الخاص، مع شركة المشروع لإقامة المشروع على الأرض التي تمتلكها شركة المشروع.

ثالثاً: تقوم الشركة ذات الغرض الخاص بتوقيع اتفاقيات مع أطراف مختلفة، عن طريق عقود استئجار أو غيرها، وذلك لإقامة المشروع.

رابعاً: يتم توقيع عقود إجارة مع الوعد بالتملك - عند انتهاء عقد الإجارة -، مع شركة المشروع، ويتم التوزيع الدوري للأرباح وفقاً لمعطيات تلك العقود^(١).

(١) ينظر: النشرة التعريفية المختصرة لإصدار صكوك شركة درة الخليج بالبحرين، والمطروحة في

الطريق الثاني: الإصدار العام: وهو الذي يتم فيه جمع الأموال الناتجة، من الصكوك لأجل المتاجرة العامة، من غير تخصيص ذلك بمشروع معين، وتقوم الشركة المصدرة للصكوك، باستثمار تلك الأموال، في الأنشطة الاستثمارية المتاحة، كالتجارة الأسهم والسلع في البورصات العالمية، مقابل أجرة محددة يتقاضاها الوكيل.

يتبين مما سبق أن أطراف صكوك الوكالة بالاستثمار ينحصر - في الواقع - في طرفين:

الطرف الأول: وهم حملة الصكوك.

الطرف الثاني: وهو الشركة ذات الغرض الخاص، وهي الوكيل عن حملة الصكوك بالاستثمار.

المطلب الثاني

تكييف صكوك الوكالة بالاستثمار

بناء على ماضى ذكره من تعريف صكوك الوكالة بالاستثمار، وأطرافها، وآلياتها، فإنه يتبين من ذلك، أن حملة الصكوك يوكلون الشركة ذات الغرض الخاص، على الاستثمار المقيّد أو المطلق، مقابل جعل أو أجرة. فنخلص من ذلك أن هذا يكيف على أنه عقد وكالة وجعالة، أو وكالة وأجرة، وهذا التنوع - بين أن يكون: عقد وكالة مع عقد جعالة أو مع عقد إجارة - راجع لاختلاف المحل والصيغة، فيتغير العقد لذلك، على ما سيأتي بيانه في الحكم.

المطلب الثالث

حكم صكوك الوكالة بالاستثمار

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حكم صكوك الوكالة بالاستثمار من جهة الجواز وعدمه:

تبين من تكييفها، أنها عقد وكالة بأجر أو جعل، وهذا العقد جائز باتفاق المذاهب الأربعة، جاء في المبسوط: «ولو أن رجلاً وكل رجلاً بقبض وديعة له وجعل له أجراً

مسمى على أن يقبضها، فيأتيه بها فهو جائز»^(١). وقال في المغني: «يجوز التوكيل بجعل وغير جعل»^(٢).

ومما يستدل به على الجواز:

أن النبي ﷺ كان يبعث عماله لقبض الصدقات ويجعل لهم عمالة، ولهذا قال له ابنا عمه ﷺ: (لو بعثنا على هذه الصدقات فنؤدي إليك ما يؤدي الناس ونصيب ما يصيبه الناس) يعينان العمالة أي الأجرة^(٣).

ووجه الاستدلال بالحديث: أن العمال على الصدقات، هم وكلاء عن النبي ﷺ، بدليل أنهم يؤدونها إليه، إذا رجعوا ثم يتولى ﷺ قسمتها، وقد جعل لهم النبي ﷺ أجرة يأخذها العامل إذا أدى ما استعمل عليه، فدل على جواز عقد الوكالة بأجرة؛ إذ الإجارة جائزة بإجماع كما تقدم.

أما اجتماع عقد الوكالة وعقد الجعالة، فهو جائز عند من قال بجواز عقد الجعالة، وقد اختلف الفقهاء في عقد الجعالة على قولين:

(١) المبسوط ٩٠/١٩، وينظر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق ١٤١/٧، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٥٧٤/٣، مواهب الجليل ١٨٨/٥، الشرح الصغير مع حاشية الصاوي ٢٦٩/٤، أسنى المطالب ٢٦٧/٢، حاشيتا قليوبي وعميرة ٤٢٦/٢، حاشية البجيرمي على الخطيب ١٣٧/٣.

(٢) المغني ٥٥/٥، وينظر: الفروع ٣٧٢/٣، الإنصاف ٤٠٤/٥، كشف القناع ٤٨٩/٣.

(٣) المغني ٥٥/٥، والحديث رواه مسلم في باب ترك استعمال آل النبي ﷺ على الصدقة من كتاب الزكاة برقم (٢٤٣٤)، وأبوداود في باب بيان مواضع قسم الخمس وسهم ذوي القربى من كتاب الخراج برقم (٢٩٨٧)، وابنا عمه المقصودين في الحديث هما: عبدالمطلب بن ربيعة بن الحارث بن عبدالمطلب، والفضل بن عباس رضي الله عنهما جميعاً.

القول الأول: أن عقد الجعالة غير جائز إلا في رد العبد الآبق، وهو مذهب الحنفية^(١).
القول الثاني: جوازه شرعاً، وهو مذهب المالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤)، إلا أن المالكية يقولون: «إنها جائزة بطريق الرخصة، اتفاقاً، والقياس عدم جوازها بل عدم صحتها للغرر الذي يتضمنه عقدها، وإنما خرجت عن ذلك إلى الجواز للنصوص الواردة في ذلك»^(٥).

أدلة القولين:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب القول الأول بما يلي:

(١) أن الجعالة عقد على مجهول فلا تنعقد؛ لأن في ذلك تعليق التملك على الخطر (أي التردد بين الوجود والعدم)^(٦).

يجاب عليه: بأن الحاجة تدعو إلى ذلك فإن العمل قد يكون مجهولاً كرد الآبق والضالة ونحو ذلك ولا تنعقد الإجارة فيه أو الحاجة داعية إلى ردهما وقد لا يجد من يتبرع به أفدعت الحاجة إلى إباحة بذل الجعل فيه مع جهالة العمل؛ لأنها غير لازمة بخلاف الإجارة ألا ترى أن الإجارة لما كانت لازمة افتقرت إلى تقدير مدة والعقود الجائزة كالشركة والوكالة

(١) ينظر: المبسوط للسرخسي- ١١/ ١٧، ط دار المعرفة، بدائع الصنائع ٦/ ٢٠٣، ط المكتبة العلمية. بيروت، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ٦/ ٢٢٦، ط دار الكتاب الإسلامي، رد المحتار على الدر المختار ٥٨/ ٥ ط إحياء التراث.

(٢) ينظر: حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني ٢/ ١٩٢ ط الفكر، المقدمات الممهدة لابن رشد ٦٣٤- ٦٣٥ ط دار صادر، منح الجليل على مختصر العلامة خليل ٤/ ٣ ط دار صادر.

(٣) ينظر: المهذب للشيرازي ١/ ٤١١، ط عيسى الحلبي، حاشية البجيرمي على الإقناع ٣/ ١٨٣، ط مصطفى الحلبي، حاشية البجيرمي على شرح المنهج ٢٣٨/ ٣ ط مصطفى الحلبي.

(٤) المغني لابن قدامة ٦/ ٩٤ ط مكتبة القاهرة، شرح منتهى الإرادات ٢/ ١١٩.

(٥) منح الجليل على مختصر العلامة خليل ٤/ ٣.

(٦) ينظر: المبسوط للسرخسي ١١/ ١٧ ط دار المعرفة، بدائع الصنائع ٦/ ٢٠٣.

لا يجب تقدير مدتها ولأن العقود الجائزة لكل واحد منهما تركها فلا يؤدي إلى أن يلزمه مجهول عنده بخلاف اللازمة^(١).

(٢) أن الجعالة التي لم توجه إلى معين - كقولهم من رد الشاة الضائعة فله كذا - لم يوجد فيها من يقبل العقد فانتفى العقد.

وأما استثناء الجعل على رد العبد الآبق من المنع، فقد قال في المبسوط: هو استحسان أخذ به علماؤنا رحمهم الله. وفي القياس لا جعل له؛ لأنه تبرع بمنافعه في رده على مولاه ولو تبرع عليه بعين من أعيان ماله لم يستوجب عليه عوضا بمقابلته فكذلك إذا تبرع بمنافعه ولأن رد الآبق نهي عن المنكر؛ لأن الإباق منكر والنهي عن المنكر فرض على كل مسلم فلا يستوجب بإقامة الفرض جعلا ولكننا تركنا هذا القياس لاتفاق الصحابة رضي الله عنهم فقد اتفقوا على وجوب الجعل^(٢).

يجاب عليه: بأنه لا يشترط القبول لفظا لما فيه من التضييق في محل الحاجة^(٣).

أدلة القول الثاني:

(١) قوله تعالى: ﴿وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾^(٤).

وجه الدلالة: أن هنا جعالة لمن يجيء بصواع الملك المفقود، والعمل مجهول والعاقدة الآخر غير معين، والجعل وهو حمل البعير معلوم عندهم، وهو الوسق وهو ستون صاعا، وشرع من قبلنا شرع لنا إذا قص علينا من غير نكير، ولم يثبت نسخه.

(٢) حديث: أن أناسا من أصحاب رسول الله ﷺ أتوا حيا من أحياء العرب فلم يقرؤهم، فبينما هم كذلك إذ لدغ سيد أولئك القوم فقالوا: هل فيكم من راق؟ فقالوا: لم

(١) المغني لابن قدامة ٦/ ٩٤.

(٢) المبسوط للسرخسي ١١/ ١٧ وينظر: بدائع الصنائع ٦/ ٢٠٣.

(٣) روض الطالب مع شرحه أسنى المطالب ٢/ ٤٣٩.

(٤) سورة يوسف، الآية [٧٢].

تقرونا، فلا نفعل إلا أن تجعلوا لنا جعلاً، فجعلوا لهم قطع شاء، فجعل رجل يقرأ بأمر القرآن ويجمع بزاقه ويتفل فبرئ الرجل فأتوهم بالشاء، فقالوا: لا نأخذها حتى نسأل رسول الله ﷺ فسألوا الرسول ﷺ عن ذلك فضحك وقال: (ما أدراك أنها رقية؟ خذوها واضربوا لي معكم بسهم)^(١).

٣) ولأن حاجة الناس قد تدعو إليها لرد مال ضائع، أو عمل لا يقدر عليه الجاعل ولا يجد من يتطوع به، ولا تصح الإجارة عليه لجهالته، فجازت شرعاً للحاجة إليها المضاربة^(٢).

الترجيح:

يترجح للباحث القول الثاني للنصوص الواردة في ذلك، وأما القياس فهو فاسد الاعتبار لكونه في مقابلة النص، فلا عبرة به، ثم قد أجيب عن أدلة المنع بما يضعف هذا القول، بل قال ابن قدامة رحمه الله: «الجعالة في رد الضالة والآبق وغيرهما جائزة. وهذا قول أبي حنيفة ومالك والشافعي، ولا نعلم فيه مخالفاً»^(٣).

الفرع الثاني: حكم صكوك الوكالة بالاستثمار من جهة اللزوم وعدمه:

تبين مما سبق أن صكوك الوكالة بالاستثمار تكيف على أنها، إما وكالة بأجر أو وكالة بجعل، ولهذا فإن الباحث يرى أن الحكم بلزوم هذا العقد من عدمه راجع إلى العقد الذي اقترن بعقد الوكالة، فإن كان لازماً غلب جانب اللزوم؛ لقوة العقد اللازم، وإن كان جائزاً فهو كذلك، وذلك لاتفاق الفقهاء على أن عقد الوكالة عقد جائز، يحق لأي من

(١) رواه البخاري في باب ما يعطى في الرقية على أحياء العرب من كتاب الإجارة برقم (٢٢٤٢)، ورواه مسلم في باب جواز أخذ الأجرة على الرقية بالقرآن من كتاب الطب والمرضى والرقى برقم (٥٦٨٧).

(٢) المغني لابن قدامة ٩٤/٦.

(٣) المرجع السابق.

طرفي العقد فسخه. قال ابن قدامة: الوكالة عقد جائز من الطرفين فللموكل عزل وكيله متى شاء وللوكيل عزل نفسه؛ لأنه إذن في التصرف فكان لكل واحد منهما إبطاله كما لو أذن في أكل طعامه. وتبطل أيضا بموت أحدهما أيهما كان وجنونه المطبق. ولا خلاف في هذا كله فيما نعلم^(١). اهـ. وجاء في منح الجليل: «الوكالة بأجرة والوكالة بجعل كالإجارة والجعالة في اللزوم من عدمه»^(٢). اهـ.

إذا تبين هذا، فإن العقود المقترنة بعقد الوكالة عقدان:

الأول: عقد إجارة:

جاء في مواهب الجليل: «والوكالة بأجرة لازمة كالإجارة»^(٣). وعقد الإجارة عقد لازم من الطرفين ليس لواحد منهما فسخه باتفاق الفقهاء^(٤) - فيما أعلم - إلا ما حكاه ابن رشد^(٥) عن قوم - لم يسمهم - بأنه عقد جائز تشبيها له بالجعالة

(١) المغني ٥/ ٧١.

(٢) منح الجليل ٦/ ٤١٦.

(٣) مواهب الجليل ٥/ ١٨٨.

(٤) ينظر: المبسوط ٢١/ ١٦٤، بدائع الصنائع ٤/ ٢٠٠، المنتقى شرح الموطأ ٥/ ١١٩، بداية المجتهد ٢/ ٢٥١، أسنى المطالب ٣/ ٢٦٣، تحفة المحتاج ٨/ ٣٥٨، المغني ٥/ ٢٥٩، الإنصاف ٦/ ٥٨.

(٥) هو محمد بن أحمد بن محمد بن رشد، أبو الوليد (٥٢٠ - ٥٩٥). فقيه مالكي، فيلسوف، طبيب، من أهل قرطبة. عني بكلام أرسطو وترجمه إلى العربية وزاد عليه زيادات كثيرة. اتهم بالزندقة والإلحاد فنفي إلى مراكش. وأحرقت بعض كتبه، ومات بمراكش ودفن بقرطبة، ويلقب بالحفيد تمييزاً له عن جده أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد الذي يميز بالجد... من تصانيفه "فصل المقال في ما بين الحكمة والشريعة من الاتصال"، و"تهافت التهافت" في الفلسفة، و"الكليات" في الطب، و"بداية المجتهد ونهاية المقتصد" في الفقه، ورسالة في "حركة الفلك". ينظر: شذرات الذهب ٤/ ٣٢٠، الأعلام للزركلي ٦/ ٢١٣.

والشركة^(١). اهـ. ويجاب عليه بالفرق بين المشبه والمشبه به، فأما الفرق بين الإجارة والشركة فقد تقدم بيانه من قول ابن القيم رحمته الله^(٢).

وأما الفرق بين الإجارة والجعالة، فقد فرق بينهما من جواز الجعالة بما يلي:
أولاً: صحة الجعالة على عمل مجهول يعسر ضبطه وتعيينه كرد مال ضائع.
ثانياً: صحة الجعالة مع عامل غير معين.

ثالثاً: كون العامل لا يستحق الجعل إلا بعد تمام العمل.

رابعاً: لا يشترط في الجعالة تلفظ العامل بالقبول.

خامساً: جهالة العوض في الجعالة في بعض الأحوال.

سادساً: يشترط في الجعالة عدم التأقيت لمدة العمل.

سابعاً: الجعالة عقد غير لازم.

ثامناً: سقوط كل العوض بفسخ العامل قبل تمام العمل المجاعل عليه.

تاسعاً: أن الجعالة تتميز أيضاً عن المساقاة والمضاربة والمزارعة بأن العوض فيها غير

ناشئ عن محل العمل.

عاشراً: أضاف بعض الحنابلة فرقا آخر فقال: يصح في الجعالة الجمع بين تقدير المدة

والعمل، بخلاف الإجارة^(٣).

(١) بداية المجتهد ٢/ ٢٥١.

(٢) في المسألة الأولى، من الفرع الثاني، من المطلب الأول، من المبحث الثاني، من الفصل الثاني، من الباب الأول من هذا الكتاب.

(٣) ينظر: مواهب الجليل ٧/ ١٨، منح الجليل ٤/ ٣، الفروق مع حاشية ابن الشاط ٤/ ٤، حاشية البجيرمي على الإقناع ٣/ ١٧١، المنشور في القواعد ٢/ ١٠، المغني ٦/ ٢٢، إعلام الموقعين ١/ ٢٩١، وينظر: الفرق العاشر في: شرح منتهى الإرادات ٢/ ٣٧٤.

الثاني: عقد جعالة:

لا يخلو عقد الجعالة من ثلاثة أحوال:

الحال الأول: قبل الشروع في العمل:

فهناك رأيان في حكم عقد الجعالة قبل الشروع في العمل:

الرأي الأول: بأنها عقد لازم لكل من المتعاقدين - ولو قبل الشروع كالإجارة، وهو قول عند المالكية، وقيل عندهم أيضا: إنها عقد لازم للجاعل فقط بمجرد إيجابه أو إعلانه دون العامل^(١).

يمكن أن يجاب عنه: بالفرق بين الجعالة والإجارة كما تقدم.

الرأي الثاني: أن الجعالة عقد غير لازم لكل من المتعاقدين قبل شروع العامل في العمل فيجوز لكل من المتعاقدين الرجوع فيه بدون أن يترتب على ذلك أي أثر؛ لأنها من جهة الجاعل تعليق استحقاق العامل للجعل بشرط، وأما من جهة العامل فلا أن العمل فيها مجهول، وما كان كذلك لا يتصف عقده باللزوم وهو قول الشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣)، وهو الراجح عند المالكية^(٤).

وهو الراجح لقوة تعليله، ولوجود الفرق بين الإجارة والجعالة كما تقدم.

الحال الثانية: بعد الشروع في العمل وقبل إتمامه:

ففيها رأيان أيضا:

الرأي الأول: العقد غير لازم أيضا لكل منهما، كما قبل الشروع في العمل، وهو رأي الشافعية^(٥)، والحنابلة^(٦).

(١) ينظر: المقدمات الممهدة لابن رشد ٢/ ٦٣٣ ط دار صادر.

(٢) ينظر: أسنى المطالب ٢/ ٤٤٢، ونهاية المحتاج ٤/ ٣٤٨.

(٣) ينظر: كشف القناع ٢/ ٤١٩، شرح منتهى الإرادات ٢/ ٣٧٣.

(٤) ينظر: شرح الخرشي ٧/ ٧٠، ٧٦، حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٢/ ٢٥٧.

(٥) ينظر: أسنى المطالب ٢/ ٤٤٢، ونهاية المحتاج ٤/ ٣٤٨.

(٦) ينظر: كشف القناع ٢/ ٤١٩، شرح منتهى الإرادات ٢/ ٣٧٤.

الرأي الثاني: أن العقد غير لازم للعامل، أما الجاعل فإنها تلزمه في هذه الحال، فلا يكون له حق الرجوع عن تعاقد هذا؛ حتى لا يبطل على العامل عمله، وهو رأي المالكية^(١).

الترجيح:

الرأي الثاني أرجح عند الباحث، وذلك لقوة ما عللوا به، فإن قال قائل: إن للعامل أجره المثل، بعد الفسخ^(٢) فلا يضيع عمله. يجب عنه: بأن هذا يقوي الرأي الثاني بلزومية العقد، إذ إن أجره المثل تدل على ثبوت حق العامل بالعمل، وأن الفسخ لن يؤثر فيه، فعاد في الحقيقة كالإجارة على العمل، لكن في الإلزام بأجره المثل ضرر المخاصمة وأمكن دفعه بالتزام العقد. ثم إن العامل مداخل في العمل إلا طلبا لذات الجعل، وإبطاله بعد الشرع فيه، تضييع لحقه فيه، وهذا يؤدي إلى زهد الناس في الجعالة، وعدم الإقبال عليها؛ مما يضيع الحكمة من مشروعيتها، وهو سد حاجة، مالا تسده الإجارة.

الحال الثالثة: بعد تمام العمل:

اتفق القائلون بالجعالة على أن عقد الجعالة بعد تمام العمل يصبح لازما لأنه لا أثر يترتب على رجوع الجاعل عن العقد، أو ترك العامل العمل حينئذ؛ لأن الجعل قد لازم واستقر على الجاعل^(٣).



(١) ينظر: شرح الخرشي ٧/ ٧٠، ٧٦، حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٢/ ٢٥٧.

(٢) ينظر: شرح منتهى الإرادات ٢/ ٣٧٤.

(٣) ينظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/ ٦٣، حاشية العدوي على الخرشي ٧/ ٧١، نهاية المحتاج ٤/ ٣٥٠، أسنى المطالب وحاشية الرملي عليه ٢/ ٤٤٢، حاشية البجيرمي على الخطيب ٣/ ١٧٥، كشف القناع ٢/ ٤٢٠، مطالب أولي النهى ٤/ ٢٠٩-٢١٠.

المطلب الرابع

الشروط والضوابط اللازمة توافرها في هذه الصكوك

بما أن حملة الصكوك في عقد صكوك الوكالة بالاستثمار، يمثلون الموكل، وتمثل الجهة المصدرة الوكيل، فإن التزامات حملة الصكوك، تنتهي غالباً عند قبول العقد، وشراء الصك ودفع المال للوكيل، لكن حفظ حقوق حملة الصكوك، بل استمرار العمل في الصكوك ونجاحها، قائم على طريقة عمل الوكيل، وبناء عليه فإن الشروط، تُوجّه إليه، وبالتالي فإن وجودها يولد الثقة لدى حملة الصكوك؛ مما يزيد عدد المقبلين عليها، والراغبين في الاستثمار بها.

وهذه الشروط منها ما يوافق مقتضى العقد فيكون ذكرها تنويعاً بأهميتها، وتأكيدها عليها، ومنها ما لا يخالف مقتضى العقد مما استلزمه الواقع المعاصر، وأبرز هذه الشروط مايلي:

الشرط الأول: أن يبذل الموكل الوسع والجهد والعناية اللازمة لنجاح عملية الاستثمار:

وهذا الشرط هو ما دل عليه مقتضى عقد الوكالة بأجرة (أو جعل)، بأن يقوم الوكيل بتنفيذ عقد الوكالة في الحدود المتفق عليها بينه وبين الموكل، وأن يبذل وسعه في ذلك؛ إبراءً لذمته، وتنفيذاً لالتزامه، وتنفيذ هذا الشرط، من واجبات العقد، وقال تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١)، فأوجب الله سبحانه وتعالى الوفاء بالعقود، ولا يكون موفياً بالعقد مؤدياً للأمانة إلا إذا التزم بواجبات العقد، وما شرط فيه، ويبذل في ذلك من الجهد ما يبذله في ماله الخاص من العناية، والحرص المعتاد.

ولهذا نص الفقهاء رحمهم الله، أنه لا يجوز للوكيل أن يتعدى فيما وكل فيه، كأن يشتري سلعة بأكثر من ثمن المثل أو يبيع بأقل منه، أو أقل من الثمن الأول، قال ابن قدامة

(١) سورة المائدة، الآية [١].

ﷺ: «وليس للوكيل أن يبيع بدون ثمن المثل أو دون ما قدره له ولا يشتري بأكثر من ثمن المثل أو أكثر مما قدر له»^(١).

والمسائل المتعلقة بذلك مبسطة في كتب الفقهاء، وفرعوا عليها بما يوضح هذا الواجب، ما لا يحصر من الفروع^(٢).

الشرط الثاني: أن يلتزم الوكيل بإنشاء سجل خاص بحركة استثمار أموال المكتتبين، وتوثيقها لدى مكتب محاسب قانوني معتمد من الموكل (حملة الصكوك) وتزويد الموكل بتلك المعلومات:

ويترتب على هذا الشرط أمران:

- (١) مسؤولية الوكيل الكاملة، عند تقديم معلومات غير صحيحة.
 - (٢) مسؤولية الوكيل الكاملة، إذا كانت تلك التصرفات تخالف الأولى، كأن يشتري سلعا بسعر مرتفع، يفوق السعر المعتاد، أو يمنح لنفسه دخولا إضافية من العمل الذي يقوم به، زائدا على الأجرة التي يتقاضاها، دون إذن الموكل.
- وقد نص بعض الفقهاء على هذا الشرط، ومن ذلك ما جاء في الفتاوى الفقهية الكبرى لابن حجر الهيتمي^(٣) ﷺ: «أنه سئل عن الموكل إذا طلب من وكيله بيانا لتصرفاته فيما

(١) المغني ٧٨/٥.

(٢) ينظر: المبسوط ١٩/١٦٨، بدائع الصنائع ٦/٣٤، المدونة ٣/١٠١، الذخيرة للقرافي ٨/١٠، قواعد الأحكام لابن عبد السلام ٢/١٢٦ مغني المحتاج للشربيني.

(٣) هو أحمد بن حجر الهيتمي (وقيل الهيتمي بالشاء المثلثة) السعدي، الأنصاري، شهاب الدين أبو العباس. ولد في محلة أبي الهيثم بمصر (٩٠٩ - ٩٧٣ هـ)، ونشأ وتعلم بها. فقيه شافعي. مشارك في أنواع من العلوم. تلقى العلم بالأزهر، وانتقل إلى مكة وصنف بها كتبه وبها توفي. برع في العلوم خصوصا الفقه الشافعي... من تصانيفه: "تحفة المحتاج شرح المنهاج"؛ و"الإيعاب شرح العباب المحيط بمعظم نصوص الشافعية والأصحاب"؛ و"الصواعق المحرقة في الرد على أهل البدع والزندقة"؛ و"إتحاف أهل الإسلام بخصوصيات الصيام". ينظر: البدر الطالع ١/١٠٩؛ ومعجم المؤلفين ٢/١٥٢؛ والأعلام للزركلي ١/٢٢٣.

وكل فيه هل يلزمه البيان وهل تعتبر دفاتره وهل تقبل دعواه زيادة على مصر-وف كتبه أو لا ؟ فأجاب بقوله: أطلق بعض الأئمة أن كل أمين طلب منه البيان والحساب لزمه..^(١) وقال شيخ الإسلام ابن تيمية رحمته الله: «والوكيل في الضبط والمعرفة مثل من وكل رجلا في كتابة ماله وما عليه كأهل الديوان فقوله أولى بالقبول من وكيل التصرف لأنه مؤتمن على نفس الأخبار بهاله وما عليه وهذه مسألة نافعة ونظيرها إقرار كتاب الأمراء وأهل ديوانهم بما عليهم من الحقوق بعد موتهم وإقرار كتاب السلطان وبيت المال وسائر أهل الديوان مما على جهاتهم من الحقوق أو من ناظر الوقف وعامل الصدقة والخراج ونحو ذلك فإن هؤلاء لا يخرجون عن ولاية أو وكالة»^(٢).

الشرط الثالث: الالتزام بنقل آثار العقد إلى الموكل:

ومقتضى- هذا الشرط، أن على الوكيل عندما يبرم عقدا استثماريا، فيجب عليه أن يوضح للمتعامل معه، أنه يعمل نائبا عن غيره، وأن ربح السلعة يختص بالموكل، وفي هذا الشرط حماية للموكل، من أن الوكيل قد يرى بعض الصفقات ذات عائد ربحي كبير يفوق المعتاد، فيتعمد توجيهها لصالحه بطريقة أو أخرى؛ مما يفوت على حملة الصكوك، ذلك الربح، وعكس المسألة كذلك، كما لو اشترى سلعة لنفسه، فلما رأى خسارتها جبرها للموكل (حملة الصكوك).

ويترب على هذا الشرط أن للموكل حق الرجوع على الوكيل بالتعويض عن خيانتة الأمانة الملقاة على عاتقه في هذا الشأن. جاء في المبسوط: «قال أبو حنيفة الوكيل بالبيع لا يبيع من أبيه وابنه للتهمة... أما الوكيل بالشراء فالتهمة متمكنة، أنه اشتراه لنفسه فلما علم بالغبن أراد أن يلزمه الأمر (الموكل) ولأن الوكيل بالشراء كما يستوجب الثمن في ذمة

(١) الفتاوى الفقهية الكبرى ٣/ ٨٧.

(٢) الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٥/ ٣٩٩.

نفسه يوجب لنفسه مثله في ذمة الأمر، والإنسان متهم في حق نفسه فلا يملك أن يلزم ذمة الأمر الثمن ما لم يدخل في ملكه بإزائه ما يعدله»^(١).

وقال في موضع آخر: «رجل وكل رجلا أن يشتري جارية له بعينها بكذا درهما فلما رآها الوكيل أراد أن يشتريها لنفسه فإن اشتراها بمثل ذلك الثمن أو أقل فهو مشتر للأمر وإن نوى الشراء لنفسه عند العقد أو صرح به؛ لأنه ممثّل أمر الموكل فيما باشره من العقد وهو لا يملك عزل نفسه في موافقة أمر الأمر فيكون مشترياً للأمر»^(٢). وفي الفروق: «ولو وكله أن يشتري له عبداً بعينه فاشتراه الوكيل لنفسه وقع الشراء للموكل»^(٣).

فإن قال قائل بالفرق بين الصورتين: إذ في المسألة التي بين أيدينا لم يكن التوكيل بشراء سلعة بعينها، بخلاف المسألة التي ذكرها الفقهاء، فالجواب: أن مؤدا المسألتين واحد؛ لأن في المسألة التي معنا، والمسألة التي ذكرها الفقهاء، يشتركان في كون الوكيل إنما اشترى لنفسه، بعد أن تبين الربح وتحققت مصلحة الموكل فيها، وهذا من خيانة الأمانة التي عُوهدت إليه، فكأنها عند الإطلاق قد تعينت لما تحققت مصلحة الموكل فيها - بعلم الوكيل ذلك -، كما لو قيدها بالتعيين.

وجاء في الفروع: من وُكِّل في بيع أو شراء أو استئجاراً فإن لم يسم موكله في العقد فضا من أو لا فروايتان وأن ظاهر المذهب يضمّنه^(٤).

الشرط الرابع: تحديد المعاملات الآجلة بمبلغ معين:

(١) المبسوط ١٢/٢١٣.

(٢) المرجع السابق ٣٠/٢٢٠.

(٣) الفروق ٢/٢٣٢.

(٤) الفروع ٤/٣٥٣.

قد يرى حملة الصكوك اشتراط أن تكون المعاملات الآجلة محددة بنسبة معينة من حصيلة الاكتتاب، فلا يجوز - بموجب هذا الشرط - للوكيل تجاوزه، وفوائد هذا الشرط ظاهرة، ابرزها:

أولاً: الحماية من مخاطر التعاملات الآجلة: ومن هذه المخاطر، عدم الوفاء بالعقود، أو العجز عن السداد، أو وقوع الإفلاس في الطرف الآخر، إلى غير ذلك من المخاطر. ثانياً: إجازة تداول الصكوك فور طرحها: فالصكوك إذا كان غالب ما يمثلها ديوناً، لم يجوز تداولها إلا وفقاً لضوابط تداول الديون^(١).

وقد نص الفقهاء على أن الوكيل إذا باع أو اشترى بأجل خلافاً لأمر موكله أن هذا يعد منه؛ تعدياً موجب للضمان، قيل للمالك: أرأيت إن دفعت إلى رجل ثوباً لبيعه لي بدرهم فذهب فأسلفه في طعام أو عرض إلى أجل أقفال: «إن كان أسلفه في عرض بيع ذلك العرض بنقد فإن كان فيه وفاء ما أمره به أو فضل عن ذلك كان لصاحب الثوب وإن كان فيه نقصان كان على المأمور بما تعدى»^(٢). وجاء في الأم: «وإن وكله ببيع سلعة فباعها نسيئة كان له نقض البيع بعد أن يحلف ما وكله إلا بالنقد»^(٣).

وبناء عليه فالأثر المترتب على مخالفة هذا الشرط أمران:

(١) إن تسبب ذلك في نقصان على الموكل، فيضمنه.

(٢) للموكل حق الفسخ.

الشرط الخامس: ضمان الوكيل للموكل، التزام المتعاقد معه الوفاء

(١) ينظر الفرع الأول من المطلب الثاني من المبحث الثالث من الفصل الأول من هذا الباب.

(٢) المدونة ٣/١٠٢.

(٣) هذا كلام المزني نقله الربيع في الأم ٨/٢١٠، وينظر: المبسوط ١٩/٥٦، الفتاوى الهندية ٣/٥٨٨، الخرشي ٦/٧٤، شرح الزرقاني ٦/٨٠، حاشية الدسوقي ٣/٣٨٤، الحاوي للهاوردي ٨/٢٤١، الفتاوى الكبرى لابن حجر ٣/٨٥، المبدع ٤/٣٦٨ - ٣٦٩.

بالتزاماته:

إن عقد صكوك الوكالة بالاستثمار، يتضمن استئثار الوكيل بالتصرفات دون الرجوع إلى موكله، وذلك بهدف تحقيق الأرباح لحملة الصكوك، كما يستفيد الوكيل الأجرة التي لا ينقصها خسارة المال إن وقعت، وهذا المال المضمون قد يغري الوكيل بالتكاسل، أو التقصير بالتعاقد مع من لا يلتزم بالعقود، أو مع ضعيف الملاءة المالية؛ مما يؤدي إلى عجزه عن تنفيذ العقد، وبالتالي تحمل حملة الصكوك، مصاريف قضائية هم في غنى عنها، أضف إلى ذلك أن هذه القضايا، معرضة للثبوت وعدمه، وهذا كله يضعف الثقة في مثل هذه الصكوك، ويحد من انتشارها، كما أن حامل الصك يهدف بالاستثمار فيها إلى الربح، ويطمح إلى الحماية من مثل هذه المخاطر، وهذا الشرط يعين في ذلك، فيتعهد الوكيل - بموجب الضمان - بتعويض موكله عن الخسارة التي قد يتكبدها؛ بسبب فشل المتعاقد معه بأداء الالتزامات المترتبة عليه في هذا العقد، فالوكيل صار كفيلاً أو ضامناً للطرف الآخر، إضافة إلى كونه وكيلاً عن حملة الصكوك، وبموجب هذا الضمان، يستوفي الموكل حقوقه من الوكيل مباشرة، عند وقوع الإخلال من الطرف الآخر^(١).

حكم هذا الشرط:

لم يرد لهذا الشرط مثيل عند الفقهاء السابقين، وإنما الذي ذكروه، هو منع اشتراط ضمان الوكيل المال أو الشيء الذي وكل فيه؛ لأنه أمين فلا يضمن إلا بالتعدي أو التفريط، سواء أكانت الوكالة بعوض أم لا^(٢). جاء في روض الطالب: «الوكيل أمين وإن كان

(١) ينظر: الوسيط في القانون التجاري د العطير ١ / ٣٤٨، مبادئ القانون التجاري د زهير عباس ص ٣٦٦.

(٢) ينظر: حاشية ابن عابدين ٤ / ٤١٦، ٤٠٩، فتح القدير ٧ / ٤٩، ٥٢، ٧٣، حاشية الدسوقي ٣ / ٢٨٢، ٣٩٠، القوانين الفقهية ص ٣٣٣، مغني المحتاج ٢ / ٢٣٠، وروضة الطالبين ٤ / ٣٢٥، كشاف القناع ٣ / ٤٦٩، ٤٧٥، ٤٨٤.

بجعل»^(١). وفي شرح منتهى الإرادات: «الوكيل أمين لا يضمن ما تلف بيده بلا تفريط؛ لأنه نائب المالك في اليد والتصرفاً فالهلاك في يده كالهلاك في يد المالك كالمودع والوصي ونحوه وسواء كان متبرعاً أو بجعل فإن فرط أو تعدى ضمن»^(٢).

أما الشرط الذي بين أيدينا فهو: اشتراط ضمان الوكيل لمن يتعامل معهم، وذلك لكون عقد التوكيل بالمتاجرة؛ جاء مطلقاً من غير تحديد لنوع التجارة، ولا شخص المتاجر معه، فإذا تبين الفرق فإنه ينبنى حكم هذا الشرط على ثلاث مقدمات ونتيجة:

المقدمة الأولى: بيان أنواع الشروط الصحيحة عند الفقهاء:

النوع الأول: اشتراط صفة قائمة بمحل التصرف وقت صدوره: وهذا النوع متفق على جوازه عند الفقهاء، فإن فات هذا الشرط يكون للمشتري الخيار لفوات وصف مرغوب فيه كاشتراط كون البقرة المشتراة حلوبة^(٣).

النوع الثاني: اشتراط ما يقتضيه العقد: وجوازه أيضاً محل اتفاق عند الفقهاء لأنه بمثابة تأكيد، ومن أمثلته ما لو اشترط في الشراء التسليم إلى المشتري فإن البيع يصح لأن هذا الشرط من مقتضيات العقد، ومنها أيضاً اشتراط الرد بالعيب ورد العوض فإنها أمور لازمة لا تنافي العقد بل هي من مقتضياته^(٤).

النوع الثالث: اشتراط ما يلائم مقتضى العقد وهذه عبارة الحنفية. قال صاحب البدائع: فهذا لا يقتضيه العقد ولكنه يلائم مقتضاه فهو لا يفسد العقد وإنما هو مقرر

(١) روض الطالب مع شرحه أسنى المطالب للأنصاري ٢/ ٢٧٦.

(٢) شرح منتهى الإرادات ٢/ ٢٠٢.

(٣) ينظر: بدائع الصنائع ٥/ ١٧٢ ط الجمالية، الدسوقي ٣/ ١٠٨ ط الفكر، مغني المحتاج ٢/ ٣٤ ط

حلب، كشاف القناع ٣/ ١٨٨ ط / النصر.

(٤) البدائع ٥/ ١٧٢، حاشية الدسوقي ٣/ ٦٥، المجموع ٥/ ٣٦٢، كشاف القناع ٣/ ١٨٩.

لحكم العقد من حيث المعنى مؤكداً إياه فيلحق بالشرط الذي هو من مقتضيات العقد^(١).
وعبارة الملكية اشتراط ما يلائم مقتضى - العقد ولا ينافيه. وعبارة الشافعية والحنابلة
اشتراط ما لا يقتضيه إطلاق العقد لكنه يلائمه ويحقق مصلحة للعاقد ومثاله ما لو باع
على أن يعطيه المشتري بالثمن رهناً أو كفيلاً والرهن معلوم والكفيل حاضر جاز ذلك
استحساناً عند الحنفية وهو جائز أيضاً عند المالكية والشافعية والحنابلة^(٢).

النوع الرابع: اشتراط ما ورد في الشرع دليل بجوازه.

النوع الخامس: اشتراط ما جرى عليه التعامل بين الناس وقد ذكر هذا النوع الحنفية،
وهو مما لا يقتضيه العقد ولا يلائم مقتضاه لكن للناس فيه تعامل.
ومثاله إذا اشترى نعلاً على أن يجذوها البائع أو جراباً على أن يخرزه له خفاً فإن هذا
الشرط جائز لأن الناس تعاملوا به في البيع كما تعاملوا بالاستصناع فسقط القياس بعدم
الجواز بتعامل الناس^(٣).

المقدمة الثانية: تعيين مقتضى عقد صكوك الوكالة بالاستثمار وما يلائمها:

يظهر للباحث أن مقتضى هذا العقد، هو قيام الوكيل باستثمار أموال المكتتبين، لتحقيق
أرباح لهم، ففيه معنى المضاربة، لكن لا يشاركهم في الربح، بل هو مأجور يتقاضى أجره
مقابل عمله.

أما ما يلائم هذا العقد: فإنه يعتريه أمران:

(١) إطلاق الموكل يد الوكيل في العمل، مع من شاء، في أي تجارة شاء - ما لم تكن
محرمة.

(١) البدائع ١٧١/٥.

(٢) ينظر: المرجع السابق، حاشية الدسوقي ٦٥/٣، المجموع ٣٦٤/٥، كشف القناع ١٨٩/٣.

(٣) ينظر: البدائع ١٧٢/٥ - ١٧٤.

(٢) استحقاق الوكيل مبلغاً مقطوعاً، معلوماً يستوي الأمر في ذلك عند الربح أو

الخسارة.

والوكيل وإن كان أميناً، لكن ليس متبرعاً هذا من جهة، ومن جهة أخرى يعسر - على ممثل حملة الصكوك، تقصّي - كل أعمال الوكيل، دقها وجلها، وبيان وقوع التفريط من عدمه، وبالتالي فإن هذا الشرط، لا ينافي مقتضى العقد، بل يلائمه من ثلاثة أوجه:

(١) أنه يحمل الوكيل على تأدية الأمانة، بكامل وجهها، فتراه يتحرى من يتعامل معهم.
(٢) أن القاعدة المنطقية الواقعية تُحتم، أن ما بني على أساس سليم فإنه يوصل إلى نتائج سليمة، وما كان في أصله تفريط أو تعدي، فإنه قد يؤدي إلى خلل في العمل، أو وقوع منازعات، وبناء على ذلك، فإن الضمان بهذا الشرط، لا يقع إلا عند وجود النزاع مع المتعامل معه في عدم التنفيذ، وهذا يوحي بوجود تفريط - ربما يكون غير ظاهر - يتمثل في نقص التحري، فيمن يتعامل معه، أو كان ذلك التعامل مع شخص غير مجرب، وهو نوع تفريط، فكان الضمان، ملائم للعقد، في كونه يحفظ للموكل حقه، كما أنه لا يقع إلا عند وجود تعد أو تفريط ظاهر أو غير ظاهر.

(٣) أن مقتضى الوكالة أنه عقد أمانة، ومقتضى الأمانة ألا يضمن الوكيل المال الموكل فيه، لكن على الوكيل - بموجب هذه الأمانة - أن يتحرى مع من يتعامل معه، وبالتالي فضمانه العاقد الأجنبي، يؤكد أمانة الوكيل وصدقه في التعامل، ولا ينافي ذلك أنه أمين، فالشرط لا يُضَمِّن الوكيل المال الذي وكل فيه، على ما جرى بيانه سابقاً.

لكن يتطرق إشكال لهذه الملائمة وهو: أن هناك احتمال بأن الوكيل قد يبذل وسعه، في تحري من يتعامل معه، ثم قد يحدث ما يعكس صفو العقد، فيمنع العاقد الآخر التنفيذ، فكيف يضمنه والحال هذه؟

يجاب عليه: بأن هذا الاحتمال وإن كان مفروضاً وقد يقع، إلا أن ما يقلل فرص حدوثه أمران:

الأول: أن وكيل الاستثمار، يفترض أن يكون خبيراً في السوق، عالماً بدقائقه، وبالتالي لديه من الخبرة الكافية ما يؤهله لمعرفة من يتعامل معهم، وهذا يقلل وجود هذا الاحتمال.

الثاني: الدراسات الآنية والمستقبلية الاستشرافية، تحدد له الأشخاص ذوي الملاءة العالية، والأمانة الكافية، وصاحب السمعة الحسنة، والتعامل الصادق، الذين يمكن للوكيل بالاستثمار، العمل معهم باطمئنان تام. وإذا كان كذلك، فإن وقوع هذا الاحتمال - مع امكانيته - يعد نادراً، والنادر لا حكم له.

المقدمة الثالثة: ما حكم ضمان المجهول، وضمان الحق قبل وجوبه:

علم مما سبق أن الوكيل بالاستثمار - بموجب هذا الشرط - يضمن المتعاقد الآخر في تنفيذ العمليات التجارية، والعقود التي يبرمها معه، فإذا لم تنفذ تلك العقود لسبب أو آخر، فإن الوكيل يضمن، ما حصل من خسارة للموكل - بسبب عدم التنفيذ - والضمان في هذه المسألة قد تضمن أمران:

الأمر الأول: ضمان تنفيذ عمل أو عقد مجهول حال عقد التوكيل:

اختلف الفقهاء في حكم ضمان المجهول على قولين:

الأول: عدم جواز ضمان المجهول وهو قول الشافعية^(١).

الثاني: جواز ضمان المجهول وهو قول الحنفية^(٢)، والمالكية^(٣)، والحنابلة^(٤).

(١) ينظر: روض الطالب مع أسنى المطالب ٢/٢٣٩، تحفة المحتاج ٥/٢٥٣.

(٢) ينظر: الجوهرة النيرة ١/٣١٢، حاشية ابن عابدين ٤/٢٦٣.

(٣) ينظر: المنتقى شرح الموطأ ٦/٨٣، مواهب الجليل ٥/٩٩.

(٤) ينظر: المغني ٤/٣٤٥، الفروع ٤/٢٤٢.

تعليل القول الأول:

لأنه التزام مال فلم يصح مجهولاً كالثمن في المبيع^(١).
ويجاء عليه بما سيأتي في أدلة القول الثاني.

أدلة القول الثاني:

(١) قول الله تعالى: ﴿وَلَمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾^(٢).
وجه الاستدلال: وحمل البعير غير معلوم؛ لأن حمل البعير يختلف باختلافه.
(٢) وعموم قوله عليه السلام: (الزعيم غارم)^(٣) فهو شامل لكل غارم، المعلوم والمجهول.

(٣) ولأنه التزام حق في الذمة من غير معاوضة فصح في المجهول كالنذر والإقرار.
(٤) ولأنه يصح تعليقه بضرر وخطراً وهو ضمان العهدة. وإذا قال: ألق متاعك في البحر أو علي ضمانه. أو قال: ادفع ثيابك إلى هذا الرفاء أو علي ضمانها. فصح المجهول كالعتق والطلاق^(٤).

الترجيح:

يظهر للباحث رجحان القول الثاني، لموافقته للدليل، ولما تضمنه تعليل القول الثاني من جواب على تعليل القول الأول، قال شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله: «يصح ضمان

(١) ينظر: روض الطالب مع أسنى المطالب ٢/ ٢٣٩، تحفة المحتاج ٥/ ٢٥٣، المغني ٤/ ٣٤٥.

(٢) سورة يوسف، الآية [٧٢].

(٣) رواه أحمد في مسنده، مسند أبي أمامة الباهلي برقم (٢٢٩٥٥)، وأبوداود في باب تضمين العارية من كتاب البيوع، والترمذي في باب العارية مؤداة من كتاب البيوع برقم (١٢٦٢)، وقال: «حسن غريب»، وابن ماجه في باب الكفالة من أبواب الصدقات برقم (٢٤٠٥)، والبيهقي في باب وجوب الحق بالضمان من كتاب الضمان برقم (١١٧٢٥)، قال الهيثمي في مجمع الزوائد ٤/ ٢٥٨: «رواه أحمد ورجاله ثقات».

(٤) المغني ٤/ ٣٤٥.

المجهول أو منه ضمان السوق وهو أن يضمن ما يلزم التاجر من دين وما يقبضه من عين مضمونة^(١).

الأمر الثاني: ضمان حق قبل وجوبه:

اختلف أهل العلم في هذه المسألة على قولين:

الأول: عدم جواز ضمان حق قبل وجوبه أو ثبوته، وقول الشافعي في الجديد^(٢)، والظاهرية^(٣).

الثاني: جواز ضمان الحق قبل وجوبه، وهو قول الحنفية^(٤)، والمالكية^(٥)، والشافعي في القديم^(٦)، وقول الحنابلة^(٧).

قال ابن قدامة رحمته الله: «الخلافاً في هذه المسألة ودليل القولين كالتي قبلها إلا أنهم - المانعين للجواز - قالوا: الضمان ضم ذمة إلى ذمة في التزام الدين فإذا لم يكن على المضمون عنه شيء فلا ضم فيه فلا يكون ضماناً. قلنا: قد ضم ذمته إلى ذمة المضمون عنه في أنه يلزمه ما يلزمه وأن ما ثبت في ذمة مضمونه يثبت في ذمته، وهذا كاف. وقد سلموا ضمان ما يلقيه في البحر قبل وجوبه بقوله: ألق متاعك في البحر أو علي ضمانه. وسلم أصحاب

(١) الفتاوى الكبرى ٥ / ٣٩٤.

(٢) ينظر: حاشيتا قليوبي وعميرة علي شرح المحلى ٢ / ٤٠٧، الغرر البهية ٣ / ١٥٢.

(٣) ينظر: المحلى ٦ / ٤٠٤.

(٤) ينظر: المبسوط ١٥ / ١١٦، العناية ٧ / ١٨١.

(٥) ينظر: المنتقى شرح الموطأ ٦ / ٨٣، مواهب الجليل ٥ / ٩٩.

(٦) ينظر: حاشيتا قليوبي وعميرة علي شرح المحلى ٢ / ٤٠٧.

(٧) ينظر: المغني ٤ / ٣٤٥، مطالب أولي النهى شرح غاية المنتهى للرحبياني ٣ / ٣٠٠.

الشافعي في أحد الوجهين ضمان الجعل في الجعالة قبل العمل أو ما وجب شيء بعد^(١).

الترجيح:

يترجح للباحث، ما عليه جمهور أهل العلم، من صحة الضمان قبل وجوبه، وذلك لما تقدم من أدلة، ولتوجه الجواب لما احتج به المخالفون من تعليل.

رابعاً: النتيجة:

مما سبق من مقدمات؛ يخلص الباحث إلى أن هذا الشرط شرط صحيح، لملائمته مقتضى العقد، وإن كان متضمناً لضمان حق مجهول، لم يجب فقد جوز جمهور أهل العلم ذلك، ورجحه الباحث، والله أعلم.

المبحث الثاني التمويل والاستثمار في عقد التأمين بواسطة صكوك الوكالة بالاستثمار

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول تعريف التأمين وأنواعه وحكمه

وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: تعريف التأمين:

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: تعريف التأمين في اللغة:

الأمانُ والأمنَةُ بمعنى، وقد أَمِنَ أَمَاناً و أَمَنَةً بفتحين فهو آمِنٌ و أَمْنُهُ غيره من الأَمْنِ والأَمَانِ^(١) وقد أمنت فأنا آمن و أمنت غيري من الأَمْنِ والأَمَانِ و الأَمْنِ ضد الخوف^(٢)، والمقصود منه طمأنينة النفس وسكونها بتوفير أسباب الطمأنينة.

المسألة الثانية: تعريف التأمين في الاصطلاح:

عرفه مجمع اللغة العربية بالقاهرة بأنه: عقد خاص تقوم به شركات التأمين تدفع بموجبه مبلغاً في حال وقوع حادث معين لشخص يدفع لها قسطاً من المال^(٣).
كما عرفه بعضهم بأنه: عقد يتم بين شركة التأمين ومستأمن معين تتعهد هذه الشركة بمقتضاه بدفع مبلغ من المال، عند حدوث خطر معين، مقابل التزام المستأمن بدفع مبلغ مالي محدد^(٤).

(١) مختار الصحاح مادة "أمن" ج ١ / ١١.

(٢) لسان العرب مادة "أمن" ج ١٣ / ٢٢.

(٣) المعجم الوسيط (١ / ٢٨) مادة (أمن). ورمز له مج وهو اللفظ الذي أقره مجمع اللغة العربية.

(٤) ينظر: مباحث في الاقتصاد الإسلامي و أصول الفقه د/ محمد رواس قلعة جي ص ١٣١.

وعُرف في اصطلاح فقهاء القانون بأنه: «عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال أو إيراداً مرتباً أو أي عرض مالي آخر في حالة وقوع الحادث، أو تحقق الخطر المبين في العقد، وذلك نظير قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن»^(١).

الضرع الثاني: أنواع التأمين:

يتنوع التأمين إلى أنواع كثيرة، باعتبارات عدّه أبرزها ما يلي:

أولاً: يتنوع التأمين من حيث التركيب إلى أربعة أنواع:

- ١) التأمين البسيط: هو ما يغطي خطراً واحداً، كحريق، أو سرقة..
- ٢) التأمين المركب: هو ما يغطي أكثر من خطر في آن واحد.
- ٣) التأمين الجزئي: هو ما يقصر التزام المؤمن بالضمان على جزء من الضرر، المترتب على تحقق الخطر المضمون.

٤) التأمين الكلي: هو ما ينصرف إلى تغطية كل أضرار الخطر عند تحققه.

ثانياً: يتنوع التأمين من حيث مكانه إلى أربعة أنواع:

- ١) التأمين البحري: وهو ما يغطي الأخطار البحرية، التي قد تلحق بالسفينة مثلاً.
- ٢) التأمين النهري: وهو ما يغطي الأخطار النهرية.
- ٣) التأمين الجوي: وهو ما يغطي مخاطر النقل الجوي التي قد تلحق بالطائرة.
- ٤) التأمين البري: تنطبق أحكام التأمين البري، على كل نوع من الأخطار لا يدخل تحت الأنواع الثلاثة المتقدمة.

ثالثاً: يتنوع التأمين من حيث نوع الضرر، إلى نوعين:

- ١) التأمين على الأشياء: وهو يستهدف تعويض المؤمن عن الضرر اللاحق به، الناتج عن تلف الشيء المؤمن عليه.

(١) ينظر: القانون المدني المصري مادة ٧٤٧.

(٢) التأمين على المسؤولية: وهو يستهدف تعويض المؤمن عن الضرر اللاحق به، الناتج عن انعقاد مسؤوليته عن خطأ معين.

رابعاً: يتنوع التأمين من حيث الأشخاص إلى ثلاثة أنواع:

(١) التأمين على الحياة: وهو عقد يتعهد المؤمن بمقتضاه، بأن يدفع مبلغ من المال أو إيرادات مرتبة لطالب التأمين، أو للمؤمن له، أو لشخص ثالث يدعى المستفيد - حسب الأحوال - عند تحقق الخطر المؤمن منه. وينقسم التأمين على الحياة إلى ثلاثة أقسام:

(أ) التأمين لحالة الوفاة: وفيه يتم دفع التعويض التأميني، عند تحقق الوفاة.

(ب) التأمين لحالة البقاء: يتم دفع التعويض التأميني، عند بلوغ سنة معينة، أو انقضاء فترة محددة.

(ج) التأمين المختلط: وهو ما يجمع بين القسمين أعلاه.

(٢) التأمين ضد الحوادث والإصابات: يتم دفع التعويض التأميني، عند وقوع حادث أو إصابة على المؤمن عليه.

(٣) التأمين ضد المرض: وفيه يتم ضمان علاج المؤمن عليه، عند وجود الأمراض المؤمن عليها.

ويدفع هذا التعويض - في هذه الأنواع - مقابل أقساط دورية يدفعها المؤمن عليه للمؤمن^(١).

الفرع الثالث: حكم التأمين:

تحرير محل النزاع، لا يخلو التأمين من قسمين:

(١) ينظر: الأحكام العامة لعقد التأمين، دحسام لطفي ص ٣٥-٦٣. الطبعة الثالثة ٢٠٠١، التأمين على الحياة د عبدود د يحيى ص ٣٥ ط/ القاهرة عام ١٩٦٤ م.

الأول: التأمين التعاوني أو التكافلي:

وهو من عقود التبرع التي يقصد بها أصالة التعاون على تفتيت الأخطار، والاشتراك في تحمل المسؤولية عند نزول الكوارث، وذلك عن طريق إسهام أشخاص بمبالغ نقدية تخصص لتعويض من يصيبه الضرر، فجماعة التأمين التعاوني لا يستهدفون تجارة ولا ربحاً من أموال غيرهم وإنما يقصدون توزيع الأخطار بينهم والتعاون على تحمل الضرر. وهذا القسم قد اتفق العلماء المعاصرون - فيما أعلم -، على جوازه^(١).

الثاني: التأمين التجاري:

وهو أن يلتزم المؤمن بدفع مبلغ التأمين ضد الخطر المعين في وثيقة التأمين، نظير الأقساط الثابتة التي يدفعها المؤمن عليهم^(٢). وهذا النوع من التأمين اختلف الفقهاء المعاصرون في حكمه على قولين: القول الأول: بجوازه وقال به بعض الفقهاء المعاصرين^(٣).

(١) ينظر: قرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي ص ٥٩، القرار رقم ٩/٢ في دورته الثانية في عام ١٤٠٦ هـ، قرار مجلس هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية رقم (٥١) وتاريخ ١٣٩٧/٤/٤ هـ، قرار مجمع البحوث الإسلامية بمصر في مؤتمره الثاني المنعقد عام ١٩٦٥ م، ونقل هذا الاتفاق الدكتور علي القرّة داغي في بحثه الموسوم بـ "التأمين التعاوني ماهيته وضوابطه ومعوقاته" المقدم إلى المؤتمر الذي أقامته الهيئة الإسلامية العالمية للاقتصاد والتمويل عن التأمين بتاريخ ١٤٣٠/١/٢٣ هـ ص ١٣.

(٢) ينظر: الأحكام العامة لعقد التأمين، دحسام لطفي ص ٨٥.

(٣) منهم، مصطفى الزرقا في بحثه الموسوم بـ: نظام التأمين حقيقته والرأي الشرعي فيه ص ٥٧ وفي المدخل الفقهي العام ١/٦٢٣، وعلي الخفيف في بحثه "التأمين"، بحث منشور في مجلة الأزهر، ج ٨ السنة ٣٧، عام ١٩٦٦ م ص ٤٨٠.

القول الثاني: عدم الجواز، وأفتت به عدة هيئات كهيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية^(١)، والمجمع الفقهي الإسلامي^(٢) التابع لرابطة العالم الإسلامي، ومجمع الفقه الدولي بجدة^(٣) التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، والمؤتمر العالمي للاقتصاد الإسلامي^(٤)، وهيئة رقابة بنك فيصل الإسلامي^(٥).

الأدلة:

استدل كلا الفريقين بأدلة كثيرة، فالوقوف عليها جميعاً، واستقصاؤها كلها، يخرج البحث عن مقصده؛ لذا تم التركيز على أهم هذه الأدلة - من وجهة نظر الباحث - والجواب عليها:

أدلة أصحاب القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بأقيسة مختلفة من أبرزها ما يلي:

الأول: القياس على العاقلة^(٦): فإنَّ العاقلة تتحمَّل شرعاً دية قتل الخطأ عن القاتل وتتقاسمها بين أفرادها لأجل تفتيت أثر المصيبة عن الجاني. وكذلك الحال في شركات

(١) القرار ٥١ في ٤ / ٤ / ١٣٩٧ هـ.

(٢) في مؤتمرها المنعقد بتاريخ ٤ / ٤ / ١٣٩٩ هـ.

(٣) ينظر: قرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي ص ٥٩، القرار رقم ٩ (٢ / ٩) في دورته الثانية في عام ١٤٠٦ هـ.

(٤) المنعقد في عام ١٣٩٦ هـ.

(٥) ينظر: التأمين التجاري والبديل الإسلامي د. غريب الجمال ص ٢٠٠.

(٦) جمع عاقل، وهو دافع الدية، وسميت الدية عقلاً تسمية بالمصدر، لأن الإبل كانت تعقل بفناء ولي المقتول، ثم كثر الاستعمال حتى أطلق العقل على الدية وإن لم تكن من الإبل. وقيل: إنما سميت عقلاً لأنها تعقل لسان ولي المقتول، أو من العقل وهو المنع؛ لأن العشيرة كانت تمنع القاتل بالسيف في الجاهلية، ثم منعت عنه في الإسلام بالمال. ينظر: المصباح المنير ٣ / ١٥٧. وعاقلة الإنسان عصبته، وهم الأقرباء من جهة الأب كالأعمام وبنيتهم، والإخوة وبنيتهم. ينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية ٢٩ / ٢٢٢.

التأمين فإنها تعمل على ترميم الأخطار وتخفيف المصاب^(١).

ويناقش هذا القياس بأمور:

١ - أن العاقلة تتحمل الدية لما بينها وبين القاتل من قرابة ورحم التي تدعو للتعاون ولو دون مقابل أو عقود التأمين تجارية تقوم على المعاوضة المالية المحضة لا إلى عاطفة الإحسان فهذا قياس مع الفارق.

٢ - أن ما تتحمله العاقلة يختلف باختلاف أحواله من غنى وفقير أما أعضاء شركات التأمين فيتحملون على السواء ولا يُنظر إلى ثروتهم الخاصة في تقدير ما يتحمله كل فرد^(٢).
الثاني: تخريج عقد التأمين على مسألة ضمان خطر الطريق وقد نصَّ الحنفية على جوازها وصورتها أن يقول رجل لآخر: اسلك هذا الطريق فإنه آمن وإن أصابك فيه شيء فأنا ضامن فإذا سلكه فأخذه للصوص ضمن القاتل.

وعقد التأمين يشبه هذه المسألة من حيث التزام الضمان فالشركة التزمت الضمان كما أن القاتل التزم الضمان^(٣).

ونوقش بوجود الفارق بين المسألتين من وجوه:

١ - ففي مسألة الضمان كان الالتزام من طرف واحد في حين أن الالتزام في عقد التأمين من الطرفين^(٤).

٢ - ولأن الضمان من عقود التبرعات التي يراد بها المعروف والتأمين عقد معاوضة مالية فلا يصح القياس بينهما.

(١) نظام التأمين حقيقته والرأي الشرعي فيه ص ٦٢.

(٢) ينظر: بحث "التأمين"، أعدته اللجنة الدائمة للإفتاء بالسعودية منشور في مجلة البحوث الإسلامية العدد ٢٠ ص ١٣٥ - ١٣٦.

(٣) نظام التأمين حقيقته والرأي الشرعي فيه ص ٥٨.

(٤) المعاملات المالية المعاصرة، دمحمد شبير (ص ١١٨).

٣- ثم إن مسألة ضمان خطر الطريق مبعثها تغريره للسالك وإخباره بأنه آمن لا لمجرد الضمان أما شركات التأمين فهي تقرر التضمين مطلقاً^(١).

٤- كما أن للضامن أن يرجع على المضمون بما دفع عنه وليس الحال كذلك في التأمين لكونه معاوضة لا ضماناً.

الثالث: قياس عقد التأمين على نظام التقاعد وأشباهه. وذلك أن نظام التقاعد عقد معاوضة يقوم على اقتطاع جزء ضئيل من مرتب الموظف شهرياً ليصرف له تعويض في نهاية خدمته وهذا يشبه أقساط التأمين وعوضه وفي كليهما لا يدري الشخص كم يستمر دفعه ولا كم يبلغ مجموعه ثم قد يستلم ما يزيد كثيراً على مجموع الأقساط وقد لا يستلم شيئاً فإذا جاز نظام التقاعد فليكن الحكم مثله للتأمين^(٢).

ونوقش: بأن التقاعد ليس عوضاً عما اقتطع من الموظف شهرياً وإلا لوجب توزيعه على سنن الميراث ولم يجوز أن يحرم منه الموظف ولا ورثته بعده وإنما التقاعد مكافأة التزم بها ولي الأمر باعتباره مسئولاً عن رعيته وراعى في احتسابها ما قام به الموظف من خدمة، ومصلحة أقرب الناس إليه ومظنة الحاجة فيهم. فليس التقاعد معاوضة بين الدولة وموظفيها ولا يقوم على أساس التجارة وتحصيل الأرباح مثل التأمين التجاري^(٣).

أدلة أصحاب القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بجمللة أدلة منها:

(١) ينظر: بحث "التأمين" أعدته اللجنة الدائمة للإفتاء بالسعودية منشور في مجلة البحوث الإسلامية

الصادرة عن الأمانة العامة لهيئة كبار العلماء العدد ٢٠ ص ١٣٢.

(٢) ينظر: نظام التأمين حقيقته والرأي الشرعي فيه، مصطفى الزرقا: ط / مؤسسة الرسالة، بيروت،

١٩٨٤م ص ٢٩.

(٣) ينظر: بحث "التأمين"، أعدته اللجنة الدائمة للإفتاء بالسعودية منشور في مجلة البحوث الإسلامية

العدد ٢٠ ص ١٣٤.

الدليل الأول: أن عقد التأمين عقد معاوضة وهو مع ذلك مشتمل على غرر أو الغرر يفسد عقود المعاوضات لنهي النبي ﷺ عن بيع الغرر^(١). والنهي يقتضي الفساد. والغرر هو ما تردد بين الحصول والفوات أو ما طُويت معرفته و جُهلّت عينه^(٢). فكل عقد بني على أمر محتمل مشكوك فيه فهو غرر. والغرر المؤثر هو ما كان في عقود المعاوضات المالية. وكان غالباً على العقد حتى يصح وصف العقد كله بأنه غرر. ولا شك أنّ عقد التأمين مشتمل على الغرر في أكثر من موضع منه: فالجهالة حاصلة في صفة محل التعاقد فالعوض لا يُعرف مقداره حتى يقع الخطر المؤمن عليه. كما أنها حاصلة في أجل العوض الذي لا يعرف متى يحل. كما أن حصول العوض نفسه مجهول مشكوك فيه فلا يعرف المتعاقدان ذلك لتوقفه على وقوع الخطر أو عدم وقوعه، فالغرر في الحصول وصفته وأجله وهي أمور مقصودة عند التعاقد وهذا يفسد العقد^(٣).

نوقش:

(١) أن عقد التأمين ليس من عقود المعاوضات التجارية، التي يقصد بها الربح حتى يكون ما ادعى فيها من الغرر موجبا للتحريم، وإنما هي عقود تعاونية لما فيها من المساعدة على تكوين رؤوس الأموال، ونماء الثروات، والنهوض بالمشروعات.. أجيب عنه: بأن هذا يخالف الواقع، إذ عقد التأمين التجاري عقد معاوضة مالي، رائده الكسب، وباعثها الربح، وما ينشأ عنها من تعاون فهو أمر ثانوي.

(١) سبق تخريجه.

(٢) تقدم تعريفه في المطلب الثاني من المبحث الثاني من الفصل الأول من الباب الأول من هذا الكتاب.

(٣) ينظر: بحث "التأمين"، أعدته اللجنة الدائمة للإفتاء بالسعودية منشور في مجلة البحوث الإسلامية العدد ٢٠ ص ١٢٢.

(٢) على فرض أنها من عقود المعاوضات، فلا غرر فيها؛ لأن كلا المتعاقدين قد دخل على شروط معلومة له وقت العقد، ورضي بها.

أجيب عنه: بأن المستأمن قد يدفع الأقساط كلها ولا يعود إليه شيء، وذلك عند السلامة، وقد يدفع قسطاً واحداً ويعود إليه مبلغ التأمين بأضعاف القسط الذي دفعه، وأما المؤمن فهو مخاطر مخاطرةً فاحشة بالنسبة لكل عقد بانفراده، فإنه قد يخسر - خسارة فادحة بدفعه لجميع مبلغ التأمين عند تحقق الخطر، بعد تسديد المستأمن قسطاً واحداً، والعكس صحيح، وكفى بهذا مخاطرة وغرراً.

الدليل الثاني: أن عقد التأمين يتضمن الميسر والقمار وقد حَرَّمَ الله الميسر بقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَمُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾^(١).

والميسر كما قال شيخ الإسلام ابن تيمية: «أخذ مال الإنسان وهو على مخاطرة هل يحصل له عوض أو لا يحصل»^(٢).

وهذا الوصف متحقق في عقد التأمين باعتراف رجال القانون وذلك لأن الشخص الذي يأخذ على عاتقه ضمان الخطر يراهن على تحقق الخطر فإذا لم يتحقق كسب المبلغ الذي دُفع له وإذا تحقق دُفع مبلغاً يزيد كثيراً عما قبضه وهذا هو الرهان^(٣).

نوقش: بأن التأمين جد والقمار لعب وأن المؤمن إنما دفع ماله لمن يدفع عنه ضرراً كما يدفع التاجر لمن يحرس القافلة مبلغاً لحفظها من الخطر^(٤).

(١) سورة المائدة، الآية [٩٠].

(٢) مجموع الفتاوى ٧٦/٢٨.

(٣) التأمين وفقاً للقانون الكويتي د. جلال إبراهيم، ص ٣٠ وينظر: الوسيط للسنيهوري ١٠٨٦/٧.

(٤) نظام التأمين وموقف الشريعة منه ص ٤٧.

أجيب عنه:

(١) أن عقد التأمين يدخل تحت تعريف الميسر وتوجد فيه خصائصه. وأما الخفارة التي تُدفع لمن يحرس القافلة ونحوها فهذا المبلغ إنما يُدفع أجره للحارس مقابل تسليمه نفسه وقت العقد ليقوم بمقتضاه ولم يأخذ المبلغ دون تسليمه نفسه. ثم إنه لا يضمن ما سرق أو تلف إذا لم يفرض في واجبه.

(٢) أن في التأمين اقتحام للمخاطرة، وعدم وثوق بقدر ما يصل إلى المستأمن أو المؤمن من الكسب و الانتفاع أو زمن وصوله، فكان التأمين قماراً أو في معناه^(١).

الدليل الثالث: أن عقد التأمين يتضمن الربا، بل هو أصيل فيه، والربا محرم مفسد للعقد المشتمل عليه. وذلك أن التأمين التجاري الذي مضى تعريفه عند القانونين، ينتهي إلى أنه معاوضة نقد بنقد دون تقابض ولا تماثل وهذا هو الربا.

الترجيح:

يترجح - والله أعلم - القول الثاني، لقوة أدلته، وتوجه الجواب على أدلة القول الأول، كما أن نتائج التأمين التجاري، تؤدي إلى معرفة الحكم فيه، فبالنظر إلى مآلات هذا العقد - كما دل عليه الواقع - تظهر مفاصد كثيرة، منها على سبيل المثال، وقوع الجرائم المتعمدة بغرض الحصول على التعويض، كما لو كان عنده مصنع مؤمن عليه من الحريق، والمصنع عليه ديون كثيرة، ومعرض للإفلاس، عندها يقوم صاحب المصنع بعملية خفية لحرق المصنع، الذي يترتب عليه الحصول على تعويض مجزي، يكفيه لسداد ديونه وبناء المصنع من جديد، هذا من جهة المستأمن، أما من جهة المؤمن، أو شركة التأمين، فإنها عندما يكثر عليها المطالبة بالتعويضات التأمينية، إلى الحد الذي ينقص من أرباحها

(١) ينظر: بحث "التأمين"، أعدته اللجنة الدائمة للإفتاء بالسعودية منشور في مجلة البحوث الإسلامية

المستهدفة- لأقول عندما تقع خسائر في رأس المال فقط- فإنها تعتمد تعطيل صرف التعويضات والتحايل على عدم دفعها عبر الاحتجاج بشروط وفقرات عائمة (تحتمل أكثر من وجه) مصاغة بعناية في وثيقة التأمين، لايتفطن لها المستأمن عادة، وأيضا فإنه على فرض توافر محاسبة قانونية صارمة، فإنه عند اجتماع تعويضات كثيرة، فإن شركة التأمين تتخلص من دفع هذه التعويضات، عبر إشهار الإفلاس، وتضيع حقوق المستأمنين ومادفعوه من أقساط، إلى غير ذلك من المفاصد التي أدى إليها عقد التأمين.

المطلب الثاني

الصيغة المبتكرة لتمويل عقد التأمين بصكوك الوكالة بالاستثمار وأطرافها

وفيه فرعان:

الفرع الأول: الصيغة المبتكرة لتمويل عقد التأمين:

تتلخص هذه الصيغة في الآلية الآتية:

(١) تنشأ شركة ذات غرض خاص، تقوم بإصدار صكوك وكالة في الاستثمار بغرض التأمين.

(٢) تنشئ تلك الشركة صندوقا للتأمين، رصيده صفر، بطبيعة الحال.

(٣) القاعدة أنه يتم تمويل صندوق التأمين، من الأرباح الناتجة عن المتاجرة برأس المال (حصيلة الاكتتاب في الصكوك).

(٤) بعد جمع حصيلة الاكتتاب في الصكوك، يتم إقراض صندوق التأمين - قرضا حسنا - بما لا يزيد عن ثلث رأس مال الصكوك، وذلك للبدء في نشاط التأمين. ولا فرق بين أن يحجز المبلغ في حساب صكوك الوكالة بالاستثمار، لصالح صندوق التأمين، ويتم السحب منه عند الحاجة، أو ينتقل إلى ذمة صندوق التأمين كاملا في الحال.

٥) بعد المتاجرة بالمتبقي من أموال الصكوك، وعند تحقق الربح، فإنها ترحل إلى صندوق التأمين، ويقتطع جزء من تلك الأرباح لسداد القرض الحسن. وهكذا حتى يتم سداد القرض الحسن من الأرباح، ثم يتم تمويل صندوق التأمين عن طريق أرباح صكوك الوكالة بالاستثمار.

٦) في حال وقوع عجز في أموال صندوق التأمين (الوعاء التأميني)، لوجود كثرة في التعويضات، فإنه يتم إقراضه، من رأس المال.

٧) في حال زادت الأرباح السنوية عن تغطية الأشياء المؤمن عليها، أو وجود فائض تأميني، فإنه يتم حجز جزء منها، لا يقل عن الثلث، في حساب خاص لتغطية المخاطر المستقبلية، ولضمان استمرار الصندوق، فإن استمر الفائض بعد ذلك، فيتم به زيادة التغطية التأمينية (المخاطر التي يتم تغطيتها) لحملة الصكوك.

٨) كلما زادت الأرباح السنوية، كلما زادت التغطية التأمينية، فإذا تم رصد احتياطي كاف، واستكمال التغطية التأمينية، يتم بعد ذلك إعادة الفائض المتبقي، إلى صندوق صكوك الوكالة بالاستثمار، ليتم استثماره، وبالتالي يعود ريعه على حملة الصكوك.

٩) تعتمد التغطية التأمينية لهذه الصكوك على مضي الزمن، وتحقيق الأرباح، والتناسب بينهما طردي.

١٠) يمكن أن يتولى الوكالة بالاستثمار، وإدارة صندوق التأمين، شركة واحدة، أو أكثر من شركة، وتحدد أجرتها عند إبرام العقد معها. ولها أن تنيب عنها الشركات ذات الكفاءة المالية والعملية العالية، وفق الشروط التي سبق التطرق إليها في المبحث السابق.

الفرع الثاني: أطراف هذا العقد وتكييف كل طرف:

بالنظر إلى الآلية السابقة يتبين للباحث أن أطراف هذا العقد -الأصلين دون الفروع-

لا يزيدون عن ثلاثة أطراف هم كالتالي:

الطرف الأول: حملة الصكوك.

الطرف الثاني: وكيل حملة الصكوك بالاستثمار، وهي الشركة ذات الغرض الخاص.

الطرف الثالث: شركة التأمين، التي تتولى إدارة صندوق التأمين.

لكن ههنا خمس ملحوظات يجدر التنبيه عليها:

(١) بالإمكان أن تقوم شركة متخصصة في التأمين، ذات سمعة رائدة في هذا المجال، بإنشاء شركة ذات غرض خاص، تتولى إصدار صكوك وكالة بالاستثمار، والمتاجرة فيها، على أن تتولى شركة التأمين، إدارة صندوق التأمين، على النحو الموضح بعاليه، ويوضح في نشرة الإصدار، مدير صندوق التأمين والنشاط التأميني بشكل عام.

(٢) بالإمكان أن يكون الطرف الثاني والثالث طرفا واحدا.

(٣) هناك بعض العلاقات الفرعية، التي قد تنشأ عند الإصدار، كعلاقة البنك الذي يتولى إدارة عملية الاكتتاب، ومتعهدي التغطية، والمستشارين القانونيين والاقتصاديين والتأمينيين، وغيرها من العلاقات، التي يخرج البحث فيها عن الموضوع. لذا أثرت الاقتصار على العلاقات الرئيسية في هذا النوع من الصكوك.

(٤) تصدر وثيقة التأمين - بما تضمنته من بيان الضرر المغطى وشروط التغطية، وحجم الوعاء التأميني الابتدائي، وطريقة تمويله كما تقدم بيانه - مع نشرة إصدار الصكوك ويتم قبول المكتب لهما سويا، وتمثل أيضا تعاقدًا مباشرًا مع شركة التأمين، التي ستقوم لاحقًا بإدارة صندوق التأمين.

(٥) يتم تجديد وثيقة التأمين سنويا، أو نصف سنوي، حسب ما يستجد لرأس المال من أرباح أو عجز، وهذا يعد تجديدا لعقد إدارة صندوق التأمين أيضا.

وبناء على ماسبق فإن تكييف الطرفين الأوليين، لا يخرج عن تكييف أطراف عقد صكوك الوكالة بالاستثمار، الذي مربنا قريبا. فالأول هو الموكل والثاني هو الوكيل بأجر أو بجعل.

أما الطرف الثالث، فيكيف بأنه أجير خاص، وهو: من يعمل لمعين عملاً مؤقتاً، ويكون عقده لمدة، ويستحق الأجر بتسليم نفسه في المدة؛ لأن منفعه صارت مستحقة لمن استأجره في مدة العقد^(١).

المطلب الثالث

حكم التأمين بهذه الصيغة

إن التأمين بهذه الصيغة، قائم على تمويل تعويض الأضرار، التي تقع على حملة الصكوك، عن طريق الأرباح الناتجة من رأس المال، فحملة الصكوك في الواقع، قد تعاونوا فيما بينهم، لتغطية الأضرار والأخطار التي قد تصيب بعضهم، وليس في العقد معاوضة، بل أموال التأمين من المؤمنين وإليهم، لكن لضمان استمرار العمل بالتأمين، تم فصل حساب التأمين عن رأس المال، حتى لا يستنفد التأمين رأس المال، وبالتالي يتم تغذيته بالمتاجرة عن طريق الوكيل. وهذه العملية لم يظهر - للباحث - أي مانع شرعي فيها لما مضى من أسباب أجملها فيما يلي:

- (١) أن المؤمن والمستأمن (المؤمن عليه) واحد، وهم حملة الصكوك.
- (٢) أن عقد التأمين ليس فيه معاوضة، وبالتالي فهو تعاون من حملة الصكوك على تفتيت المخاطر بينهم، عن طريق هذا العقد.
- (٣) أن المعاوضة التي فيه فرعية، متعلقة بإدارة حساب استثمار رأس مال الصكوك، وإدارة التأمين، لا بالتأمين نفسه.
- (٤) أن الغرض من فصل حساب التأمين عن حساب رأس مال الصكوك، هو تسهيل العمل إدارياً ومحاسبياً، ولا يعني ذلك استقلال الذمم، الذي يؤدي إلى وقوع الربا؛ إذ إن مالك الحسابين واحد كما تقدم.

(١) ينظر: الهداية ٣/٢٤٥، حاشية الدسوقي ٤/٨١، المهذب ١/٤٠٨، القليوبي ٣/٨١ المغني مع الشرح الكبير ٦/٤١.

قد يرد إشكال هنا: وهو أن القرض المقدم من حملة الصكوك، إلى حساب التأمين قرض جر نفعا، إذ إن المقرض وهم حملة الصكوك، ينتفعون بالقرض عن طريق التأمين، والقرض الذي جر نفعا ربا^(١).

جوابه: أن المقرض والمقرض واحد وهم حملة الصكوك، فهم المالكون لحساب التأمين وحساب رأس مال الصكوك، وبالتالي فالقرض هنا صوري لا حقيقة؛ والمقصد منه تسهيل العمل إداريا وماليا، كما تقدم، ولا يقع الربا بين الإنسان ونفسه.

* * * * *

(١) سبق تخرجه.

المبحث الثالث

حكم تداول صكوك الوكالات

بالاستثمار واستردادها وانتهاءها

وفيه مطلبان:

المطلب الأول

حكم تداول صكوك الوكالات بالاستثمار.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حكم تداول صكوك الوكالات بالاستثمار العادية:

تبين مما سبق أن صكوك الوكالة بالاستثمار، تقوم على استثمار أموال المكتتبين، وأن الصك في الواقع يعد ورقة مالية، لا تقوم بنفسها بل بما تمثله، ولهذا فإن التداول إنما يقع على الأشياء التي تمثله تلك الصكوك، فإن كان التداول يتم بعقد غير عقود المعاوضات، كانتقال ملكيته عن طريق الهبة أو التبرع والصدقة، أو الإرث ونحو ذلك، فلا مانع منه، على التفصيل المتقدم^(١)، وبالتالي فلا يخلو الصك من ثلاثة أحوال:

الحال الأولي: أن يمثل نقداً، وذلك قبل الشروع في النشاط الاستثماري:

عند تداول الصك في هذه الحال بطريق البيع، فإن البيع يقع على مايمثله الصك من النقد، وبالتالي يكون العقد عقد صرف، يشترط فيه مايشترط في التصارف^(٢).

الحال الثاني: أن يمثل ديوناً، وذلك ناتج عن استثمار الأموال في المدائينات:

فيندرج تحت هذه الحال أمران:

(١) يرجع إلى المطلب الثاني من المبحث الرابع من الفصل الثاني من الباب الأول، من هذا الكتاب.

(٢) يرجع إلى القسم الثاني من الحال الأول من المطلب الثاني من المبحث الرابع من الفصل الثاني من الباب الأول.

(١) تبين سابقا أن حملة الصكوك اشتراط ألا يقوم الوكيل، باستثمار أموال الصكوك في مداينات، أكثر من نسبة معلومة يحددها له حملة الصكوك في نشرة الإصدار، وفي حال خالف هذا الشرط؛ فإنه يترتب عليه آثار مخالفة الشرط المتقدم ذكرها.

(٢) إذا كانت الصكوك تمثل ديونا - سواء خالف الوكيل شرطا أو لم يخالف - فإن الدين إذا كان يمثل عرضا، لانقدا كأن يكون الوكيل اشترى سلعة يتم تسليمها مؤجلا، أو على فترات متباعدة، فإن الحكم في هذه المسألة مشابه للحكم في مسألة بيع الدين النقدي بعرض، التي تم التطرق لها سابقا^(١).

الحال الثالث: أن يمثل الصك منافع وأعيانا ونقودا وديونا، وكانت الأعيان والمنافع أغلب:

ففي هذه الحال، يصح بيع الصك؛ لكونه صار يمثل أعيانا ومنافعا - في الأغلب - وبالتالي صح بيعها، كبيع أي سلعة أخرى^(٢).

الفرع الثاني: حكم تداول صكوك الوكالة بالاستثمار التأمينية:

معنى تداول صكوك الوكالة بالاستثمار التأمينية: هو انتقال ملكية الصك، وتوابعه - ومنها وثيقة التأمين - من المالك إلى غيره، وبالتالي صيرورة المشتري مثل البائع في استحقاق التعويض التأميني.

وللوصول إلى حكم تداول هذا النوع من الصكوك، لابد من مقدمات ونتيجة:

المقدمة الأولى: أن صكوك الوكالة بالاستثمار التأمينية، فرع عن صكوك الوكالة بالاستثمار، فإذا لم يحز تداول صكوك الوكالة بالاستثمار، لم يحز تداول هذا النوع من الصكوك، من باب أولى.

(١) يرجع للتخريج الثاني من الفرع الثاني من المطلب الثاني من المبحث الثاني من الفصل الأول من الباب الثاني.

(٢) ينظر: بحث بعنوان "صكوك الاستثمار الإسلامي" د حسين حامد حسان مقدم للدورة التاسعة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي المنعقد بمدينة الشارقة بدولة الإمارات العربية المتحدة ص ٤٩.

المقدمة الثانية: يمكن أن يقال: إن صكوك الوكالة بالاستثمار التأمينية، تمثل ثلاثة أمور:

الأول: رأس المال، وهو مقدار حصيلة الصكوك.

الثاني: الأرباح، التي ترصد لتغطية التأمين.

الثالث: التغطية التأمينية، التي توفرها هذه الصكوك.

بالنظر إلى الأمرين الأول والثاني، فإنه يشترط ألا يكون النقد هو الغالب، كما تقدم،

أما بالنسبة للأمر الثالث، فهل يصح بيع التغطية التأمينية؟

يمكن تقسيم هذا السؤال إلى جزأين:

الجزء الأول: هل التغطية التأمينية، داخلة في الصك المبيع؟.

إن القسمة المنطقية للجواب على هذا السؤال، لا تخلو من احتمالين:

الأول: أنها داخلة في الصك المبيع، وبالتالي لها قيمة معتبرة، وتعليل هذا الاحتمال:

أن التأمين، معقود عليه رئيس في هذا النوع من الصكوك، وبالتالي فله قيمة معتبرة، بل

ربما مشتري الصك، لم يقبل عليه إلا ابتغاء انتقال وثيقة التأمين إليه، وبالتالي فإن التأمين

يكون داخلا في المبيع، عند بيع الصك.

يمكن الجواب على هذا التعليل بما يلي:

(١) لا نسلم أن التأمين داخل في ماهية الصك المبيع، بل هو أمر خارج عنه، ونتاج عنه،

توضيحه: أن الصك في الواقع يتكون من جزأين رئيسين، وهما رأس مال الصك

وأرباحه، وأما التأمين فإنه ينتج عن توفر الأرباح، فهو كما لو وزعت تلك الأرباح على

حملة الصكوك، ثم قامو بموجب عقد آخر، بالتعاون فيما بينهم لتحمل المخاطر التي قد

تقع على بعضهم. ويدل لذلك أن وثيقة التأمين تكون منفصلة عن نشرة إصدار الصك،

وتتجدد سنويا، مفارقة الصك في ذلك.

٢) لو سلمنا أن التأمين داخل في ماهية الصك، فإن هذا لا يعني أن له قيمة معتبرة في الصك، وذلك لأن الشيء الواحد لا يكون له قيمتين مختلفتين، في آن واحد، فكل شيء قيمة واحدة في الوقت الواحد، فلا يصح أن يقال لهذه الشاة - مثلاً - قيمتين، هما خمسة وعشرون ريالاً وثلاثون ريالاً، والتأمين إما أن يقال أن قدر قيمته مساوية لقدر قيمة الأرباح التي تغذيه، فتكون القيمة في الحقيقة ليست للتأمين بل للأرباح، وإما أن يقال بأن له قيمة مختلفة عن قيمة الأرباح، مع أنها تمثلها، فهذا يعني أن الأرباح أصبح لها قيمتين، مختلفتين في آن واحد وهذا باطل.

الثاني: أنها غير داخلية في ماهية الصك المبيع، بل هي خارجة عنه، وتعليه: هو الجواب الأول عن الاحتمال الأول.

وأرجح هذين الاحتمالين عند الباحث، أن التأمين خارج عن ماهية الصك وأنه ناتج عنه، لكن إن قلنا إنه داخل في ماهيته، فليس له قيمة مختصة به، بل هو يمثل الأرباح، لاشيئاً مستقلاً بذاته، فالتأمين، يمول بالأرباح وهي مقداره وقيمه، وبالتالي فليس له قيمة تخصه، وعلى هذا فالبيع يتم على رأس المال والأرباح، وهي الأصل المبيع.

الجزء الثاني: هل يصح بيع هذا التأمين ضمن بيع الصك؟

بناء على ماتقدم من الترجيح، أن هذه التغطية ليس لها قيمة منفصلة عن قيمة الأرباح، فإن البيع يتم على الأرباح دون التأمين. والله أعلم.

النتيجة:

أنه يصح تداول الصكوك التأمينية بشروط تداول صكوك الاستثمار العادية.

المطلب الثاني

استرداد صكوك الوكالة بالاستثمار وانتهاءها

وفيه فرعان:

الفرع الأول: استرداد صكوك الوكالة بالاستثمار:

تبين فيما تقدم^(١)، أن الاسترداد هو إعادة الصك إلى مصدره، إما أن يكون بالبيع أو بإقالة أو فسخ، وبما أن عقد الوكالة بالاستثمار، له حالان من حيث اللزوم وعدمه، وبناء عليه يكون للاسترداد ثلاثة أحوال:

الحال الأول: الاسترداد بالبيع:

وذلك بأن تقوم الجهة المصدرة لصكوك الوكالة بالاستثمار، بشراء الصكوك، من حملة الصكوك، وحكم هذا الاسترداد مبني على جواز تداول الصكوك، فإن جاز تداولها، جاز بيعها من مصدرها أو غيره، والأمر في ذلك سيان، وإن لم يجز تداولها لم يجز بيعها، للمصدر أو غيره، ويكون سعر الصك على ما يترضى عليه الطرفان.

الحال الثاني: الاسترداد بالفسخ:

وله صورتان:

الصورة الأولى: الفسخ بسبب الشرط في الوكالة بالاستثمار اللازمة:

وله قسمان:

القسم الأول: اشتراط الخيار: وقد سبق الكلام عليه، بما يغني عن إعادته هنا^(٢).

القسم الثاني: خيار فوات الشرط: وهو خيار يثبت بفوات الفعل المشروط من العاقد وفق مقتضى العقد^(٣).

(١) ينظر الفرع الأول من المطلب الأول من المبحث الخامس من الفصل الثاني من الباب الأول من هذا الكتاب.

(٢) يرجع إلى المسألة الثانية من الفرع الثاني من المطلب الأول من المبحث الخامس من الفصل الأول من الباب الأول.

(٣) بدائع الصنائع ٥/ ١٧١، شرح منتهى الإرادات ٢/ ١٦٠ - ١٦١.

سبب هذا الخيار في صكوك الوكالة بالاستثمار:

تقدم أن لحملة الصكوك، اشتراط بعض الشروط على الوكيل بالاستثمار، فإذا لم يف الوكيل بهذا الشرط، صار لحامل الصك الحق في فسخ العقد، واسترجاع مادفعه بموجب هذا الخيار.

حكم هذا الخيار:

تكاد أقوال الفقهاء من المذاهب الأربعة تتفق على أن الشرط إذا كان صحيحاً فإن للعاقدة إذا تخلف الشرط، حق فسخ العقد: «جاء في البحر الرائق: إذا شرط في المبيع ما يجوز اشتراطه فوجده بخلافه، فتارة يكون البيع فاسداً وتارة يستمر على الصحة ويثبت للمشتري الخيار وتارة يستمر صحيحاً ولا خيار للمشتري وهو ما إذا وجده خيراً مما شرطه»^(١). وجاء في التاج والإكليل ذكر أنواع الخيارات فقال: «النوع الثاني خيار النقيصة وهو ضربان: ما ثبت بفوات أمر مظنون نشأ الظن فيه من التزام شرط أو قضاء عرفي أو تغير»^(٢). فعد فوات الشرط موجبا للخيار. وجاء في مواهب الجليل: «قوله: (ورد بعدم مشروط فيه غرض) هذا شروع في الكلام على خيار النقيصة وهو ما ثبت بسبب نقص يخالف ما التزمه البائع شرطاً»^(٣). وجاء في المنشور في القواعد: «إذا انعقد البيع لم يتطرق إليه الفسخ إلا بأحد سبعة أشياء وهي خيار المجلس أو خيار الشرط أو خيار الخلف كأن شرطه البائع كاتباً فلم يكن كذلك..»^(٤). وجاء في روض الطالب بعد أن ذكر شرط الضمان والإشهاد والرهن في البيع: «فإن لم يضمن من عين للضمان كأن مات قبله، أو لم يشهد من شرط عليه الإشهاد كأن مات قبله أو لم يرهن ما شرط رهنه أو تلف الرهن أو أعتقه مالكة أو دبره، أو بان معيباً

(١) البحر الرائق ٢٦/٦، وينظر: بدائع الصنائع ١٧١/٥.

(٢) التاج والإكليل ٣٣٠/٦، وينظر شرح الخرشي ١٢٥/٥.

(٣) مواهب الجليل ٤٢٧/٤.

(٤) المنشور في القواعد ١٥٠/٢.

قبل القبض فله أي للمشروط له ذلك الخيار في فسخ البيع لفوات ما شرط له وهو على الفور لأنه خيار نقص..^(١) وفي شرح منتهى الإرادات: «ويلزم الشرط الصحيح، وإذا حصل للمشتري شرطه فلا فسخ وإلا يوف به فله الفسخ»^(٢).

الصورة الثانية: الفسخ من طرف واحد في الوكالة بالاستثمار الجائزة:

وهذه الصورة هي موجب وصف العقد بالجواز، بأن يكون لأي واحد من طرفي العقد، حق فسخه، واسترداد المصدر للصك الذي أصدره، واسترداد حامل الصك لقيمة مادفعه.

لكن يجدر التنبيه في هذا المقام على من الأولى أن ينص في نشرة الإصدار، على هذا الحق، عندما تكون صكوك الوكالة بالاستثمار جائزة، ويوضح فيها متى يحق لهم ذلك ومتى لا يحق، على التفصيل المشار إليه سابقا.

الحال الثالث: الاسترداد بالإقالة:

وهذا النوع من الاسترداد يكون في العقود اللازمة، وتقدم أن الأرجح في الإقالة أنها فسخ، وبالتالي يكون الاسترداد بالقيمة الاسمية للصك.

الفرع الثاني: انتهاء صكوك الوكالة بالاستثمار:

يمكن تقسيم صكوك الوكالة بالاستثمار من حيث انتهائها إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: الصكوك المخصصة بالاستثمار في مشروع معين:

إذا كان الاستثمار مخصص في مشروع معين، فعند اكتمال المشروع، وعندما يمضي - على تشغيله فترة محددة في الصك، توفر الربح الكافي لحامله، وتكون تلك الفترة محددة ومعلومة ومشار إليها في نشرة إصدار الصك، فينتهي الصك بانتهاء تلك المدة، يسترد فيها الموكل مادفعه من رأس المال مع أرباحه، وفي هذه الحال يجتمع وصف الاسترداد مع انتهاء الصك.

(١) روض الطالب مع شرحه أسنى المطالب ٣٣/٢.

(٢) شرح منتهى الإرادات ٢٨/٢، وينظر مطالب أولي النهي ٦٨/٣.

القسم الثاني: الصكوك غير المخصصة بالاستثمار في مشروع معين:

وهي الصكوك، التي تحمل طابع الاستثمار طويل المدى، ويتركز على استفادة حامل الصك من العوائد التي يوفرها له، الاستثمار المتغير أو المطلق في جميع أنواع التجارات، وبالتالي يأخذ هذا النوع من صكوك الوكالة بالاستثمار، مدة أطول - في الغالب - من مدة القسم الأول، وهي لا تخلو من نوعين:

النوع الأول: استثمار مطلق محدد بمدة: وهذا النوع ينتهي بانتهاء مدة الاستثمار.

النوع الثاني: استثمار مطلق التصرف والمدة: فهذا العقد من الوكالة بالاستثمار، لا يخلو إما أن يكون لازماً أو جائزاً، فإن كان لازماً بأن يكون إجارة، فلا يصح إطلاق - عدم تحديد - المدة؛ والعمل جميعاً؛ لأنه يلزم من ذلك تأييد عقد الإجارة، والإجارة من العقود المؤقتة التي لا تقبل التأييد^(١)، فإما تتأقت المنفعة بعمل معين أو بزم من معين، جاء في المدونة: فإن لم يضرب للإجارة أجلاً لم يحز ذلك؛ لأنه لا تكون الإجارة جائزة إلا أن يضرب لذلك أجلاً فإن لم يضرب للإجارة أجلاً كانت الإجارة فاسدة^(٢).

وإن كان العقد جائزاً كما في الجعالة، شرع إطلاق المدة والعمل^(٣)، لأن مقتضى - جواز العقد صحة الفسخ، بغير رضا الآخر، وهذا يمنع التأييد.

(١) ينظر: تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ٣/ ٣٢٦ ط دار الكتاب الإسلامي، شرح مختصر - خليل

للخرشي ٦/ ١٢٦ ط دار صادر، وكشاف القناع ٤/ ٦٢ ط دار الفكر.

(٢) المدونة ٣/ ٤١٦ وينظر: الهداية ٣/ ٢٣١، الفتاوى الهندية ٤/ ٤١١، المهذب ١/ ٣٩٦، ٤٠٠،

المغني ٥/ ٣٢٤، كشاف القناع ٤/ ٢، ٥.

(٣) بل اشترط الشافعية والحنابلة والمالكية - في بعض الأحوال - لصحة الجعالة، عدم تأقيتها. ينظر:

شرح مختصر خليل للخرشي ٧/ ٧٤ ط دار صادر، تحفة المحتاج بشرح المنهاج ٦/ ٣٧٠ ط دار إحياء

التراث، كشاف القناع ٤/ ٢٠٦.

القسم الثالث: صكوك الوكالة بالاستثمار التأمينية:

إن الغرض من صكوك الوكالة بالاستثمار التأمينية، هو توفير التأمين بطريقة شرعية، وهذا التأمين يزداد متانة بمرور الوقت، ويتأكد عبر زيادة التغطية بمرور الزمن، وبما أن عقد الوكالة بالاستثمار، يتطرق إليه التفصيل السابق، من جهة الجواز واللزوم، فلهذا ينبغي أن يجمع في صكوك الوكالة بالاستثمار التأمينية بين أمرين:

(١) تحديد المدة عندما يكون العقد لازماً؛ لأن العمل في هذه الحال يكون مطلقاً، في جميع التجارات.

(٢) أن تكون تلك المدة طويلة نوعاً ما؛ لأجل أن تتمكن هذه الصكوك من أداء دورها التأميني، وانتفاع حملة الصكوك بها.

وتصح الإجارة الطويلة إذا كانت معلومة المدة، جاء في المبسوط: فالمذهب عندنا أنه إذا استأجرها مدة معلومة صح الاستئجار طالت أو قصرت^(١).

وجاء في المدونة: سألت مالكا عن الرجل يكري غلامه السنين الكثيرة الخمس عشرة سنة ونحو ذلك قال: لا بأس^(٢). وجاء في المغني: لا تتقدر أكثر مدة الإجارة بل تجوز إجارة العين المدة التي تبقى فيها وإن كثرت. وهذا قول كافة أهل العلم^(٣).

(١) المبسوط ١٥/١٣٢.

(٢) المدونة ٣/٤٤٣.

(٣) المغني ٥/٢٥٣.

الفصل الرابع

الصكوك القابلة للتحويل لأسهم (Convertible suku) والصكوك القابلة للتبديل لأسهم (Exchangeble suku)

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: تعريف الشركة المساهمة والأسهم وبيان
خصائصه والفرق بين الأسهم والصكوك أو
السندات.

المبحث الثاني: تعريف الصكوك القابلة للتحويل إلى أسهم
والصكوك القابلة للتبديل بأسهم والفرق
بينهما وخصائص هذا النوع من الصكوك.

المبحث الثالث: تكييف الصكوك القابلة للتحويل إلى أسهم
والصكوك القابلة للتبديل بأسهم وحكمها
شرعا.



المبحث الأول

تعريف الشركة المساهمة والأسهم

وبيان خصائصها والفرق بين الأسهم والصكوك أو السندات

وفيه مطلبان:

المطلب الأول

تعريف الشركة المساهمة والأسهم وبيان خصائصها

وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: تعريف الشركة المساهمة:

عرفت الشركة المساهمة بعدة تعريفات منها: «أنها الشركة التي يقسم رأس مالها إلى أسهم متساوية القيمة، وقابلة للتداول دون قيود، ولا يسأل المساهم عن ديونها إلا بقدر قيمة الأسهم التي يمتلكها، وفي حدودها فقط»^(١).

وعرفت أيضا: «بأنها الشركة التي يقسم رأس مالها إلى أسهم متساوية القيمة، وقابلة للتداول، ولا يسأل الشر-كاء فيها إلا بقدر قيمة أسهمهم، ولا تُعَنون باسم أحد الشر-كاء»^(٢).

ما يؤخذ على هذين التعريفين:

(١) أنها غير جامعين؛ إذ لم يذكر فيها العمل والعامل، والشركة المساهمة مما يجتمع فيه المال والعمل.

(٢) أنها غير مانعين، إذ إن بعض الشر-كات الأخرى يمكن أن ينطبق عليها هذه التعاريف كالشركة ذات المسؤولية المحدودة، فهي مقسمة إلى أسهم (حصص) متساوية، ولا يسأل الشريك إلا عن مقدار حصته من رأس المال.

(١) الوجيز في النظام التجاري السعودي، د سعيد يحيى، ص ١٧٥.

(٢) القانون التجاري السعودي، د محمد حسن الجبر، ص ٢٨٩.

ويمكن تعريفها: بأنها شركة عقد على مال وعمل بقصد الربح، ذات رأس مال كبير^(١)، مقسم إلى أسهم متساوية القيمة، قابلة للتداول، ولا يسأل المساهم إلا بقدر أسهمه، ويتولى إدارتها وكلاء منتخبون من قبل مالكي الأسهم^(٢).

الفرع الثاني: تعريف السهم:

عرف السهم بعدة تعريفات أغلبها يدور على أحد معنيين:

المعنى الأول: أنه حق الشريك في الشركة:

وعرف السهم وفقا لهذا المعنى بأنه: حصة الشريك في الشركة، ممثلة بصك للتداول^(٣).

المعنى الثاني: الصك أو المستند المثبت لهذا الحق:

وعرف السهم وفقا لهذا المعنى بأنه: مستند يمثل جزءا من رأس المال، ويتصف مبدئيا بحصر موجب وخسارة الشريك بقيمة السهم فقط، قابلا للتداول^(٤).

كما عرف أيضا: بأنه صك يمثل حصة في رأس مال شركة مساهمة أو إحدى شركات الأموال^(٥).

ويرى الباحث أن الفرق بين المعنيين يسير؛ ذلك لأن الاسم قد يطلق ويراد به المسمى أو المدلول، وقد يراد به الدلالة على المسمى، والنتيجة واحدة في كلٍّ، إلا أن التعبير عن

(١) حدد نظام الشركات السعودي (الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٦ بتاريخ ٢٢/٣/١٣٨٥ هـ المادة

[٤٩] رأس مال الشركة المساهمة المطروحة للاكتتاب بأقل من عشرة ملايين، وفيما عدا هذه

الحالة لا يقل رأس مال الشركة عن مليوني ريال سعودي.

(٢) ينظر: المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الفقه والشرعة، ومحمد رواس قلعة جي، ص ٥٦، شركة

المساهمة في النظام السعودي، دزبن المرزوقي، ص ٢٥٩.

(٣) القانون التجاري، دعزيز العكيلي، ص ٢٨٠.

(٤) القاموس القانوني الثلاثي ص ٩٨٣.

(٥) إدارة البنوك وصناديق الاستثمار، وبورصات الأوراق المالية، ومحمد سويلم، ص ٢٦٨.

السهم بالدلالة على المسمى، أولى كونه كذلك فعليا، إذ إن حصة الشريك في الشركة - في الحقيقة - مشاعة في أعيان وديون ونقود وغيرها، وهذا ليس هو السهم ذاته بل السهم دالٌّ عليه.

ويلحظ على التعاريف بالمعنى الثاني، حصر السهم في كونه صكاً أو مستنداً، والواقع قد لا يكون هذا ولا هذا، كما لو أدرج السهم في بيانات الشركة المساهمة إلكترونياً، عن طريق الجهة المشرفة على تداول الأسهم، فيكون السهم مثبتاً إلكترونياً، في غير صك ظاهر.

لذا يمكن تعريف السهم بأنه: أداة لإثبات مقدار نصيب الشريك في شركة مساهمة، قابل للتداول.

الفرع الثالث: خصائص السهم:

يتميز السهم بعدد من الخصائص أهمها مايلي:

(١) عدم قابلية السهم للتجزئة في مواجهة الشركة: فلو افترضنا اشتراك اثنين في ملكية السهم - عن طريق إرث أو وصية ونحوها - فإن هذه الشركة غير معتبرة في مواجهة الشركة، وبالتالي يكون أحدهما هو المالك المثبت في سجلات الشركة، دون الآخر، وهذا لا ينافي صحة الشراكة في السهم.

(٢) أنها ذات قيمة متساوية في النوع الواحد منها: تتميز الأسهم في الشركة المساهمة بأنها ذات أنواع عدة، فمنها الأسهم العادية^(١)، ومنها الأسهم الممتازة^(٢)، والتي تتنوع إلى أنواع

(١) هي الأسهم التي يتكون منها رأس المال. ينظر: أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة ١١٩/١.

(٢) هي الأسهم التي لحاملها الأولوية في الحصول على الأرباح، وفي الحصول على نصيبه من ممتلكات الشركة عند التصفية قبل حملة الأسهم العادية. ينظر المرجع السابق ص ١٢١.

أيضاً، ومنها أسهم التمتع^(١)، فكل نوع من هذه الأنواع يتميز بتساوي قيمة الأسهم الداخلة فيه، فالأسهم العادية، متساوية القيمة، وهذا ينطبق على أنواع الأسهم الممتازة، وهكذا.

(٣) انحصار مسؤولية مالك السهم - تجاه الشركة - في قيمة السهم: وعليه فلا يطالب المساهم، ولا يسأل عن ديون الشركة إلا بمقدار أسهمه التي يملكها.

(٤) قابلية السهم للتداول: فهذه الخصيصة تتيح لمالك السهم، حرية التنازل عنه لغيره دون الرجوع للشركة، وبالتالي يصح أن يكون السهم ثمناً للسلع، ورهنًا، وضماناً بناءً على مايمثله السهم من أعيان وديون ونقود^(٢).

المطلب الثاني

الفرق بين الأسهم والسندات

يمكن حصر أبرز الفروق بين الأسهم والسندات فيما يلي:

- (١) من جهة العوائد: عوائد السندات، ثابتة لا تتأثر بالمركز المالي للشركة المصدرة، سواء في ذلك أرباحت أم خسرت، بخلاف السهم، فعوائده مربوطة بالأرباح الناتجة عن العمليات التجارية المختلفة، وبالتالي فأرباح السهم متغيرة، وغير ثابتة.
- (٢) من جهة استرداد القيمة: تتميز السندات بأحقية حامل السند استرداد قيمة السند، في الموعد المحدد، في نشرة الإصدار، بخلاف الأسهم إلا في بعض الأحوال، كما في أسهم التمتع.

(١) وهي الأسهم التي تعطى للشريك - بعد زوال موجودات الشركة كما لو كانت ممايتلف أو يتناقص بمرور الزمن كالمناجم - عوضاً عن أسهمه التي ردت إليه قيمتها في أثناء قيام الشركة. ينظر المرجع السابق ص ١١٨.

(٢) ينظر: القانون التجاري السعودي، د محمد الجبر ص ٢٦٠، الأسواق المالية وأحكامها الفقهية، د. محمد فرفور ١٢٨٧، الأوراق المالية وسوق رأس المال، د منير إبراهيم هندي، ص ٩.

- (٣) الأثر في إدارة نشاط الشركة: السند لا ينحول صاحبه، حق المساهمة في إدارة الشركة، أو اختيار مجلس الإدارة، بخلاف السهم.
- (٤) في حال الإفلاس: يكون لحامل السند حق الأولوية في الحصول على مستحقاته، وقيمة السند عند إفلاس الشركة، أما المساهمون فهم يتقاسمون الموجودات المتبقية بعد حصول أصحاب السندات والدائنين على حقوقهم.
- (٥) من جهة وصف المالك: حامل السند هو في الواقع دائن للشركة، بخلاف مالك السهم فهو شريك^(١).

* * * * *

(١) ينظر: أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة ١/ ٢١٠، الاستثمار بالأسهم والسندات وتحليل الأوراق المالية، محمد صالح جابر، ص ٤١.

المبحث الثاني

تعريف الصكوك القابلة للتحويل إلى أسهم والصكوك القابلة للتبديل بأسهم والفرق بينهما وخصائص هذا النوع من الصكوك

وفيه مطلبان:

المطلب الأول

تعريف الصكوك القابلة للتحويل إلى أسهم والصكوك القابلة للتبديل بأسهم والفرق بينهما

وفيه فرعان:

الفرع الأول: تعريف الصكوك القابلة للتحويل إلى أسهم والصكوك القابلة للتبديل بأسهم:

من المعلوم أن الصكوك الإسلامية، تعد البديل الشرعي للسندات التقليدية الربوية، وبالتالي فإن فكرة الصكوك القابلة للتحويل أو التبديل بأسهم مأخوذة من السندات التقليدية القابلة للتحويل أو التبديل بأسهم، وبالتالي ينطبق تعريف التحويل أو التبديل إلى أسهم على الصكوك؛ كما أن البحث هنا ليس في ذات الصك أو السند - وهو موضع الافتراق بينهما -، إنما البحث في ذلك يتركز على التحويل من ورقة مالية إلى أخرى وهو جانب فني؛ لهذا فإن الباحث يرى انطباق تعريف السندات القابلة للتحويل أو التبديل بأسهم على الصكوك القابلة لذلك، وبناء عليه فقد تضمن هذا الفرع مسألتين:

المسألة الأولى: تعريف الصكوك القابلة للتحويل إلى أسهم:

عرفت السندات القابلة للتحويل إلى أسهم بأنها:

تلك السندات التي يمكن لحاملها تحويلها إلى أسهم عادية للمنشأة المصدرة للسند، وغالبا ما تكون قابلة للاستدعاء عن طريق شرط مثبت في السند^(١).

(١) التوريق، دمنير إبراهيم هندي، ص ٣٥٦.

ووضحها بعض الباحثين بقوله إنها: سندات يتم إصدارها من بقرار من الجمعية العامة غير العادية لمساهمي الشركة، وتعطي هذه السندات لحاملها الحق في طلب تحويلها إلى أسهم، واقتضاء قيمتها إذا رغب في ذلك، وغالبا ماتعطي للمساهمين في الشركة الأولوية في الاكتتاب في هذه السندات^(١).

وفي هذا النوع من السندات ينقلب حملة السندات من دائنين للشركة إلى شركاء فيها، والتحويل هنا يستلزم زيادة رأس مال الشركة المساهمة، ولذلك يجب مراعاة القواعد المقررة لزيادة رأس المال في الشركات المساهمة حسب ما نص عليه القانون التجاري، ويتم الوفاء بالأسهم الجديدة بطريق المقاصة مع قيمة السندات^(٢).

المسألة الثانية: تعريف الصكوك القابلة للتبديل بأسهم:

عرفت السندات القابلة للتبديل بأسهم بأنها: تلك السندات التي يمكن لحاملها استبدالها بأسهم عادية لمنشأة أخرى غير تلك المصدرة للسند، وغالبا ما تكون قابلة للاستدعاء عن طريق شرط مثبت في السند^(٣).

الفرع الثاني: الفرق بين الصكوك القابلة للتحويل إلى أسهم والصكوك القابلة للتبديل بأسهم:

من خلال التعريفين السابقين يتضح الفرق الرئيس بين العمليتين: ألا وهو أن الصكوك أو السندات القابلة للتحويل إلى أسهم، يتم فيها تحويل السند إلى أسهم في نفس الشركة المصدرة للأسهم، أما الصكوك القابلة للتبديل بأسهم، فالأسهم المستبدل بها تكون في شركة أخرى غير المنشأة المصدرة للسندات.

(١) شركات المساهمة، دزيد أبو رضوان ص ١٤٩.

(٢) شركات الأموال، دمصطفى طه، ص ١٠٢-١٠٣.

(٣) المرجع السابق، ص ٣٦٠.

ومن هذا الفرق نستخلص فرقا آخر، وهو أنه في حالة الصكوك القابلة للتحويل إلى أسهم فإنه يشترط أن تكون المنشأة المصدرة للصكوك شركة مساهمة، بينما لا يشترط ذلك في الصكوك القابلة للتبديل بأسهم.

يذكر بعض الباحثين فرقا آخر، وهو ظاهر في السندات أكثر منه في الصكوك: ألا وهو أن الضريبة على السندات القابلة للتحويل إلى أسهم أقل منها في حالة التبديل، وذلك لأن السندات المستبدلة تخضع للضريبة بمجرد الاستبدال، بخلاف السندات المحولة، فلا تخضع للضريبة إلا بعد بيع السهم المحول إليه^(١).

المطلب الثاني

خصائص وضوابط هذا النوع من الصكوك

وفيه فرعان:

الفرع الأول: خصائص هذا النوع من الصكوك:

تتميز هذه الصكوك بعدة خصائص منها:

- (١) تعد من الأوراق المالية المضعفة أو المخفضة؛ لأنها تؤدي عند تحويلها لأسهم عادية إلى ضعف أو تخفيض العائد على الأسهم العادية.
- (٢) تعد من الأوراق المالية المختلطة أو المهجنة؛ لأنها تحمل مزايا نوعين من الأوراق المالية في وقت واحد.

(٣) أن التحويل أو التبديل إلى أسهم لا يتم إلا بعد أن يتأكد المستثمر أن امتلاكه لسهم الشركة أصبح أمرا مرغوبا فيه؛ لكونه يدر عليه ربحا، وذلك في حال ارتفاع القيمة السوقية للسهم.

(١) شركات الأموال، د. مصطفى طه، ص ٣٦١.

٤) في السندات القابلة للتحويل أو التبديل، غالباً ما يكون معدل الكوبون أقل من مثيلاته من السندات الأخرى^(١)، لكن هل يفترض تطبيق هذه الخصيصة، على الصكوك الإسلامية التي يتوقع أن تكون أرباحها أقل من المعهود؟ فتقلل نسبة الأرباح المتوقعة فيها.

يرى الباحث أن ذلك غير لازم - وإن كان ذلك دافعا للشركات إلى إصدار مثل هذا النوع من الصكوك - وذلك للاختلاف الجوهرى بين الصكوك الإسلامية و السندات الربوية، فالأرباح في الصكوك غير مضمونة، كما أنها لا تمثل قروضا بخلاف السندات.

٥) أن الحامل والدافع للشركات المساهمة إلى إصدار مثل هذه السندات، هو تخفيف تكلفة التمويل المباشر، المبني على الاقتراض من البنوك هذا من جهة، ومن جهة أخرى: قد يقال: إنه هذه الصكوك تستلزم موافقة الجمعية العامة العادية للشركة على زيادة رأس المال، القاضي بزيادة عدد الأسهم، وذلك لإعطاء الخيار لحامل السند، عند رفع رأس المال، بالتحويل إلى أسهم أو البقاء على الصك، فلماذا لا يتم رفع رأس المال بزيادة عدد الأسهم، وبالتالي الحصول على التمويل المطلوب؟. ولماذا يتم اللجوء إلى هذه الطريقة المعقدة؟.

الجواب: أن السبب الحقيقي الدافع لإصدار هذه السندات، هو أن الشركة ترغب في تمويل بحجم معين، لكن لا يتوفر لدى المستثمرين الثقة الكاملة بأسهم الشركة؛ إما لكونها مازالت ناشئة، أو غير مشتهرة - كالتى لم تطرح في سوق البورصة للتداول - أو تمر بصعوبات مالية، فيحملها ذلك على إصدار مثل هذا النوع من السندات، لتشجيع المستثمرين على الاقبال عليها.

(١) ينظر: التوريق، د منير إبراهيم هندي، ص ٣٥٦، وللمؤلف نفسه: الأوراق المالية وأسواق المال ص ٣٧.

والدافع للاكتتاب في هذه السندات: هو وجود الخيارات لدى المستثمر، سواء أكان بالاحتفاظ بالسند كأداة استثمارية، أم بالرغبة في الحصول على أسهم في هذه الشركة، بسعر جيد، لاسيما إن كانت معرضة للارتفاع.

ولتوضيح ذلك فإنه عندما تكون الشركة التي ستحول سنداتنا إلى أسهم، مؤهلة لارتفاع قيمة أسهمها السوقية، فتصدر سندات بقيمة اسمية للسند تساوي (١٠٠٠) عملة وأنه يمكن تحويله إلى خمسة أسهم، فيكون معدل التحويل خمسة أسهم لكل سند، بسعر تحويل يساوي ٢٠٠ (عملة) أي أن السهم الواحد بالنسبة للسند الواحد يساوي ٢٠٠ (عملة)، فإذا ارتفعت قيمة السهم لتصل إلى ٢١٠ (عملة) وأراد حامل السند تحويل السند إلى أسهم فإنه يحصل على خمسة أسهم تساوي عند بيعها ١٠٥٠ (عملة) فيكون مبلغ ٥٠ (عملة)، هو ربح حامل السند. وهذه الدوافع سواء أكانت بالنسبة للمستثمرين أم للشركة المصدرة، لا مانع أن تكون موجودة في الصكوك الإسلامية، لكن ثمة فرق أيضا بين السند والصك القابل للتحويل إلى أسهم في الدوافع:

وهو أن السند القابل للتحويل فيه إعطاء الخيار لحامل السند، بين أن يبقى على سنده الذي يمثل قرضا بفائده - وإن كانت أقل من مثيلاتها - وبالتالي استرجاع رأس ماله مع إضافة الزيادة الربوية، أو الحصول على أسهم في تلك الشركة المصدرة؛ ولهذا فإن نسبة المخاطرة في حالة السندات الربوية أقل من مثيلاتها الإسلامية، فالصك يمثل عملية تجارية، معرضة للربح والخسارة، بخلاف القرض الملزم للسداد مع فوائده الربوية.

٦) غالبا ما تنقسم السندات الربوية، القابلة للتحويل أو الاستبدال، بأنها تتضمن خاصية (شرط) الاستدعاء^(١)، وذلك بهدف إجبار حامل السند على التحويل، ولا يتم

(١) سبق تعريفها في القسم الثاني من الفرع الأول من المطلب الأول من المبحث الرابع من الفصل الأول من الباب الثاني.

التلويح بهذا الحق، إلا عندما تكون قيمة التحويل قريبة من القيمة الاسمية للسند، لأن أي ارتفاع في قيمة التحويل بعد نقطة التعادل، يعني مزيداً من انتقال الثروة من الملاك القدامى للأسهم، إلى الملاك الجدد؛ لأنهم حصلوا على أسهم بقيمة تفوق القيمة الاسمية للسند، فهذه الأوراق تحمل الشركة على زيادة رأس المال لأجل عدد الأسهم، من غير أن يحصل عليها أحد من الملاك القدامى، وبالتالي ينقص نصيبهم من جملة أموال الشركة، فلو أن أحد الملاك القدامى يملك ١٠٠,٠٠٠ سهم تمثل نسبة ١٠٪، فبعد إصدار الصكوك القابلة للتحويل إلى أسهم، وبعد التحويل إلى أسهم، فإن أسهم الشركة تزداد، ولكن الملاك القدامى يبقون على نفس العدد من الأسهم، وبالتالي فإن صاحب ١٠٠,٠٠٠ سهم يبقى على نفس العدد، لكن هذه الأسهم أصبحت تساوي ٥٪، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن تلك الزيادة تؤدي إلى انخفاض معدل الربحية على السهم بالنسبة للملاك القدامى، فبدل أن يقسم الربح على عشرة ملايين سهم، أصبح يقسم على مليوني سهم، وهذا ظاهر.

(٧) أن تكلفة الأوراق المالية القابلة للتحويل أو التبديل بالنسبة للمنشأة المصدرة أقل من مثيلاتها من الأوراق المالية الأخرى.

(٨) أن الأوراق المالية القابلة للتحويل أو التبديل عادة ماتباع - عندما تطرح للتداول - بسعر أعلى من مثيلاتها من الأوراق التي لاتعطي لحاملها هذا الحق.

(٩) من أهم مزايا هذه الأوراق المالية، أنها تؤدي إلى التخفيف من التأثير السلبي على كل من الربحية والقيمة السوقية للسهم العادي، والذي كان يمكن أن يحدث لو أن المنشأة أصدرت أسهماً عادية من البداية^(١).

(١) ينظر: التوريق، د منير إبراهيم هندي، ص ٣٥٧، وللمؤلف نفسه: الأوراق المالية وأسواق المال ص ٣٧.

الفرع الثاني: ضوابط إصدار هذا النوع من الصكوك:

والمقصود بها هو الضوابط الفنية الخاصة، التي تتضمنها هيكله الصك أو السند عند الإصدار، وأبرز هذه الضوابط مايلي:

(١) بيان قيمة التحويل أو التبديل: وهي القيمة السوقية للسهم مضروبة في معدل التحويل، وهي قيمة متغيرة تبعا لتغير القيمة السوقية للسهم، وبالتالي يتم التنصيص على آلية استخراج هذه القيمة، كما ذكر بعالية.

وبيان هذه القيمة، يعطي المنشأة وحامل الصك على حد سواء، المؤشر اللازم لطلب التحويل أو الاحتفاظ بالورقة المالية.

(٢) بيان معدل التحويل أو التبديل: وهو عدد الأسهم المخصصة لكل سند.

(٣) تحديد سعر التحويل أو التبديل: وهو القيمة الاسمية للسند مقسوما على معدل التحويل، وبه يتم تسعير السهم عند تحويله.

(٤) في السندات التقليدية يتم اشتراط الاستدعاء، بسعر معين يوضح في الصك.

(٥) لا تقوم المنشأة باستخدام شرط الاستدعاء إلا إذا كانت قيمة التحويل أعلى من سعر الاستدعاء.

(٦) غالبا ما يتم تحديد تاريخ معين لا يتم التحويل أو التبديل إلا بعده.

(٧) غالبا ما تكون القيمة السوقية للورقة القابلة للتحويل - إذا كانت جائزة التداول - أعلى من قيمة التحويل وقت الإصدار، وإلا قام حامل الورقة بتحويلها بمجرد شرائها، وهذا يفقد هذه الأوراق ميزتها، إذ تصبح كأنها إصدار أسهم عادية جديدة.

(٨) إعطاء حامل الورقة القابلة للتحويل، حق الاختيار بين الإبقاء على الورقة بالصفة التي صدرت بها، أو تحويلها إلى أسهم بمجرد قبول الاكتتاب فيها^(١).

(١) ينظر: المراجع السابقة.

المبحث الثالث

تكييف الصكوك القابلة للتحويل إلى أسهم والصكوك القابلة للتبديل بأسهم وحكمها شرعا

مما يجدر التنبيه إليه في هذا المقام، أن تكييف الصكوك القابلة للتحويل إلى أسهم والصكوك القابلة للتبديل بأسهم، يكون عبر ثلاثة أمور:

الأول: تكييف الصك الذي سيتم تحويله، أو الاستبدال به.

الثاني: تكييف الجمع بين الصك، وعقد التحويل أو الاستبدال.

الثالث: تكييف ذات التحويل أو الاستبدال.

و الدخول في الأمرين الأولين، سيخرج البحث عن مراده؛ وذلك لأن الصكوك أنواع عدة، لها تكييفات مختلفة، متغيرة، وهي بحد ذاتها عقود قائمة بنفسها، لها شروط لا بد لها منها، وشروط فيها يصح أو لا يصح اشتراطها، والشروع في بيان ذلك كله، استطراد يحمل على تشعب الموضوع؛ بما لاتسعه أوراق هذا البحث؛ لذا فإن الباحث سيقصر في تكييف الصكوك القابلة للتحويل أو الاستبدال بأسهم، على تكييفها من حيث هي، وهو تكييف الأمر الثالث دون الدخول في تشعبات أنواع الصكوك وتكييف تحويل كل صك؛ لأن ذلك سيخرج عن المقصود.

ولما سبق فإن هذا المبحث يتضمن ثلاثة مطالب:

المطلب الأول

تكييف التحويل أو الاستبدال بأسهم في الصكوك القابلة لذلك، وحكمها شرعا

وفيه فرعان:

الفرع الأول: تكييف التحويل أو الاستبدال بأسهم في الصكوك القابلة لذلك:

سيقصر الباحث على تكييف التحويل أو الاستبدال في هذه الصكوك - كما تقدم -

وبناء على ذلك فإن تكييف هذا التحويل ينبي على مقدمتين ونتيجة:

المقدمة الأولى: تقدم أن الصك له قيمة مالية، ويستمد ماليته من الأشياء التي يمثلها، إن كانت من الأعيان أو المنافع أو النقود أو الديون، والسهم كذلك فهو يمثل جزءاً من رأس المال، كما تقدم في تعريفه، وبناء عليه فالصك مال، والسهم مال^(١).

المقدمة الثانية: أن الفقهاء عرفوا البيع بعدة تعريفات، كلها تشترك في معنى: «أن البيع فيه مبادلة أو معاوضة مال بمال آخر».

فعرفه الأحناف بأنه: «مبادلة مال بمال بالتراضي وأضاف بعضهم: بقصد الاكتساب»^(٢).

وعرفه المالكية بأنه: «عقد معاوضة على غير منافع ولا متعة لذة، وذلك للاحتراز عن مثل الإجارة والنكاح، ويشمل هبة الثواب والصرف والسلم»^(٣).

وعرفه الشافعية بأنه: «عقد معاوضة مالية تفيد ملك عين أو منفعة على التأيد لا على وجه القرية. وخرج بالمعاوضة نحو الهدية، وبالمالية نحو النكاح، وبإفادة ملك العين الإجارة، وبالتأيد الإجارة أيضاً، وبغير وجه القرية القرض»^(٤).

وعرفه الحنابلة بأنه: «مبادلة مال - ولو في الذمة - أو منفعة مباحة (كممر الدار مثلاً)

(١) ينظر: الأسهم والسندات وأحكامها، د محمد الخليل ص ٢٥٩، ٢٣١، ٢٦٢، ٣١٨.

(٢) ينظر: فتح القدير ٥/ ٤٥٥، درر الحكام في شرح غرر الأحكام ٢/ ١٤٢ ط دار إحياء الكتب العربية.

(٣) ينظر: مواهب الجليل بشرح مختصر خليل ٤/ ٢٢٥ ط دار الفكر.

(٤) ينظر: أسنى المطالب شرح روض الطالب ٢/ ٢ ط دار الكتاب الإسلامي، حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح المحلي ٢/ ١٥٢ ط عيسى الحلبي.

بمثل أحدهما على التأييد غير ربا وقرض»، وعرفه بعضهم بأنه: «مبادلة المال بالمال تمليكاً وتملكاً»^(١).

إذا تبين هذا، فقد اشترط الفقهاء من المذاهب الأربعة في المعقود عليه (الثلث والمثلثان) في البيع: أن يكون مالاً^(٢).

النتيجة:

أنه إذا وقعت عملية التحويل أو الاستبدال، فإنه يتم مبادلة الصك - وهو من جملة الأموال كما تقدم - بالسهم وهو عرض مالي أيضاً، وبناء عليه، يصدق على هذه العملية: أنها عقد من عقود البيع، فإن كانت الورقتان الماليتان (الصك والسهم) تمثلان نقوداً، فهي من قبيل الصرف، ويشترط فيهما ما يشترط في الصرف، وإن كانت إحداهما تمثل نقوداً والأخرى عرضاً، فهو بيع عادي، وكذا إن كانتا تمثلان عرضين غير ربويين، لا يتفقان في الجنس أو النوع، صح بيعهما على ذلك، وإن كانتا تمثلان عرضين ربويين، اشترط فيهما ما يشترط في بيع الربويات.

الفرع الثاني: حكم التحويل أو الاستبدال بأسهم في الصكوك القابلة لذلك:

بالنظر إلى التحويل أو الاستبدال كعملية مجردة، خالية من الشروط، فهي عقد بيع جائز، هذا من ناحية الأصل، بغض النظر عن العلاقات الطارئة، أو المرتبطة، التي يحتاج بيان حكم تلك العلاقات، إلى بحثها استقلالاً، وقد سبق استثناء ذلك.

(١) ينظر: المغني والشرح الكبير ٢/٤، وكشاف القناع ١٤٦/٣.

(٢) ينظر: حاشية ابن عابدين ١٠٠/٤، بدائع الصنائع ١٤٩/٥، حاشية الدسوقي ١٠/٣، حاشية القليوبي ٥٧/٢، شرح منتهى الإرادات ١٤٢/٢.

المطلب الثاني

تكييف خيار الاستبدال أو التحويل في الصكوك القابلة لذلك،
وحكمه شرعا

وفيه فرعان:

الفرع الأول: تكييف خياراً وحق الاستبدال أو التحويل في الصكوك
القابلة لذلك:

تعطي الصكوك القابلة للتحويل أو الاستبدال، لحامل الصك الحق الخيار في تحويل الصك أو استبداله بأسهم، بعد تاريخ معين، وهذا الحق بإمكان حامل الصك استخدامه متى ما شاء - بعد ذلك التاريخ - وهو ملزم للمصدر، مثبت في نشرة الإصدار التي تمثل الإيجاب والقبول في عقد الصكوك؛ مما يجعل هذا الحق يأخذ أحكام الشروط في العقود.

وبناء على أن التحويل أو الاستبدال يكيف على أنه بيع، فإن هذا الشرط يعد شرط عقد بيع (عقد معاوضة) في عقد معاوضة (وهو الصك).

الفرع الثاني: حكم خيار الاستبدال أو التحويل في الصكوك القابلة
لذلك:

تقدم الإشارة إلى حكم اشتراط عقد معاوضة في عقد معاوضة وبيان تفصيل ذلك وضوابطه^(١).

ثم إن هذا الشرط تحديداً يمكن تخريجه على مسألة: من باع جارية وشرط على المشتري إذا أراد بيعها، أن يبيعها على البائع بالثمن الذي أخذها به منه، وهذه المسألة فيها ثلاثة أقوال:

(١) يرجع إلى: المسألة الثانية من الفرع الثاني من المطلب الثالث من المبحث الثالث من التمهيد من هذا الكتاب.

القول الأول: أن الشرط فاسد مفسد للبيع وهو قول الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، ورواية عن أحمد.

القول الثاني: أن الشرط فاسد والبيع صحيح، وهو احتمال في مذهب الحنابلة^(٤).

والقول الثالث: أن الشرط صحيح والبيع صحيح وهو رواية عن أحمد^(٥).

أدلة الأقوال:

أدلة القول الأول:

(١) حديث النبي ﷺ: (لا شرطان في بيع)^(٦) يعني أنه فاسد. لأنه شرط أن يبيعه إياه

وأن يعطيه إياه بالثمن الأول. فهما شرطان في بيع نهي عنهما.

(٢) ولأنه ينافي مقتضى العقد. لأنه شرط أن لا يبيعه لغيره إذا أعطاه ثمنه. فهو كما لو

شرط أن لا يبيعه إلا من فلان، أو أن لا يبيعه أصلاً.

دليل القول الثاني:

واستدل للقول الثاني: بالقياس على ما لو اشتراها بشرط أن لا يبيعهها، فيفسد الشرط

ويصح البيع^(٧). وقد سبق الجواب عن هذه الأدلة بما يغني عن إعادته هنا^(٨).

(١) ينظر: فتح القدير ٥/٢١٥-٢١٨، رد المحتار على الدر المختار ٤/١٢٦ ط ٣ الأيرية.

(٢) ينظر: الموطأ مع شرحه المنتقى ٤/٢١٠، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣/٦٦ ط دارالفكر.

(٣) المجموع ٩/٤٥٢، نهاية المحتاج ٣/٥٩، مغني المحتاج ٢/٣١.

(٤) ينظر الرواية والاحتمال في: المغني ٤/٨٣.

(٥) المرجع السابق.

(٦) سبق تخريجه.

(٧) ينظر: المجموع ٩/٤٥٢، المغني ٤/٨٣.

(٨) في المسألة الثانية من الفرع الثاني من المطلب الثالث من المبحث الثالث من التمهيد من هذا الكتاب.

دليل القول الثالث:

بأن هذا مروي عن ثلاثة من الصحابة، عمر وابن مسعود^(١) وزوجته زينب^(٢). ورجح هذا القول شيخ الإسلام ابن تيمية وابن القيم رحمهما الله واحتجا له. قال ابن تيمية: «سئل الإمام أحمد رحمته الله عن رجل اشترى من رجل جارية فقال له: إذا أردت بيعها فأنا أحق بها بالثمن الذي تأخذها به مني قال: لا بأس به ولكن لا يطؤها ولا يقر بها وله فيها شرط؛ لأن ابن مسعود رضي الله عنه اشترى جارية من امرأته وشرط لها إن باعها فهي لها بالثمن الذي اشتراها فسأل ابن مسعود عن ذلك عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال: (لا ينكحها وفيها شرط)^(٣)، والشرط الواحد في البيع جائز إلا أن عمر كره لابن مسعود أن

(١) هو عبد الله بن مسعود بن غافل بن حبيب الهذلي، أبو عبد الرحمن من أهل مكة. من أكابر الصحابة فضلا وعقلا. ومن السابقين إلى الإسلام. هاجر إلى أرض الحبشة الهجرتين. شهد بدرًا وأحدًا والخندق والمشاهد كلها مع رسول الله ﷺ. كان ملازمًا لرسول الله ﷺ وكان أقرب الناس إليه هديًا ودلا وسميًا. أخذ من فيه سبعين سورة لا ينازعه فيها أحد. بعثه عمر إلى أهل الكوفة ليعلمهم أمور دينهم. له في الصحيحين ٨٤٨ حديثًا. ينظر: الطبقات لابن سعد ٣/١٠٦، والإصابة ٣٦٨/٢، والأعلام ٤/٤٨٠.

(٢) هي زَيْنَبُ بِنْتُ مُعَاوِيَةَ وَقِيلَ: بِنْتُ أَبِي مُعَاوِيَةَ، وَقِيلَ: بِنْتُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مُعَاوِيَةَ بْنِ عَتَابِ بْنِ بِنِ الْأَسود بن غاضرة بن خطيط بن قسي، وهو ثقيف، وهي امرأة عبد الله بن مسعود، وقيل اسمها رائطة، روت عن: النبي ﷺ، وعن زوجها عبد الله بن مسعود، وعمر بن الخطاب. ينظر: أسد الغابة في معرفة الصحابة ٥/٣٠١، تهذيب الكمال ٢٢/٣٤٠.

(٣) أخرجه مالك في الموطأ في باب ما يفعل بالوليدة إذا بيعت والشرط فيها، من كتاب البيوع، ينظر الموطأ مع شرحه المنتقى ٤/٢١٠، كما أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، باب الشرط الذي يفسد البيع من كتاب البيع برقم (١٠٨٨٤)، بإسناد واحد، عَنْ مَالِكٍ، عَنْ ابْنِ شَهَابٍ، عَنْ عُبَيْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ ابْنِ عُتْبَةَ بْنِ مَسْعُودٍ، أَخْبَرَهُ، أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ مَسْعُودٍ... والخبر مرسل لأن عبيد الله بن عبد الله لم يلق عم أبيه عبد الله بن مسعود. ينظر: تهذيب التهذيب ٤/٧١.

يطأها ؛ لأنه شرط لامرأته الذي شرط فكره عمر أن يطأها وفيها شرط^(١). وقال ابن القيم رحمته الله في معرض استدلاله على صحة جنس هذه الشروط: «واشترى عبد الله بن مسعود جارية من امرأته وشرطت عليه أنه إن باعها فهي لها بالثمن أوفي ذلك اتفاقهما على صحة البيع والشرط ذكره الإمام أحمد وأفتى به»^(٢).

الترجيح:

بالنظر إلى الأقوال في المسألة، وإن كان القول الأول أقوى من جهة كثرة قائله، إلا أن القول الثالث، له حظ من النظر، خاصة أنه قول اثنين من أكابر فقهاء الصحابة، وهما عمر وابن مسعود رضي الله عنهما، ولم يعلم مخالف لهما، كما أن له حظ من النظر، كون المقصود من العقد متحقق، لكلا الطرفين، ولم يخالف ذلك حكماً شرعياً ثابتاً بنص أو إجماع، وليس فيه ما يكون وسيلة لأمر محرم، فكان جائزاً مراعاة لمصالح العباد، ولأن الأصل في الشروط والعقود الحل^(٣).

وجه التخريج على هذه المسألة:

أن في كلا المسألتين شرط بالبيع للبائع في عقد معاوضة، فالصك قد اشترط المشتري أن له حق تحويل أو تبديل (بيع) صكه بأسهم، كشرط بائع الجارية إذا أراد المشتري بيعها، أن يبيعها له بمثل الثمن الأول.

بل إن الجواز في مسألة البحث أولى من مسألة بيع الجارية لسببين:

(١) أن بيع الجارية أعظم خطراً لتعلقه بباب الفروج، وهي أشد أبواب المعاملات^(٤).

(١) الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٤/ ٨٠-٨١.

(٢) إعلام الموقعين ٣/ ٣٠٢.

(٣) ينظر: الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٤/ ٧٩-٨٠.

(٤) ينظر: في الفرق بين قاعدة البيع وقاعدة النكاح في الفروق للقرافي ٣/ ١٤٣.

(٢) أن البائع اشترط إعادتها له بالثمن الذي أخذها به المشتري - إذا أراد بيعها - والعوض في مسألة الصكوك ليس نقدا بل عرضا، وهو أبعد من الاشتباه بالربا.

المطلب الثالث

**تكييف خيار الاستدعاء في الصكوك القابلة للتحويل
إلى أسهم والصكوك القابلة للتبديل بأسهم وحكمها شرعا**

وفيه فرعان:

الفرع الأول: تكييف خيار الاستدعاء في الصكوك القابلة للتحويل إلى أسهم والصكوك القابلة للتبديل بأسهم:

تقدم معنى خيار الاستدعاء وهو: أن تتضمن نشرة الاكتتاب اشتراط الجهة المصدرة حق الاستدعاء، الذي يعطيها الحق في استدعاء الصك، بعد تاريخ معين، بسعر محدد في نشرة الإصدار، وللمستثمر الخيار عند ذلك، بإعادة السند واسترداد القيمة الاسمية للصك، أو يقبل التحويل إلى أسهم معتمدا فيه على معدل التحويل. وهذا كما يظهر منه يعد شرطا من الجهة المصدرة على المكتتب، وهو في هذه الصكوك شرط يتكون من جزأين:

الأول: إلزام المشتري ببيع الصك للبائع، بأسهم محددة حسب معدل التحويل، أو بيعه بالقيمة الاسمية أو أعلى منها.

الثاني: كون هذا الإلزام في الوقت الذي يحدده المصدر للصك.

وبناء عليه، فإنه يكيف الجزء الأول بأنه: يعد من قبيل اشتراط عقد معاوضة (البيع) في عقد معاوضة وهو العقد الذي يمثله الصك المحول أو المستبدل به. ويكيف الجزء الثاني بأنه من قبيل اشتراط توقيت (التحديد بمدة) العقد المحوّل الذي هو الصك القابل لذلك.

الصكوك القابلة للتحويل لأسهم والصكوك القابلة للتبديل لأسهم
الفرع الثاني: حكم خيار الاستدعاء في الصكوك القابلة للتحويل إلى أسهم
والصكوك القابلة للتبديل بأسهم:

حكم خيار الاستدعاء يستلزم بيان الحكم لأربعة أوصاف مقترنة بهذا الخيار:
 (١) اشتراط عقد البيع: وهو من قبيل اشتراط عقد معاوضة في عقد معاوضة، وتقدم بيان جوازه مفصلاً.

(٢) ماهية الصك (العقد) المحول: وهذا يختلف باختلاف أنواع الصكوك المصدرة، فمنها صكوك بيع مرابحة، ومنها صكوك إجارة، ومنها صكوك شراكة... لكن مربنا أن التأقيت لا يؤثر في الشراكة، لكنه يبطل عقد البيع.

(٣) تأقيت الصك المحول: فالتأقيت يؤثر في العقود، فبعضها يكون لازماً فيها، كعقد الإجارة، وبعضها يكون مبطلاً لها كعقد البيع، وبعضها يترجح فيها كعقد الشراكة.

(٤) اجتماع هذه الأمور الثلاثة: باجتماع هذه الأمور الثلاثة ينتج حكم خيار الاستدعاء في الصكوك القابلة للتحويل أو الاستبدال.

وبما أن أهم هذه الأوصاف هو العقد الرئيس الذي انبنى عليه باقيها، ألا وهو عقد الصكوك القابلة للتحويل أو الاستبدال، وهي غير محددة في هذا البحث، وتنوع إلى أنواع كثيرة كما تقدم؛ لهذا فإن حكم هذا الخيار التفصيلي يختلف باختلاف نوع الصك، لكن بالإمكان الاعتبار بهذه الأوصاف عند بحث إصدار صك معين قابل للتحويل، بحيث تكون ضابطاً للوصول إلى حكم المسألة.

الباب الثالث

صكوك العقود

في المجال الصناعي والزراعي

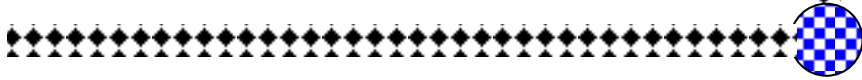
وفيه تمهيد وثلاثة فصول:

التمهيد: في بيان أهمية التمويل والاستثمار في
المجالين الصناعي والزراعي.

الفصل الأول: التمويل والاستثمار بصكوك عقد
السلم.

الفصل الثاني: التمويل والاستثمار بصكوك عقد
المساقاة.

الفصل الثالث: التمويل والاستثمار بصكوك عقد
المزارعة.



التمهيد في بيان أهمية التمويل والاستثمار

في المجالين الصناعي والزراعي

تتمثل أهمية التمويل والاستثمار في المجالين الصناعي والزراعي من خلال أهمية هذين المجالين في دعم الاقتصاد الكلي للمنطقة الجغرافية الخاضعة لها، وبناء عليه يمكن تلخيص أهمية هذين المجالين فيما يلي:

- (١) الزراعة هي من مصادر الملكية الخاصة وقد رغب الشرع فيها كما في قوله تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي جَعَلَ لَكُمُ الْأَرْضَ ذُلُولًا فَامْشُوا فِي مَنَاكِبِهَا وَكُلُوا مِن رِّزْقِهِ ۚ وَإِلَيْهِ النُّشُورُ﴾^(١). ولحديث النبي ﷺ: (ما من مسلم يغرس غرساً أو يزرع زرعاً فيأكل منه طير أو إنسان أو بهيمة إلا كان له به صدقة)^(٢). ولحديث النبي ﷺ: (إن قامت الساعة وفي يد أحدكم فسيلة فليغرسها)^(٣). جاء في فتح الباري: «أصول المكاسب الزراعة والتجارة... إلى أن قال: والأرجح عندي أن أطيها الزراعة؛ لعموم نفعها وتحقيقها التوكل على الله»^(٤).
- (٢) الاعتماد على الكفاءات الوطنية وحفظ رأس المال الوطني من التهرب إلى الاستثمارات الخارجية وإنقاذ أكبر عدد من الناس من الوقوع في العوز والحاجة، من خلال الاستفادة من العناصر المحلية الموجودة والموارد المتاحة في بيئتهم.

(١) سورة الملك، الآية [١٥].

(٢) رواه البخاري في كتاب الحرث والمزراعة، باب فضل الزرع والغرس إذا أكل منه، برقم (٢٢٨٣)، ومسلم في كتاب المساقاة والمغارسة، باب فضل الغرس والزرع برقم (٣٩٢٢).

(٣) رواه أحمد في مسند أنس بن مالك برقم (١٢٦٨٩)، و البخاري في الأدب المفرد في باب اصطناع المال ١/ ١٤٥، ووثق رواه الهيثمي في مجمع الزوائد، في كتاب البيوع، باب الكسب والتجارة برقم (٦٢٣٦).

(٤) فتح الباري ٤/ ٣٠٤.

(٣) إثراء التعاون الدولي عن طريق الأفراد، والمؤسسات غير الحكومية، وذلك بتعبئة الأفراد للعمل على تنمية البلاد زراعياً وصناعياً، وإشعارهم بدورهم المهم في عمارة الأرض. وفي ذلك مصالح عظيمة للفرد والمجتمع.

(٤) أن تطور هذين المجالين، كفيل بتقليل التبعية الاقتصادية، التي تكلف المنطقة الجغرافية التي يقل فيها التصنيع والزراعة أموالاً طائلة.

(٥) زيادة الاعتماد على التعليم والتدريب للشباب، وهو السر في تفوق كثير من الشعوب اقتصادياً. ففي اليابان الشركات والمصانع لا تسرح الموظفين نتيجة تقليص الإنتاج وإغلاق بعض خطوطه، ولكنها تعيد تأهيلهم في فروع إنتاج جديدة، وقد فعلت ذلك الحكومة الفرنسية السابقة عندما عينت وزيراً للوقت الضائع لاستثمار الوقت بما يعود على الفرد و البلاد بالنفع والفائدة.

(٦) الحد من الهدر المالي الناتج عن شيوع ثقافة الاستهلاك: فزيادة عدد المشاريع الاقتصادية (الصناعية أو الزراعية) الناجحة تدفع برؤوس الأموال للخروج إلى الأسواق وعدم تكدس هذه الأرصدة لدى الناس مما يدفعهم لاستخدامها في مظاهر عديدة للترف والبذخ^(١).

(٧) أن تطور ورقي ورفاهية أي شعب من شعوب العالم، ونموه اقتصادياً، يقوم على مقدار الناتج المحلي^(٢)، فإن كان ذلك الناتج كبيراً، ارتفع معدل غنى تلك الشعوب،

(١) ينظر: بحث النظام الاقتصادي في الإسلام د/ مسفر بن علي القحطاني ١٧-٢٣ المدخل إلى التنمية المتكاملة لبيكار ص ٣٧٥-٣٧٧، الاقتصاد الإسلامي للطريقي ص ١٠٢-١٠٩.

(٢) الناتج المحلي الإجمالي (GDP) هو أحد الطرق لقياس حجم الاقتصاد، فالناتج المحلي الإجمالي يحسب قيمة السلع والخدمات المنتجة من الموارد الموجودة محلياً، في منطقة ما، خلال فترة زمنية معينة. ينظر موقع الموسوعة الحرة: <http://ar.wikipedia.org/wiki>.

واستغنائها عن القروض أو التبرعات، التي تفرض عليها التبعية السياسية والاقتصادية، والعكس صحيح. وعليه فإن أكبر ما يساهم في نمو الناتج المحلي، - بلاشك - هما الصناعة والزراعة بكافة مجالاتها، فكلما احتاج الآخرون إلى إنتاجك، كلما زادت تجارتك وأرباحك، وساهم في رقي تلك الأمة، بل إن الصناعة والزراعة، تساهم في زيادة القوة وتعزيز الأمن بكافة أنواعه، الغذائي والحسي، ونحوها...؛ ولهذا تجد القوة الاقتصادية والسياسية تتناسب طردا مع الانتاج الصناعي والزراعي، وهذا أمر مشاهد، والواقع أظهر دليل.

وخلاصة الأمر، أن الصناعة والزراعة هما معيار التقدم والبنى والرقى لأي أمة، فبين الصناعة والزراعة وبين البنى ورفاهية المجتمع؛ تناسب طردي، فكلما زاد الناتج الصناعي والزراعي، كلما تحسن الوضع الاقتصادي الكلي لتلك المنطقة.

الفصل الأول

التمويل والاستثمار

بصكوك عقد السلم

وفيه تمهيد ومبحثان:

التمهيد في بيان علاقة عقد السلم بالمجال الصناعي وتعريف
عقد السلم والصكوك فيه ومشروعيته وشروطه.
المبحث الأول: إصدار وتداول صكوك السلم واستردادها.
المبحث الثاني: دراسة تطبيقية لصكوك السلم.



التمهيد

في بيان علاقة عقد السلم بالمجال الصناعي وتعريف عقد السلم والصكوك فيه ومشروعيته وشروطه وتحتة خمسة مطالب:

المطلب الأول

علاقة عقد السلم بالمجال الصناعي

تظهر هذه العلاقة، في أن عقد السلم هو بيع، لكن مع تعجيل الثمن وتأجيل المثلثن، أو السلعة - كما سيأتي في تعريفه - وبناء عليه فإنه يمكن للمصانع بيع انتاجها لسنوات قادمة، في تواريخ محددة بناء على عقد السلم، وتصكيك عقد السلم يفيد المصانع في أشياء كثيرة منها:

(١) إيجاد التمويل اللازم لنمو المصانع وزيادة انتاجها.

(٢) زيادة أرباح تلك المصانع وتدوير رؤوس الأموال فيها، فنعدما تبيع المصانع إنتاجها قبل تصنيعه، فإنها تضمن الزبون لتلك المنتجات خلال فترة قادمة، مما يزيد في مبيعاتها، الذي يتناسب طردا مع ارباحها.

(٣) تعد صكوك السلم، الحل الأسلم لتلك المصانع في سداد التزاماتها المادية، المتمثلة في مصروفاتها الشهرية والسنوية، مثل رواتب العمال، وتوفير المواد الأولية، وصيانة الآلات والمعدات، مع الحفاظ على معدل الإنتاج.

(٤) يمكن عن طريق صكوك السلم توسع المصانع، وبناء فروع جديدة، أو تمويل مصانع جديدة تقوم بتصنيع أجزاء يحتاج إليها في المصنع النهائي، وهذا يقلل من تكاليف المنتج النهائي؛ مما يزيد من الأرباح.

المطلب الثاني

تعريف عقد السلم

وفيه فرعان:

الفرع الأول: تعريف عقد السلم لغة:

جاء في لسان العرب: «السَّلْمُ بالتحريك السَّلْفُ أَسْلَمَ في الشيء سَلَمًا وَأَسْلَفَ بمعنى واحد والاسم السَّلْمُ. وكان راعي غَنَمٍ ثم أسلم أي تركها كذا جاء أَسْلَمَ هنا غير مُتَعَدٍّ. يقال أَسْلَمَ سَلَمًا إذا أَسْلَفَ وهو أن تعطي ذهباً وفضة في سِلْعَةٍ معلومة إلى أَمَدٍ معلوم، فكأنك قد أَسْلَمْتَ الثمن إلى صاحب السِّلْعَةِ أي سَلَّمْتَهُ إِلَيْهِ»^(١). وجاء في معجم مقاييس اللغة: «ومن باب الإصحاح والانقياد: السَّلْمُ الذي يسمَّى السَّلْفُ، كأنه مألَّ أسلم ولم يمتنع من إعطائه»^(٢).

الفرع الثاني: تعريف عقد السلم في الإصطلاح:

اختلف الفقهاء في تعريفه تبعاً لاختلافهم في الشروط المعتبرة فيه: فالحنفية والحنابلة الذين اشترطوا في صحته، قبض رأس المال في مجلس العقد، وتأجيل المسلم فيه - احترازاً من السلم الحال - عرفوه بما يتضمن ذلك، جاء في رد المحتار: «هو شراء أجل بعاجل»^(٣). ونصت المادة [١٢٣] من المجلة العدلية على أنه «بيع مؤجل بمعجل»^(٤). وجاء في الإقناع بأنه: «عقد على موصوف في الذمة مؤجل بثمن مقبوض في مجلس العقد»^(٥).

(١) لسان العرب ١٢ / ٢٨٩ ط دار صادر.

(٢) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٣ / ٦٨، ط / اتحاد الكتاب العرب.

(٣) رد المحتار على الدر المختار ٤ / ٢٠٣ ط إحياء التراث.

(٤) درر الحكام شرح مجلة الأحكام ١ / ١١٤.

(٥) ينظر: الإقناع مع شرحه كشف القناع ٣ / ٢٨٩.

والشافعية الذين شرطوا لصحة السلم قبض رأس المال في المجلس، وأجازوا كون السلم حالا ومؤجلا عرفوه بأنه «عقد على موصوف في الذمة ببدل يعطى عاجلا»^(١). فلم يقيدوا المسلم فيه الموصوف في الذمة بكونه مؤجلا، لجواز السلم الحال عندهم. أما المالكية الذين منعوا السلم الحال، ولم يشترطوا تسليم رأس المال في مجلس العقد، وأجازوا تأجيله اليومين والثلاثة لخفة الأمر، فقد عرفوه بأنه: «بيع معلوم في الذمة محصور بالصفة بعين حاضرة أو ما هو في حكمها إلى أجل معلوم»^(٢). وسيأتي بحث هذه الشروط، وبيان الراجح منها.

المطلب الثالث

تعريف صكوك عقد السلم باعتبارها علما وثقبا:

عرفها بعض الباحثين بأنها: صكوك تحمل قيما متساوية يصدرها بائع منتجات السلم أو وكيله ويحصل بذلك على رأس مال السلم فتصبح سلعة السلم مملوكة لحاملي الصكوك. ويكون بتقديم كامل قيمة السلعة المتفق عليها لاستلامها مستقبلا وفقا لوقت ومواصفات متفق عليها^(٣).

(١) ينظر: فتح العزيز شرح الوجيز بهامش المجموع ٩ / ٢٠٧ ط دار الفكر، روضة الطالبين للنووي

٤ / ٣. ط المكتب الإسلامي، نهاية المحتاج ٤ / ١٨٢.

(٢) ينظر: الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (ط - دار الشعب بالقاهرة) ص ١١٨٦، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي عليه ٣ / ١٩٥، حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٣ / ٢٦١، شرح حدود ابن عرفة ٢٩١.

(٣) بحث بعنوان "الصكوك وتمويل التنمية"، د عبد الفتاح فرح ص ٣. بحث منشور في الانترنت. (لا يختص بموقع معين).

يؤخذ عليه:

- (١) الطول الذي ينافي صبغة التعاريف.
- (٢) أن التعريف غير جامع وذلك لأن صكوك السلم تنشأ بأحد طريقتين:
 - (أ) أن تصدر الصكوك بنية استخدام حصيلتها في شراء بضاعة سلماً.
 - (ب) أن يكون مصدر الصكوك هو البائع في عقد السلم (المسلم إليه)^(١). والتعريف اقتصر على الطريق الثاني.
- (٣) أن فيه دوراً: وذلك بتكرار كلمة الصكوك، والسلم، وهي المطلوب تعريفها. وعرفها آخرون بأنها: وثائق متساوية القيمة يتم إصدارها لتحصيل رأس مال السلم، وتصبح سلعة السلم مملوكة لحملة الصكوك^(٢). ويؤخذ على هذا التعريف ما أخذ على التعريف قبله. ويمكن تعريف صكوك السلم بأنها: إثباتات (وثائق أو قيود الكترونية) متساوية القيمة، تمثل سلعة مؤجلة موصوفة في الذمة، معجلة الثمن.

المطلب الرابع

مشروعية عقد السلم

ثبتت مشروعية عقد السلم بالكتاب والسنة والإجماع.

أولاً: الدليل من الكتاب: قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنُتُمْ بِدِينٍ إِلَى

(١) ينظر: بحث بعنوان: الصكوك، د معبد الجارحي و د جلال أبوزيد، مقدم لمجمع الفقه الإسلامي

في دورته التاسعة عشرة بالشارقة ص ١٩.

(٢) بحث بعنوان: "إدارة مخاطر الصكوك الإسلامية"، د أشرف محمد دوابه، ص ٨، منشور في

الانترنت. (لا يختص بموقع معين).

أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ»^(١). قال ابن عباس^(٢) رضي الله عنه: (أشهد أن السلف المضمون إلى أجل مسمى قد أحله الله في كتابه وأذن فيه، ثم قرأ هذه الآية)^(٣).

ووجه الدلالة في الآية الكريمة: أنها أباحت الدين، والسلم نوع من الديون، جاء في تفسير (أحكام القرآن): «الدين هو عبارة عن كل معاملة كان أحد العوضين فيها نقداً، والآخر في الذمة نسيئة، فإن العين عند العرب ما كان حاضراً، والدين ما كان غائباً»^(٤).

فدلت الآية على حل المداينات بعمومها، وشملت السلم باعتباره من أفرادها، إذ المسلم فيه ثابت في ذمة المسلم إليه إلى أجله.

ثانياً: من السنة: ما روى ابن عباس^{رضي الله عنه} عن رسول الله ﷺ: أنه قدم المدينة والناس يسلفون في التمر السنتين والثلاث، فقال عليه الصلاة والسلام: (من أسلف في تمر فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم)^(٥).
فدل الحديث الشريف على إباحة السلم وعلى الشروط المعتبرة فيه.

(١) سورة البقرة، الآية [٢٨٢].

(٢) عبد الله بن عباس بن عبد المطلب (٣ ق هـ - ٦٨ هـ). قرشي هاشمي. حبر الأمة وترجمان القرآن. أسلم صغيراً ولازم النبي ﷺ بعد الفتح وروى عنه. كان الخلفاء يجلبونه. شهد مع علي الجمل وصفين. وكف بصره في آخر عمره. كان يجلس للعلم، فيجعل يوماً للفقهاء، ويوماً للتأويل، ويوماً للمغازي، ويوماً للشعر، ويوماً لوقائع العرب. توفي بالطائف ينظر: الإصابة في تمييز الصحابة ١٢١/٤، إسعاف المبطل برجال الموطأ للسيوطي ١/٢٣٦.

(٣) رواه الشافعي في الأم في ٣/٩٤، والحاكم في المستدرک في کتاب التفسير، باب مذمة المخابرة وجواز السلف برقم ٣١٨٠ وقال: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه.

(٤) أحكام القرآن لابن العربي ١/٢٤٧ ط دار الفكر.

(٥) رواه البخاري في كتاب السلم، باب السلم في كيل معلوم، برقم (٢٢١٠)، ومسلم في كتاب المساقاة والمزاعة، باب السلم، برقم (٤٠٧٢).

ثالثاً: من الإجماع: نقل غير واحد من أهل العلم، الإجماع على جواز السلم^(١).

المطلب الخامس شروط عقد السلم

وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: الشروط التي ترجع إلى البدلين في عقد السلم:

الشرط الأول: ذهب الفقهاء إلى أنه يشترط لصحة عقد السلم أن يكون كل من رأس المال والمسلم فيه مالا متقوماً، فلا يجوز أن يكون أحدهما خمرًا أو خنزيرًا أو غير ذلك مما لا يعد مالا منتفعا به شرعاً، وبهذا الشرط تخرج المنافع عند الحنفية؛ لأنها ليست مالا عندهم كما تقدم^(٢).

الشرط الثاني: يشترط لصحته ألا يكون البدلان مالين يتحقق في سلم أحدهما بالآخر ربا النسبة، وذلك بألا يجمع البدلان أحد وصفي علة ربا الفضل، حيث إن المسلم فيه مؤجل في الذمة، فإذا جمعه مع رأس المال أحد وصفي علة ربا الفضل، تحقق ربا النساء فيه، وكان فاسداً باتفاق الفقهاء^(٣).

الفرع الثاني: شروط رأس مال السلم:

يشترط الفقهاء في رأس مال السلم شرطان:

(١) ينظر: الإجماع لابن المنذر ص ١٣٤، المغني المطبوع مع الشرح الكبير ٤ / ٣١٢.

(٢) يرجع إلى المسألة الثانية من الفرع الثاني من المطلب الأول من المبحث الثاني من الفصل الثاني من الباب الأول من هذا الكتاب.

(٣) ينظر الشرطان في: المبسوط ١٢ / ١٢٠، بدائع الصنائع ٥ / ٢١٤ ط المكتبة العلمية - بيروت، بداية المجتهد ٢ / ٢٢٧ ط - دار الكتب الحديثية، شرح مختصر - خليل للخرشي ٥ / ٢٠٣ - ٢٠٦ ط دار صادر، الأم ٣ / ٣٠، أسنى المطالب شرح روض الطالب ٢ / ١٢٣ ط دار الكتاب الإسلامي، المغني المطبوع مع الشرح الكبير ٤ / ٣٣٨ ط الكتاب العربي، شرح منتهى الإرادات ٢ / ٢١٥ ط دار الفكر.

أحدهما: أن يكون معلوما:

لا خلاف بين الفقهاء في أنه يشترط في رأس المال أن يكون معلوما، وذلك لأنه بدل في عقد معاوضة مالية، فلا بد من كونه معلوما، كسائر عقود المعاوضات. ورأس المال إما أن يوصف في الذمة، ثم يعين في مجلس العقد، وإما أن يكون معينا عند العقد، كأن يكون حاضرا مشاهدا، ثم يقع العقد على عينه. فإن كان موصوفا، فيجب أن ينص في عقد السلم على جنسه ونوعه وقدره وصفته، فإن قبل الطرف الآخر، وجب تعيين رأس المال في مجلس العقد وتسليمه إليه وفاء بالعقد^(١).

الثاني: تعجيل رأس مال السلم:

اتفق الفقهاء من المذاهب الأربعة على تعجيل رأس مال السلم، وعدم جواز تأخيره تأخيرا يقلبه إلى دين، فيكون من باب بيع الدين بالدين^(٢)، واختلفوا في تأخير تسليم رأس المال عن مجلس العقد المدة اليسيرة كيومين أو ثلاثة ونحوها على قولين: القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية^(٣)، والشافعية^(٤)، والحنابلة^(٥): إلى أن من شروط صحة السلم، تسليم رأس ماله في مجلس العقد، فلو تفرقا قبله بطل العقد.

(١) ينظر: بدائع الصنائع ٢٠١/٥، العناية شرح الهداية ١٩٩/٧، التاج والإكليل ٤٧٦/٦، حاشية

العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني ١٧٧/٢، أسنى المطالب ١٢٣/٢-١٢٤، معالم القربة في

تبيين الحسبة ص ٧٣، المغني ١٩٨/٤، الإنصاف ١٠٦/٥، كشف القناع ٣٠٤/٣.

(٢) سيأتي ذكر المراجع عند إيراد الأقوال وأدلة كل قول.

(٣) ينظر: بدائع الصنائع ٢٠٢/٥ ط المكتبة العلمية - بيروت، رد المحتار على الدر المختار ٢٠٨/٤ ط إحياء التراث.

(٤) ينظر: مغني المحتاج شرح منهاج الطالبين ١٠٢/٢ ط دار الفكر، فتح العزيز شرح الوجيز بهامش المجموع ٢٠٩/٩ ط دار الفكر.

(٥) ينظر: المغني ١٧٩/٤، كشف القناع ٣٠٤/٣ ط دار الفكر.

القول الثاني: ذهب المالكية في المشهور عندهم، إلى أنه يجوز تأخيره اليومين والثلاثة

بشرط وبغير شرط^(١).

أدلة الأقوال:

أدلة القول الأول:

(١) قوله ﷺ: (من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم)^(٢).

وجه الدلالة: أن التسليف في اللغة التي خاطبنا بها رسول الله ﷺ هو الإعطاء، فيكون معنى كلامه عليه الصلاة والسلام: (فليعط)؛ لأنه لا يقع اسم السلف فيه حتى يعطيه ما أسلفه قبل أن يفارق من أسلفه، فإن لم يدفع إليه رأس المال فإنه يكون غير مسلف شيئاً، بل واعداء بأن يسلف، ولأن السلم مشتق من تسليم رأس المال، أي تعجيله، وأسماء العقود المشتقة من المعاني لا بد من تحقق تلك المعاني فيها^(٣).

(٢) أن الافتراق قبل قبض رأس المال يكون افتراقاً عن كالي بكالي؛ أي: نسيئة بنسيئة، وهو منهي عنه بالإجماع^(٤).

(٣) ولأن في السلم غرراً احتمل للحاجة، فجبر ذلك بتعجيل قبض العوض الآخر، وهو الثمن، كي لا يعظم الغرر في الطرفين^(٥).

(٤) ولأن الغاية الشرعية المقصودة في العقود ترتب آثارها عليها بمجرد انعقادها، فإذا تأخر البدلان كان العقد عديم الفائدة للطرفين خلافاً لحكمه الأصلي، في مقتضاه وغايته، قال ابن تيمية رحمه الله عن تأخير رأس المال في السلم: «فإن ذلك منع منه لئلا تبقى ذمة

(١) شرح الخرشي ٢٠٢/٥، مواهب الجليل ٥١٤/٤.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) ينظر: حاشية الرملي على أسنى المطالب ١٢٢/٢، الموسوعة الفقهية الكويتية ٢٥/٢٠٣.

(٤) ينظر: المغني ٥٤/٤، نظرية العقد لابن تيمية ص ٢٣٥.

(٥) فتح العزيز ٢٠٩/٩.

كل منهما مشغولة بغير فائدة حصلت لا له ولا للآخر، والمقصود من العقود القبض، فهو عقد لم يحصل به مقصود أصلاً، بل هو التزام بلا فائدة»^(١) اهـ.

٥) ولأن مطلوب الشارع صلاح ذات البين، وحسم مادة الفساد والفتن. وإذا اشتملت المعاملة على شغل الذمتين، توجهت المطالبة من الجهتين، فكان ذلك سبباً لكثرة الخصومات والعداوات، فمنع الشرع ما يفضي إلى ذلك باشتراط تعجيل قبض رأس المال^(٢).

دليل القول الثاني:

أن ما قارب الشيء يعطى حكمه، فالتأخير اليسير معفوا عنه؛ لأنه في حكم التعجيل، وأن ما كان في حكم المقبوض فهو كالمقبوض^(٣).

الترجيح:

بالنظر إلى القولين، نجد ما يلي:

١) أن كلا الفريقين متفق على شرط التعجيل، وأن التأخير الكثير يجعل العقد من باب بيع الدين بالدين، جاء في مواهب الجليل: «شرط السلم قبض رأس المال كله»^(٤). وجاء في التاج والإكليل: «شرط السلم قبض رأس المال كله للنهي عن بيع الدين بالدين» فوجب تعجيل النقد في المضمون وكل من أخر النقد في السلم بشرط فالسلم فاسد»^(٥).

(١) نظرية العقد لابن تيمية ص ٢٣٥.

(٢) أنوار البروق في أنواع الفروق ٣/ ٢٩٠ ط عالم الكتب.

(٣) شرح الخرشي ٥/ ٢٠٢.

(٤) مواهب الجليل ٤/ ٥١٤.

(٥) التاج والإكليل ٦/ ٤٧٦.

وبناء عليه، فمحل الخلاف في التأخير اليسير هل يلحق بالكثير، أو يلحق بالمقبوض؟ فمن ألحقه بالكثير، منع منه واشترط تسليمه في مجلس العقد، ومن ألحقه بالمقبوض أجازته، ويظهر للباحث أن هذا الأمر يخضع لتأثير التأخير، المبني على العرف، فإن العرف يحدد أن مثل هذا التأخير يعد يسيراً، كالمقبوض، وأنه غير مؤثر، فيلحق بالمقبوض، وإن كان العرف يلحقه بالكثير المؤثر عرفاً، فهو دين، لا يجوز بيعه بدين.

والمقصود بالتأخير غير المؤثر، هو ما يكون قريباً من العقد لدرجة أنه يعد عرفاً كالمقبوض، كمثال الدفع عن طريق التحويل المالي من بنك إلى بنك، فإنه قد يستغرق مدة يسيرة، قد تزيد على ثلاثة أيام، لكن العرف عد مثل هذا التأخير غير مؤثر كون رأس مال كالمقبوض، لأنه يحصل الاقتطاع من الحساب في الحال، ومثله الدفع بالشيك - عند من لم يجعل قبضه قبضاً محتواً.

ولهذا فالقبض يرجع في تحديد التأخير المؤثر فيه بالحرمة إلى العرف؛ لكونه لم يرد من الشارع تحديده ولهذا قال بعض المالكية في التأخير اليسير بأنه: يشبه التأخير للتشغل بالقبض^(١).

(٢) أن مؤدى كلا القولين واحد، في أنه لا ينعقد السلم إلا بقبض رأس المال، وبالتالي فإن الفارق بين القولين، يتبين من جهة: أنه إذا تعاقدنا على السلم ثم انطلق المسلم، وتفرق العاقدان قبل أن يدفع رأس المال، ثم رجع بعد مدة يسيرة وأحضر رأس المال: أن العقد الأول بطل، وعليهما أن يستأنفا عقداً جديداً ولو كان بالصيغة الأولى نفسها.

أما على القول الثاني - بأن العقد باق وأنه لا ينقطع بالمدة اليسيرة - فإن إبطاله ثم إعادته، تزيد وتطويل لا حاجة له، وبالتالي فإن العقد الثاني صار كالمعقد بالأول، بناء على أن المدة يسيرة، لكن إن طال المدة عرفاً، وأثرت حتى صار رأس المال كالدين، بطل

(١) الإشراف على مسائل الخلاف للقاضي عبدالوهاب البغدادي ١/ ٢٨٠.

العقد الأول، لاختلال شرطه، وبهذا يتبين أن القول الثاني، أقرب وأوفق وأرفق، مع أن محصلة القولين واحدة.

الفرع الثالث: شروط المسلم فيه:

للمسلم فيه شروط تتبين فيما يلي:

الشرط الأول: أن يكون المسلم فيه ديناً موصوفاً في الذمة:

لا خلاف بين الفقهاء من المذاهب الأربعة - فيما أعلم - في اشتراط كون المسلم فيه ديناً موصوفاً في ذمة المسلم إليه، وأنه لا يصح السلم إذا جعل المسلم فيه شيئاً معيناً بذاته^(١)؛ لأن ذلك مناقض للغرض المقصود منه، إذ هو موضوع لبيع شيء في الذمة بثمن معجل، ومقتضاه ثبوت المسلم فيه ديناً في ذمة المسلم إليه، ومحل ذمة المسلم إليه. فإذا كان المسلم فيه معيناً تعلق حق رب السلم بذاته، وكان محل الالتزام ذلك الشيء المعين، لا ذمة المسلم إليه، ومن هنا كان تعيين المسلم فيه مخالفاً لمقتضى العقد.

وبالإضافة إلى ذلك فإن هذا التعيين يجعل السلم من عقود الغرر؛ إذ ينشأ عنه غرر عدم القدرة على تنفيذ العقد فلا يدري أيتم هذا العقد أم يفسخ، حيث إن من المحتمل أن يهلك ذلك الشيء المعين قبل حلول وقت أدائه، فيستحيل تنفيذه.

والغرر مفسد لعقود المعاوضات المالية كما هو معلوم ومقرر. وهذا بخلاف ما لو كان المسلم فيه موصوفاً في الذمة، فإن الوفاء يكون بأداء أية عين تتحقق فيها الأوصاف المتفق عليها، ولا يتعذر تنفيذ العقد لو تلف المسلم فيه قبل تسليمه؛ إذ يسعه الانتقال عنه إلى غيره من أمثاله^(٢).

(١) ينظر: المبسوط ١٢/ ١٢٤، البحر الرائق ٥/ ٢٩٩، مواهب الجليل شرح مختصر خليل ٤/ ٥٣٤ ط

دار الفكر، التاج والإكليل ٦/ ٤٧٦، روضة الطالبين للنووي ٤/ ٦ ط المكتب الإسلامي، مغني

المحتاج ٣/ ٦، المغني ٤/ ١٩٣، الفروع ٤/ ١٨٤.

(٢) ينظر: أسنى المطالب شرح روض الطالب ٢/ ١٢٤، كشف القناع ٣/ ٢٩٢.

الشرط الثاني: أن يكون المسلم فيه معلوماً:

لا خلاف بين الفقهاء في أنه يشترط لصحة السلم أن يكون المسلم فيه معلوماً مبيناً بما يرفع الجهالة عنه ويسد الأبواب إلى المنازعة بين المتعاقدين عند تسليمه ؛ لأنه بدل في عقد معاوضة مالية، فيشترط فيه أن يكون معلوماً كما هو الشأن في سائر عقود المبادلات المالية. ولهذا يشترط بيان جنسه ونوعه ومقداره. قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن السلم في الطعام لا يجوز بقفيز لا يعلم عياره، ولا في ثوب بذرع فلان^(١). ولا يجب استقصاء كل الصفات ؛ لأن ذلك يتعذر، وقد ينتهي الحال فيها إلى أمر يتعذر تسليم المسلم فيه. إذ يبعد وجود المسلم فيه عند المحل بتلك الصفات كلها، فيجب الاكتفاء بالأوصاف الظاهرة التي يختلف الثمن بها غالباً^(٢).

الشرط الثالث: أن يكون المسلم فيه مؤجلاً:

اختلف الفقهاء في هذا الشرط على قولين:

القول الأول: اشترط جمهور الفقهاء من الحنفية^(٣)، والمالكية^(٤)، والحنابلة^(٥)، لصحة السلم: أن يكون المسلم فيه مؤجلاً، فلا يصح السلم الحال.

القول الثاني: وهو للشافعية: أن التأجيل في السلم ليس بشرط، ويصح السلم الحال^(٦).

(١) الإجماع ص ١٣٤. وينظر: المغني المطبوع مع الشرح الكبير ٣١٨/٤، وبدائع الصنائع ٢٠٧/٥.

(٢) ينظر: شرح الخرشي ٢١٣/٥، مواهب الجليل ٥٣١/٤، المغني المطبوع مع الشرح الكبير ٣٢٤/٤ ط: الكتاب العربي.

(٣) ينظر: بدائع الصنائع ٢١٢/٥ ط المكتبة العلمية - بيروت، فتح القدير والعناية على الهداية ٢١٧/٦، ط: إحياء التراث.

(٤) المتتقى شرح الموطأ ٢٩٧/٤، حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني ١٧٧/٢.

(٥) المغني ١٩٣/٤، منتهى الإرادات ٢١٨/٢.

(٦) ينظر: فتح العزيز ٢٢٦/٩، روضة الطالبين ٧/٤، نهاية المحتاج ١٨٥/٤، أسنى المطالب ١٢٤/٢.

أدلة الأقوال:

أدلة القول الأول:

- (١) قوله ﷺ: (من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم)^(١).
وجه الدلالة: أمر عليه الصلاة والسلام بالأجل في السلم، وأمره يقتضي الوجوب،
فيكون الأجل من جملة شروط صحة السلم، فلا يصح بدونه.
- (٢) ولأن السلم جوز رخصة للرفق، ولا يحصل الرفق إلا بالأجل، فإذا انتفى الأجل
انتفى الرفق، وذلك لأن المسلف يرغب في تقديم الثمن لاسترخاء المسلم فيه، والمسلم
إليه يرغب فيه لموضع النسيئة، وإذا لم يشترط الأجل زال هذا المعنى^(٢).
- (٣) ولأن السلم معناه السلف، وهو أن يتقدم رأس المال ويتأخر المسلم فيه، فوجب
منع ما أخرجه من ذلك^(٣).
- (٤) ولأن السلم الحال يفضي إلى المنازعة، لأن السلم بيع المفاليس، فالظاهر أن يكون
المسلم إليه عاجزا عن تسليم المسلم فيه، ورب السلم يطالب بالتسليم، فيتنازعان على
وجه تقع فيه الحاجة إلى الفسخ. وفيه إلحاق الضرر برب السلم؛ لأنه سلم رأس المال إلى
المسلم إليه وصرفه في حاجته، فلا يصل إلى المسلم فيه ولا إلى رأس المال، فشرط الأجل
حتى لا يملك المطالبة إلا بعد حلول الأجل، وعند ذلك يقدر على التسليم ظاهرا، فلا
يؤدي إلى المنازعة المفضية إلى الفسخ والإضرار برب السلم^(٤).
- يجاب على هذه الأدلة بما تضمنته أدلة القول الثاني.

(١) سبق تخريجه.

(٢) ينظر: بداية المجتهد ٢/٢٢٨، المغني ٤/١٩٣.

(٣) ينظر: المغني ٤/١٩٣.

(٤) ينظر: بدائع الصنائع ٥/٢١٢.

أدلة القول الثاني:

(١) مَا رُوِيَ: (أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ اشْتَرَى جَمَلًا مِنْ أَعْرَابِيٍّ بِوَسْقٍ تَمْرٍ، فَلَمَّا دَخَلَ الْبَيْتَ لَمْ يَجِدِ التَّمْرَ، فَاسْتَقْرَضَ النَّبِيَّ ﷺ تَمْرًا، وَأَعْطَاهُ إِيَّاهُ) (١).

وجه الدلالة: أن هذا هو شراء حال يتمر في الذمة (٢).

٢- أنه إذا جاز السلم مؤجلا، فلأن يجوز حالا - وهو عن الغرر أبعد - أولى. وذلك أن في الأجل ضربا من الغرر؛ إذ ربما يقدر المسلم إليه على تسليمه في الحال، ويعجز عند حلول الأجل. فإذا جاز السلم مؤجلا، فهو حالا أحرى بالجواز؛ لأنه أبعد عن الغرر (٣).

قال الشافعي في (الأم): «إذا أجاز رسول الله ﷺ بيع الطعام بصفة إلى أجل، كان بيع الطعام بصفة حالا أجوز؛ لأنه ليس في البيع معنى إلا أن يكون بصفة مضمونا على صاحبه، فإذا ضمن مؤخرا ضمن معجلا، وكان معجلا أضمن منه مؤخرا، والأعجل أخرج من معنى الغرر، وهو مجامع له في أنه مضمون له على بائعه بصفة» (٤).

(١) رواه أحمد في مسند عائشة رضي الله عنها وأرضاها برقم ٢٥٩١٣، وعبد الرزاق في مصنفه مراسلا عن عروة بن الزبير في كتاب البيوع، باب مطل الغني، برقم ١٦٤٣١، ط/ دار الفكر، وعبد بن حميد في منتخبه، مسند عائشة رضي الله عنها باب خيار الناس الموفون، برقم ١٥٠٣ ط/ دار عالم الكتب، والبيهقي في كتاب البيوع، باب جواز السلم الحال برقم ١١٤٢٣. وقال الهيثمي: إسناده أحمد صحيح. ينظر: مجمع الزوائد ومنبع الفوائد ٤/ ٢٤٨، ط/ دار الفكر.

(٢) ينظر: بداية المجتهد ٢/ ٢٢٨.

(٣) ينظر: المهذب ١/ ٣٠٤، فتح العزيز ٩/ ٢٢٦، روضة الطالبين ٤/ ٧، نهاية المحتاج ٤/ ١٨٥،

أسنى المطالب ٢/ ١٢٤.

(٤) الأم ٣/ ٩٥.

الترجيح:

أولاً: يظهر - والله أعلم - أن الخلاف بين الفريقين أشبه ما يكون لفظياً؛ إذ إن الجمهور المانعين للسلم قد أجازوا بيع الغائب مع الحلول^(١)، والشافعية الذين أجازوا السلم في الحال؛ منعوا بيع الغائب ولو كان حالاً^(٢)، ولهذا قال ابن قدامة رحمته الله بعد تقريره للمسألة: «إذا ثبت هذا، فإنه إن باعه ما يصح السلم فيه حالاً في الذمة أصح ومعناه معنى السلم وإنما افترقا في اللفظ»^(٣).

ثانياً: على فرض أن الخلاف حقيقي فإن الباحث يرى رجحان القول الثاني لما يلي:

(١) أن الأصل في المعاملات أن تكون حالة، والأجل رخصة، فالإذن بالرخصة دليل على أن الأصل باق.

(٢) أن تسليم المسلم فيه في الحال بعد انعقاد العقد، أدفع لضرر التأجيل، والمنازعة لسبيين:

(أ) أن المسلم إليه لم يكن ليتعاقد على تسليم المسلم فيه، في الحال لو لم يعلم تمكنه من ذلك، بل إن التأجيل قد يصل ضرره للمسلم إليه، فقد يكون المسلم فيه موجوداً لديه، وعند التأجيل قد يتعرض للنقصان أو الضياع.

(ب) أن السلم الحال، فيه منفعة للعاقدين، فالمسلم يستفيد من شراء بضاعة حالة ووصولها إليه في أسرع وقت، مما يمكنه من الانتفاع بها، والمسلم إليه يستفيد بخلاصه من

(١) فالغائب هنا هو غير المرئي، إما لعدم حضوره، وإما لانتفاء رؤيته بالرغم من حضوره، فليس كل حاضر مرئياً، فقد يكون حاضراً غير مرئياً. ينظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٣٢٣/١، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣/٢٧، المحلى لابن حزم ٧/٢١٤ ط دار الفكر، المغني مع الشرح الكبير ٣/٥٨٠ - ٥٨٣، وشرح منتهى الإرادات ٢/١٤٦.

(٢) ينظر: المجموع شرح المذهب ٩/٣٠١ ط دار الفكر.

(٣) المغني ٤/١٩٤.

تبعات حفظها، أو نقصانها، بفعل عوامل مؤثرة بغير إرادة الإنسان كالزمان مثلاً، فلو كان المسلم فيه بضاعة من سيارات موديل ٢٠١٠ من النوع الفلاني من السيارات، وهي موجودة لديه بمعارضه في مدينة جدة وقد تم العقد في الرياض، ويكون التسليم الحال في جدة، بعد وصف السيارات وصفا تاماً، فإن الأجل هنا يؤثر على قيمة السيارات إذ قد يؤدي إلى تأخر الموديل، وبالتالي نقص القيمة، وهذا مثال بسيط على تأثير ذلك.

(٣) أن الحاجة داعية إلى مثل هذا النوع من السلم، ولم يرد نص شرعي يمنعه، والدليل المذكور في أدلة المانعين، قد أجاب عنه الإمام الشافعي رحمته الله. ثم إنه يذكر الأصل في السلف وهو الأجل، وليس فيه ما يمنع كونه حالاً، لاسيما مع وقوعه من النبي صلوات الله عليه وآله من فعله، والوقوع دليل الجواز.

الشرط الرابع: أن يكون الأجل معلوماً:

اتفق الفقهاء على أن معلومية الأجل الذي يوفى فيه المسلم فيه شرط لصحة السلم؛ لقوله ﷺ: (من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم)، فقد أوجب الحديث معلومية الأجل^(١).

ويتم العلم بالأجل بتقدير مدته بالأهلة نحو أول شهر رجب أو أوسط محرم أو يوم معلوم منه، أو بتحديدته بالشهور الشمسية المعروفة عند المسلمين والمشهورة بينهم مثل أول شباط وآخر آذار أو يوم معلوم منه. أو بتحديد وقت محل المسلم فيه، كأن يقال: بعد ستة أشهر أو شهرين أو سنة ونحو ذلك^(٢).

(١) قال ابن قدامة في المغني ٤/ ١٩٤: «ولا نعلم في اشتراط العلم في الجملة اختلافاً». وينظر: فتح

القدير والعناية على الهداية ٦/ ٢١٨ ط إحياء التراث، شرح مختصر خليل للخرشي ٥/ ٢١٠ ط دار

صادر، نهاية المحتاج ٤/ ١٨٦، والحديث سبق تحريجه.

(٢) ينظر: نهاية المحتاج ٤/ ١٨٧، المغني ٤/ ١٩٥.

الشرط الخامس: أن يكون المسلم فيه مقدور التسليم عند محله:

ومقتضى هذا الشرط أن يكون المسلم فيه مما يغلب وجوده عند حلول الأجل، وهذا شرط متفق عليه لصحة السلم بين الفقهاء^(١). وذلك لأن المسلم فيه واجب التسليم عند الأجل، فلا بد أن يكون تسليمه مقدورا عليه حينذاك، وإلا كان من الغرر الممنوع^(٢).

واختلف الفقهاء في اشتراط وجود المسلم فيه وقت العقد على قولين:

الأول: وهو قول الحنفية^(٣): أنه يشترط وجود المسلم فيه وقت العقد.

الثاني: وهو قول جمهور أهل العلم من المالكية^(٤)، والشافعية^(٥)، والحنابلة^(٦): أنه ليس بشرط، فيجوز السلم في المعدوم وقت العقد وفيما ينقطع من أيدي الناس قبل حلول الأجل.

أدلة الأقوال:**دليل القول الأول:**

أن الأجل يبطل بموت المسلم إليه، ويجب أخذ المسلم فيه من تركته. فاشترط لذلك دوام وجود المسلم فيه لتدوم القدرة على تسليمه، إذ لو لم يشترط هذا الشرط، ومات المسلم إليه قبل أن يحل الأجل فربما يتعذر تسليم المسلم فيه. فيؤول ذلك إلى الغرر^(٧).

(١) قال الباجي في المنتقى شرح الموطأ ٤/ ٣٠٠: لا خلاف أن ذلك شرط في صحة السلم. وقال ابن

قدامة في المغني ٤/ ١٩٦: الشرط الخامس، كون المسلم فيه عام الوجود في محله أولا نعلم فيه خلافا.

(٢) ينظر: إضافة لماسبق: فتح القدير والعناية على الهداية ٦/ ٢١٣، فتح العزيز شرح الوجيز بهامش

المجموع ٩/ ٢٤٣.

(٣) ينظر: بدائع الصنائع ٥/ ٢١١، فتح القدير والعناية على الهداية ٦/ ٢١٣.

(٤) ينظر: المنتقى شرح الموطأ ٤/ ٣٠٠، بداية المجتهد ٢/ ٣٠٩ طبعة المكتبة الأزهرية للتراث.

(٥) ينظر: الأم ٣/ ٩٤، فتح العزيز شرح الوجيز بهامش المجموع ٩/ ٢٤٥.

(٦) ينظر: المغني ٤/ ١٩٦، كشف القناع ٣/ ٣٠٣.

(٧) ينظر: حاشية ابن عابدين ٤/ ٢٠٦، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٦/ ١٧٢، المغني ٤/ ١٩٦.

يجاب عليه: بعدم التسليم بأن الدين يحل بالموت وإن سلمنا فلا يلزم أن يشترط ذلك الوجود إذ لو لزم أفضى إلى أن تكون آجال السلم مجهولة والمحل - وقت الحلول - ما جعله المتعاقدان محلاً وأما هنا لم يجعله.

أدلة القول الثاني:

(١) أن النبي ﷺ قدم المدينة وهم يسلفون في الثمار السنة والستين فقال: (من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم). ولم يذكر الوجود ولو كان شرطاً لذكره ولنهاهم عن السلف ستين؛ لأنه يلزم منه انقطاع المسلم فيه أوسط السنة. (٢) ولأنه ثبت في الذمة ويوجد في محله غالباً فجاز السلم فيه كالموجود^(١).
الترجيح: يترجح للباحث القول الثاني، لقوة ووضوح أدلته، وللجواب على دليل القول الأول.

الشرط السادس: تعيين مكان الإيفاء:

اختلف الفقهاء في اشتراط تعيين مكان إيفاء المسلم فيه لصحة السلم، فكل مذهب من المذاهب الأربعة، اتجه معين في اشتراط هذا الشرط:
الاتجاه الأول: للحنفية: أنه لا يشترط بيان مكان الإيفاء إذا لم يكن للمسلم فيه حمل ومؤنة، أي: لا يحتاج نقله إلى كلفة وسيلة نقل وأجرة حمل^(٢).
أما إذا كان له حمل ومؤنة، فقد اختلف أبو حنيفة مع صاحبيه في اشتراط تعيين مكان الإيفاء. فقال أبو حنيفة: يشترط بيان مكان إيفاء المسلم فيه؛ لأن التسليم غير واجب في الحال، فلا يتعين مكان العقد موضعاً للتسليم، فإذا لم يتعين بقي مجهولاً جهالة مفضية إلى

(١) المغني ٤/١٩٦، والحديث سبق الإشارة إلى تخريجه قريباً.

(٢) وهذا الحكم لا خلاف فيه بين الإمام والصاحبين، وفي هذه الحالة يكون للمسلم إليه أن يوفيه حيث شاء كما صحح الحصكفي في الدر المختار، وصحح ابن كمال أن الوفاء يكون في مكان العقد. ينظر: حاشية ابن عابدين ٤/٢٠٧.

المنازعة لاختلاف القيم باختلاف الأماكن، فلا بد من البيان دفعا للمنازعة، وصار كجهالة الصفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: «لا يحتاج إلى تعيينه، ويسلمه في موضع العقد؛ لأن مكانه موضع الالتزام، فيتعين لإيفاء ما التزمه في ذمته، كموضع الاستقراض والاستهلاك وكبيع الحنطة بعينها»^(١).

الاتجاه الثاني: وهو للملكية: أنه لا يشترط تعيين مكان الإيفاء ولكنه يفضل^(٢).

الاتجاه الثالث: وهو للشافعية: أنه يشترط لصحة السلم بيان مكان تسليم المسلم فيه إذا كان موضع العقد لا يصلح للتسليم كالصحراء، أو كان لحمله مؤنة. فإن كان العقد بمكان يصلح للتسليم أو لم يكن لحمل المسلم فيه مؤنة فلا يشترط ذلك، ويتعين مكان العقد للتسليم بدلالة العرف. وهذا إذا كان المسلم فيه مؤجلا. أما السلم الحال فلا يشترط فيه تعيين مكان الوفاء، ويتعين موضع العقد للتسليم^(٣).

قالوا: ووجه اشتراط تعيينه في المؤجل إذا كان المكان لا يصلح للتسليم، اختلاف الأغراض وتفاوتها في الأمكنة، فوجب بيانه كما هو الأمر في الأوصاف. وأما إذا كان لحمله مؤنة فلائنه يختلف الثمن باختلاف المكان الذي سيسلم فيه، كالصفات التي يختلف الثمن باختلافها، بخلاف ما ليس لحمله مؤنة، فإنه لا يجب بيانه لأنه لا يختلف ثمنه باختلافها، فلم يجب بيانه كالصفات التي لا يختلف الثمن باختلافها^(٤).

الاتجاه الرابع: وهو للحنابلة: أنه لا يشترط ذكر مكان الإيفاء، لأن النبي ﷺ لم

(١) ينظر: بدائع الصنائع ٥/٢١٣، البحر الرائق ٦/١٧٦، رد المحتار ٤/٢٠٧.

(٢) ينظر: المنتقى شرح الموطأ ٤/٢٩٩، بداية المجتهد ٢/٢٢٩.

(٣) ينظر: أسنى المطالب ٢/١٢٨، روضة الطالبين ٤/١٢، فتح العزيز ٩/٢٥١، المذهب

٣٠٧/١.

(٤) ينظر: المذهب ٣٠٧/١، أسنى المطالب ٢/١٢٧.

يذكره^(١)، فدل على أنه لا يشترط فيه. ولأنه عقد معاوضة، فلا يشترط فيه ذكر مكان الإيفاء، كبيع الأعيان، إلا أن يكون موضع العقد لا يمكن الوفاء فيه كموضع للعراء وبحر وجبل ونحو ذلك، فعند ذلك يشترط بيانه لتعذر الوفاء في موضع العقد، فيكون محل التسليم مجهولا، فاشترط تعيينه بالقول كالأجل^(٢).

ويؤخذ من هذه الأقوال جميعا أمران:

الأول: أن مكان الإيفاء إذا تم تعيينه في العقد، لزم الوفاء فيه.

الثاني: أن النظر في اشتراط مكان الإيفاء يخضع لواحد من شيئين:

(١) مصلحة العقد، التي التزامها يدفع ضرر المنازعة والمخاصمة، فإن كانت مصلحة

العقد تستلزم تعيين المكان، لزم ذلك واشترط، وإلا فلا.

(٢) مقتضى العرف؛ لأن الشرع لم ينص على الوجوب من عدمه، بل سكت عنه،

وسكوت الشارع عنه، يرجع فيه إلى العرف.

(١) المراد حديث ابن عباس: (من أسلف فليسلف في كيل معلوم...)، سبق الإشارة إلى موضع تخريجه قريبا.

(٢) ينظر: المغني المطبوع مع الشرح الكبير ٤ / ٣٣٩، كشف القناع ٣ / ٢٩٢، شرح منتهى الإرادات ٢ / ٢٢١.

المبحث الأول

إصدار وتداول صكوك السلم واستردادها

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول

إصدار صكوك السلم

وفيه فرعان:

الفرع الأول: عقد إصدار صكوك السلم:

المقصود بالعقد في هذا المقام: هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه^(١).

وبناء عليه يمكن تقسيم هذا الفرع إلى مسألتين:

المسألة الأولى: أركان عقد صكوك السلم:

تبين من التعريف السابق أن العقد الصحيح ينبني على ثلاثة أركان، عند جمهور أهل العلم^(٢) هي:

(١) الصيغة.

(١) ينظر: العناية على الهداية للبابرتي، ط/ الميمنية، القاهرة ٥/ ٧٤، المادة ٧٣ من القانون المدني العراقي، المادة ٨٧ من القانون المدني الأردني بواسطة: النظرية العامة للعقود في الفقه الإسلامي والقانون، المجلد الأول: إبرام العقد ص ٣١-٣٢.

(٢) اتفق الفقهاء على أن العقد لا يوجد إلا إذا وجد عاقد وصيغة (الإيجاب والقبول) ومحل يرد عليه الإيجاب والقبول (المعقود عليه).

لكن ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن هذه الثلاثة كلها أركان العقد. وذهب الحنفية إلى أن ركن العقد هو الصيغة فقط، أما العاقدان والمحله فما يستلزمه وجود الصيغة، لا من الأركان، وذلك لأن ما عدا الصيغة ليس جزءاً من حقيقة العقد وإن كان يتوقف وجوده عليه. يرجع إلى: الفرع الثاني من المطلب الأول من المبحث الثالث من الفصل الثاني من الباب الأول من هذا الكتاب.

(٢) العاقدان.

(٣) المعقود عليه.

وبناء عليه فإن عقد صكوك السلم يتكون من هذه الثلاثة أركان على التفصيل الآتي:

أولاً: الصيغة:

تقدم أن الصيغة هي الألفاظ التي يصاغ بها العقد متضمنة، الإيجاب والقبول وبيان أركانه وشروطه والتزامات كل طرف وحقوقه.

وعلى هذا فإن الصيغة تتكون من ثلاثة أجزاء:

الأول: الإيجاب: عرفه الحنفية بأنه: ما صدر أولاً من أحد العاقلين بصيغة صالحة لإفادة العقد^(١).

ويرى جمهور أهل العلم من المالكية والشافعية والحنابلة، أن الإيجاب: «ما صدر من المملّك سواء أكان البائع، أو المؤجر، أو ولي الزوجة، سواء صدر أولاً أو آخراً؛ لأنهم هم الذين سيملكون: المشتري السلعة المبيعة، والمستأجر منفعة العين، والزوج العصمة»^(٢).

الثاني: القبول: عند الحنفية: ما صدر ثانياً من أي جانب كان^(٣).

والقبول عند جمهور أهل العلم من المالكية والشافعية والحنابلة أنه: «ما صدر ممن يصير له الملك وإن صدر أولاً، فالمعتبر عندهم هو أن المملك هو الموجب والمتملك هو القابل، ولا اعتبار لما صدر أولاً أو آخراً»^(٤).

(١) ينظر: فتح القدير على الهداية ط الأميرية- بولاق ٢/ ٣٤٤.

(٢) ينظر: جواهر الإكليل شرح مختصر خليل ٢/ ٢، منح الجليل على مختصر- العلامة خليل ٢/ ٤٦٢

المجموع شرح المهذب ٩/ ١٦٢، المغني لابن قدامة ٣/ ٤٨٠.

(٣) ينظر: الاختيار لتعليل المختار ٢/ ٤.

(٤) ينظر: جواهر الإكليل شرح مختصر خليل ٢/ ٢، منح الجليل على مختصر- العلامة خليل ٢/ ٤٦٢

المجموع شرح المهذب ٩/ ١٦٢، المغني لابن قدامة ٣/ ٤٨٠.

الثالث: الشروط الإضافية على العقد الأصلي: سواء قلنا إن هذه الشروط داخلية في الإيجاب والقبول أم منفصلة عنها، لكنها في المحصلة النهائية داخلية في الصيغة، وتم فصلها بجزء مستقل؛ كونها قد تمثل عقوداً متصلة بالعقد الأصلي، وبهذا برزت أهميتها. وبناء على هذا: فإن نشرة الإصدار توضح ماهية الإصدار، والشروط فيه، والموجب والإيجاب، والاككتاب فيها هو القبول، ويشكل بمجموعه صيغة صكوك السلم، وطريقة الإيجاب والقبول عند طرح الإصدار لا يخلو من طريقتين:

(١) طريق العرض: وهذه الطريقة هي الأكثر والأشهر وهي: أن تكون صياغة نشرة الإصدار لمجرد العرض، والتعريف بالإصدار وشروطه، وحقوق والتزامات كل طرف من أطراف الإصدار، فبناء على مذهب الأحناف، يكون الاككتاب في الصكوك بمثابة الإيجاب، وموافقة الجهة المصدرة على تخصيص الصكوك للمكتبتين بمثابة القبول. أما على مذهب الجمهور فإن القبول هنا يتقدم على الإيجاب كونه صادر من الممتلك للسلعة، وهم جمهور المكتبتين، والإيجاب يكون عند موافقة الجهة المصدرة على تخصيص الصكوك.

(٢) طريقة الإيجاب المباشر: وهي أن يكون طرح الجهة المصدرة لنشرة الإصدار، للاككتاب وليس للعرض، فيكون هذا الطرح بمثابة الإيجاب، والاككتاب فيها بمثابة القبول.

ثانياً: العاقدان:

وهما طرفا العقد في صكوك السلم وهما:

(١) المكتبتون في الصكوك: ويمثلون المسلم أو رب السلم.

(٢) البائع للمسلم فيه: وهو المسلم إليه.

وثمة طرف ثالث في هذه الصكوك: وهو الجهة المصدرة، الذي قد يكون بنكاً إسلامياً، أو جهة استثمارية، وهذا الطرف هو - في الواقع - نائب عن أحد الطرفين السابقين،

وذلك حسب الطريقتين المذكورتين - عند إصدار صكوك السلم في أول هذا الباب عند تعريف هذه الصكوك-، وبيانها كالتالي:

- (١) قد تكون الجهة المصدرة نائبة عن حملة الصكوك في شراء بضاعة سلماً.
- (٢) قد تكون الجهة المصدرة، نائبة عن المسلم إليه في بيع بضاعته للمكتتبين في الصكوك سلماً.

فعلى الطريق الأول: تكون نشرة الإصدار، في الواقع هي عقد وكالة بالاستثمار في عقد سلم.

وعلى الطريق الثاني: تكون نشرة الإصدار، عقد سلم بين المسلم والمسلم إليه.

ثالثاً: المحل المعقود عليه:

ويتمثل في الصكوك في أمرين:

- (١) رأس مال السلم: ويمثله مجموع قيمة الصكوك المطروحة للاكتتاب بالقيمة الاسمية.

- (٢) المسلم فيه: وهي البضاعة التي سيتم شراؤها، بموجب عقد السلم.

المسألة الثانية: اتحاد المجلس في صكوك السلم:

المقصود باتحاد المجلس في العقود على قسمين: حقيقي بأن يكون القبول في مجلس الإيجاب، وحكمي إذا تفرق مجلس القبول عن مجلس الإيجاب كما في الكتابة والمراسلة، فيتحدان حكماً^(١). ويزيد اتحاد المجلس في عقد السلم، وصفاً آخر، وهو أن يسلم رأس مال السلم، عند إبرام العقد (في مجلس العقد).

وعلاقة هذه المسألة بعقد إصدار صكوك السلم: أنه عند الاكتتاب في الصكوك، قد لا يسدد المكتتب قيمة الصك، في الحال عند التعاقد، فقد يكون الدفع عن طريق البطاقة

(١) ينظر: فتح القدير على الهداية ٥ / ٧٨، روضة الطالبين للنووي ٧ / ٣٦ ط المكتب الإسلامي، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى ٣ / ٧ ط بيروت.

الإثباتية التي قد يتأخر فيها سداد المبلغ ليومين أو ثلاثة، ونحو ذلك فهل يصح هذا التأخير، وهل ينعقد العقد؟ أم أن هذا التأخير يؤثر في صحة العقد:

تقدم عند ذكر الشروط: أن جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة: على أنه يشترط تسليم رأس مال السلم في مجلس العقد.

ولا يختلف مجلس السلم عن مجلس البيع عند الشافعية والحنابلة^(١). وعند الحنفية يخالف مجلس السلم مجلس البيع، فمجلس البيع ينتهي بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول، وتترتب عليه الآثار. أما السلم فيعتريه الفسخ إن لم يتم قبض رأس المال في المجلس وبعد الإيجاب والقبول؛ لأنه شرط بقاء على الصحة وليس شرط انعقاد^(٢).

وقال المالكية بجواز تأخير ثلاثه أيام؛ لأن ما قارب الشيء يأخذ حكمه. كما تقدم. وقد سبق بيان اتفاق الفقهاء من المذاهب الأربعة على أن التأخير الذي يُصير رأس مال السلم ديناً، أنه لا يجوز، ويبطل به العقد، وإنها وقع الخلاف بين الفقهاء في المدة اليسيرة، وقد رجح الباحث أن المدة اليسيرة كيومين أو ثلاثة لا تؤثر.

الفرع الثاني: شروط إصدار صكوك السلم:

لا تختلف شروط إصدار صكوك السلم، عن شروط السلم أو شروط الوكالة، وقد تقدم بيانها، لكن ينبغي - في نظر الباحث - أن تبين النشرة أحكام تداول صكوك السلم، ومتى يصح ذلك ومتى لا يصح، كما تبين صفة وطريقة العقود المرافقة للعقد الأصلي - كما سيأتي بيانه في الدراسة التطبيقية، كما تبين أحكام ضمان المعقود عليه في الصكوك، ومتى يضمن العاقد ومتى لا يضمن، وطريقة فض النزاع حول الإصدار، ومتعلقاته، ومصاريف

(١) ينظر: أسني المطالب شرح روض الطالب ٢/ ١٢٢، حاشية البجيرمي على الإقناع في حل ألفاظ أبي

شجاع ٣/ ٥٥، ٥٦ ط مصطفى الحلبي، المغني لابن قدامة ٣/ ٥٠٥، الكافي لابن قدامة ٢/ ١١٥.

(٢) حاشية ابن عابدين ٤/ ٢٠٨.

الدعاوى، ومكان انعقادها، ونحو ذلك مما يكون في ذكره توثقة للإصدار، وباعثا للطمانينة تجاهه، وحافظا لحقوق الطرف الأضعف في العقد، وهم حملة الصكوك.

المطلب الثاني

حكم تداول صكوك السلم

تبين مما سبق أن صكوك السلم تمثل المسلم فيه وهو دين غير مستقر، وبالتالي فإن حكم تداول صكوك السلم مبني على حكم التصرف في المسلم فيه قبل قبضه، وبما أن التداول يكون تصرفا بالصك مع غير المصدر، فإنه يمكن تقسيم تداول صكوك السلم إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: تداول الصك بغير معاوضة:

اختلف الفقهاء في حكم هبة الدين لغير من هو عليه على قولين:
القول الأول: عدم الجواز. وهو مذهب الشافعية في الأصح المعتمد^(١)، وبه قال الحنابلة^(٢)، وهو القياس عند الحنفية^(٣).
القول الثاني: الجواز. وهو مذهب الحنفية^(٤)، والمالكية^(٥)، ومقابل الأصح عند الشافعية^(٦).

(١) ينظر: مغني المحتاج ٢/٤٠٠، منهج الطلاب مع البجيرمي ٣/٢١٧، حاشية القليوبي وعميرة ١١٢/٣.

(٢) ينظر: المغني مع الشرح ٦/٢٥٥، المبدع شرح المقنع ٤/١٩٧، الإنصاف ٧/١٢٧، كشف القناع ٣٠٦/٤.

(٣) ينظر: البدائع ٦/١١٩، البحر الرائق ٧/٣٠٩.

(٤) ينظر: المراجع السابقة.

(٥) ينظر: شرح الخرشي ٧/١٠٥، منح الجليل ٤/٨٦.

(٦) ينظر: مغني المحتاج ٢/٤٠٠، منهج الطلاب مع البجيرمي ٣/٢١٧، حاشية القليوبي وعميرة ١١٢/٣.

الأدلة:**أدلة القول الأول:**

(١) أن القبض شرط جواز الهبة، وما في الدمة لا يحتمل القبض، وهو بخلاف ما لو وهب للمدين، لأن الدين في ذمته، وذمته في قبضه، فكان الدين في قبضه بواسطة قبض الدمة^(١).

(٢) بأن الهبة على هذا الوجه غير مقدورة التسليم، وأن ما يقبض من الديون عين لا دين، والقبض في الهبة إنما يكون فيما ورد العقد عليه^(٢).

يمكن أن يجاب على هذين الوجهين، بما جاء في الدليل الثاني من أدلة القول الثاني.

أدلة القول الثاني:

(١) لأنه تمليك بغير عوض أشبه الوصية^(٣).

(٢) أنه إنابة في قبض الدين، ولأن ما في الدمة مقدور التسليم والقبض، ألا ترى أنه يجبر المديون على تسليمه، إلا أن قبضه بقبض عينه؟ فإذا قبض العين قام قبضها مقام قبض عين ما في الدمة، إلا أنه يفتقر إلى الإذن بالقبض صريحا، ولا يكتفى فيه بالقبض بحضرة الواهب بخلاف هبة العين^(٤).

الترجيح:

يرى الباحث - والله أعلم - رجحان القول الثاني، فالهبة عقد تبرع محض، بخلاف هبة الثواب، أو التي يرجى بها المعاوضة، فلها حكم المعاوضة، وبهذا يمكن أن يقال: إن الخلاف لم يرد على محل واحد، فالمجيزين لحظوا أن الأصل في الهبة أنها تبرع محض أو أن

(١) البدائع ١١٩/٦.

(٢) ينظر: مغني المحتاج ٤٠٠/٢، منهج الطلاب مع البجيرمي ٢١٧/٣، حاشية القليوبي وعميرة ١١٢/٣.

(٣) المغني مع الشرح ٢٥٥/٦.

(٤) ينظر: حاشية البجيرمي على شرح المنهج ٢١٧/٣.

الدين ممكن القبض، والمانعين بنوا قولهم أن الهبة فيه شوب المعاوضة، لأنها قد تقتضيها، ولهذا أجاز المانعون تملك الدين، بالوصية^(١) كونها لا تقبل المعاوضة، إطلاقاً، ومنعوا ذلك في الهبة؛ كونهم قاسوها على عقود المعاوضة فقالوا: ما جاز بيعه جازت هبته وما لا فلا^(٢). والكلام في هذه المسألة مفروض في التبرعات المحضة.

القسم الثاني: تداول الصك ببيعه بنقد:

اختلف الفقهاء في بيع المسلم فيه قبل قبضه من غير المسلم إليه، على ثلاثة أقوال: القول الأول: عدم الجواز مطلقاً. وهو قول الجمهور من الحنفية^(٣)، والشافعية^(٤)، والحنابلة^(٥).

القول الثاني: جواز بيع المسلم فيه لغير المسلم إليه ما لم يكن - المسلم فيه - طعاماً. وهو قول المالكية^(٦).

القول الثالث: جواز بيع المسلم فيه لغير المسلم إليه، بشرط أن يكون بقدر قيمة المسلم فيه أو أقل ولا يجوز له الزيادة على قيمة المثل، ولا التريح فيه. وهو مروي عن ابن عباس^(٧)

(١) ينظر: مغني المحتاج شرح منهاج الطالبين ٣/ ٤٤-٤٦، كشف القناع ٤/ ٣٦٧.

(٢) ينظر: المنشور في القواعد ٣/ ١٣٨، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٤٦٩.

(٣) ينظر: بدائع الصنائع ٥/ ٢١٤، حاشية ابن عابدين ٤/ ١٦٦، ٢٠٩.

(٤) ينظر: الأم للشافعي ٣/ ١٣٣، أسنى المطالب شرح روض الطالب ٢/ ٨٤، نهاية المحتاج ٤/ ٨٧.

(٥) ينظر: المغني المطبوع مع الشرح الكبير ٤/ ٣٤١، المبدع شرح المقنع ٤/ ١٩٧، شرح منتهى الإرادات ٢/ ٢٢٢.

(٦) ينظر: المدونة ٣/ ١٣٣، بداية المجتهد ٢/ ٢٣١.

(٧) رواه عبد الرزاق في المصنف برقم (١٤١٢٠) في باب: السلعة يسلفها في دينار، هل يأخذ غير الدينار؟ من كتاب البيوع، قال: (أخبرنا ابن عيينة عن عمرو بن دينار عن طاووس عن ابن عباس قال: إذا أسلفت في طعام فحل الاجل، فلم تجد طعاماً، فخذ منه عرضاً بأنقص، ولا تريح عليه مرتين).

ورواية عن أحمد رجحها ابن تيمية^(١)، وابن القيم^(٢) رحمهما الله.

الأدلة:

أدلة القول الأول:

(١) الإجماع، قال ابن قدامة: «أما بيع المسلم فيه قبل قبضه فلا نعلم في تحريمه خلافا»^(٣).

(١) ذكر في المغني أن هذه الرواية عن أحمد خاصة بالاعتياض عن المسلم فيه بغيره مع المسلم إليه، وأطلقها في الإنصاف (١٠٨/٥) فقال: (ولا يجوز بيع المسلم فيه قبل قبضه). هذا المذهب، وعليه الأصحاب، وقطع به أكثرهم، وفي المبهج وغيره رواية: بأن بيعه يصح. واختاره الشيخ تقي الدين رحمهما الله. وقال: «هو قول ابن عباس رضي الله عنهما. لكن يكون بقدر القيمة فقط». اهـ، هذا وقد رأى بعض بعض الباحثين اختلاف الفتوى عن ابن تيمية رحمهما الله في هذه المسألة، (ينظر: موسوعة فقه ابن تيمية ٣٨٧/١)، فقد أفتى بعدم الجواز كالقول الأول وقال: «إن فعل - أي باع المسلم فيه قبل قبضه - فالبيع فاسد» (مجموع الفتاوى ٢٩/٥٠٠، ٥٢٦)، وأفتى بالجواز في موضع آخر ورجحه بشرطه المذكور، وهي التي نقلها عنه في الإنصاف. (مجموع الفتاوى ٢٩/٥١٧، الاختيارات للبعلي ص ٢٢٩) ويظهر للباحث عدم التعارض بين الجوابين، فالمنع محتمل أمرين:

- ١ - بيعه لغير المسلم إليه، ومن هذا يفهم أن الجواز خاص ببيعه للمسلم إليه بثمن المثل.
 - ٢ - أن الفتوى الأولى التي بالمنع: سئل فيها عن رجل يسلم في الطعام، فإذا حل الأجل باعه المسلم للمسلم إليه، على وجه التكرار، فهذا لا يجوز على مذهب الأئمة الأربعة كما قال ابن تيمية رحمهما الله، ثم إنه يظهر من السؤال اعتباره على وجه الحيلة، فلهذا منع منه وشدد فيه.
- وأما فتوى الجواز: فإن صيغة السؤال كانت عن السلم في الحرير، وهو شيء غير مأكول ويعتاض عنه بغيره ممن هو في ذمته، فافترق السؤال لذلك تغير الجواب. والاحتمال الثاني عند الباحث أقرب، والله أعلم.

(٢) ينظر: تهذيب سنن أبي داود وإيضاح مشكلاته لابن القيم ١١١/٥.

(٣) المغني ٢٠١/٤.

أجيب عنه: قال ابن تيمية رحمته الله: «وأما ما ذكره الشيخ أبو محمد (ابن قدامة) في مغنيه لما ذكر قول الخرقي: (وبيع المسلم فيه من بائعه أو غيره قبل قبضه فاسد)، قال أبو محمد بيع المسلم قبل قبضه: لا يعلم في تحريمه خلاف. فقال رحمته الله بحسب ما علمه، وإلا فمذهب مالك أنه يجوز بيعه من غير المستسلف، كما يجوز عنده بيع سائر الديون من غير من هو عليه، وهذا أيضا إحدى الروايتين عن أحمد نص عليه في مواضع بيع الدين من غير من هو عليه، كما نص على بيع دين السلم ممن هو عليه، وكلاهما منصوص عن أحمد في أجوبة كثيرة من أجوبته»^(١).

٢) حديث: (أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام قبل قبضه)، قال ابن عباس رضي الله عنهما: (وَأَحْسِبْ كُلَّ شَيْءٍ مِثْلَهُ)^(٢).

أجيب عنه: بأن النهي عن بيع الطعام قبل قبضه هو في الطعام المعين وأما ما في الذمة فالاعتياض عنه من جنس الاستيفاء^(٣). وأما قول ابن عباس فقد ورد عنه خلافه كما تقدم.

٣) حديث: (أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ربح ما لم يضمن)^(٤).

وجه الدلالة: أن المسلم فيه قبل قبضه من ضمان المسلم إليه، ولم يدخل في ضمان المسلم، فإذا باعه وربح فيه فقد ربح فيما لم يضمن فيدخل في النهي.

(١) مجموع فتاوى ابن تيمية ٥٠٦/٢٩.

(٢) متفق عليه، سبق تخريجه، وقول ابن عباس، في تكملة الحديث عند مسلم، ولم يخرجها البخاري. يرجع إلى موضع التخريج.

(٣) مجموع فتاوى ابن تيمية ٥٠٦/٢٩.

(٤) سبق تخريجه.

٤) أنه قول بعض الصحابة، ولم يعلم لهم مخالف^(١).

يمكن أن يجاب عنه: بأنه معارض بالدليل الأول للقول الثالث.

دليل القول الثاني:

استدلوا بالدليل الثاني للقول الأول، فهذا النهي خاص بالطعام، فيبقى الجواز عام فيما

عداه. وأجيب عنه بنفس الجواب السابق.

أدلة القول الثالث:

١) أنه قول ابن عباس، ولا يعرف له في الصحابة مخالف^(٢).

يمكن أن يجاب عنه: بعدم التسليم، فقد روي عن بعض الصحابة خلافه كما مر، بل

روي عن ابن عباس خلافه.

٢) لأن دين السلم دين ثابت فجاز الاعتياض عنه، كبذل القرض و كالثمن في المبيع؛

ولأنه أحد العوضين في البيع فجاز الاعتياض عنه كالعوض الآخر^(٣).

٣- أنه لا نص في التحريم ولا إجماع ولا قياس، وأن النص والقياس يقتضيان

الإباحة^(٤).

٤- استدلوا على عدم الزيادة على ثمن المثل بالدليل الثالث للقول الأول.

(١) روي عن عمر: إذا أسلمت في شيء فلا تبعه حتى تقبضه أو لا تصرفه في غيره. وروي عن ابن عمر:

قال: لا بأس بالسلم أو لا تصرفه إلى غيره أو لا تبعه حتى تقبضه. وروي عن أبي هريرة: قال: من

أسلم في حنطة فلا يأخذ شعيراً وابن عباس قال: إذا أسلمت في طعام فلا تأخذن مكانه طعاماً

غيره. ينظر: المصنف لابن أبي شيبة ٩٩/٥ - ١٠٠، الأم ٣/١٣٥.

(٢) مجموع فتاوى ابن تيمية ٥١٨/٢٩.

(٣) المرجع السابق.

(٤) تهذيب سنن أبي داود وإيضاح مشكلاته ١١٧/٥.

الترجيح:

يظهر - والله أعلم - أن لكل قول حظ من النظر: لكن يمكن الوصول إلى الراجح عبر المقدمات التالية:

أولاً: الأصل المتفق عليه أنه لا يجوز بيع الطعام قبل قبضه للحديث، لكن هل هذا النهي خاص بالطعام المعين، أو يعم فيدخل فيه الذي في الذمة؟ الظاهر من اللفظ عموميه، ولم أقف على دليل يخصصه بما ذكر، والعام يبقى على عموميه حتى يرد المخصص^(١)، وبالتالي فإنه لا يجوز بيع المسلم فيه قبل قبضه إن كان طعاماً.

ثانياً: نصّ الحديث النبوي الكريم على النهي عن ربح ما لم يضمن، ولهذا فلا يجوز بيع ماسوى الطعام قبل قبضه، - ودخوله في ضمانه - بأكثر من قيمة المثل. ثالثاً: يبقى ما عدا ذلك على الأصل وهو الإباحة، فيجوز بيعه.

النتيجة:

أنه يجوز بيع المسلم فيه لغير المسلم إليه قبل قبضه بشرطين:

(١) ألا يكون المسلم فيه طعاماً.

(٢) ألا يربح فيه، بأن يبيعه بأكثر من ثمن المثل.

بناء على هذا الخلاف السابق، اختلف الباحثون المعاصرون، في تداول صكوك السلم

- فيما وقفت عليه - على ثلاثة أقوال:

الأول: عدم جواز تداول صكوك السلم^(٢).

(١) ينظر: كشف الأسرار للبخاري ١ / ١ / ٢٩٧، ٢٩٣، شرح التلويح على التوضيح للتفتازاني ١ / ٧٠،

شرح الكوكب المنير للفتوحى ٥٩٨.

(٢) ينظر: البند رقم ٧ من المعيار رقم ١٠ من معايير هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية والإسلامية ص ١٧٣.

الثاني: جواز تداول صكوك السلم إذا لم تمثل طعاماً^(١).

الثالث: الجواز على رأي شيخ الإسلام^(٢).

وكل قول من هذه الأقوال قد بنى أدلته على أدلة الأقوال في المسألة السابقة، ويبقى رأي الباحث مطرداً في تداول صكوك السلم، على ما مر بيانه عند الترجيح في المسألة السابقة.

القسم الثالث: تداول الصك ببيعه بعرض:

المقصود بذلك، هو التصرف بصك السلم - الذي يمثل المسلم فيه - ببيعه بعرض، كأن يبيع صك أو صكوك السلم بسيارة، أو بأسهم أو بعقار، ونحو ذلك، ويظهر للباحث أن حكم هذه المسألة يندرج في حكم المسألة قبلها.

لكن إذا كان بيع الصك بعرض فعلى القولين الأولين فلا إشكال، حيث إن القول الأول منع البيع مطلقاً، والثاني أجازة في غير الطعام، بأي سعر كان، لكن على الرأي الذي رجحه شيخ الإسلام رحمته الله، بأن الواجب عند البيع أن يبيع المسلم فيه بثمن المثل، لئلا يربح فيه، فكيف يتم البيع بالقيمة في مسألة الصكوك؟ يحتمل أمرين:

الأول: أن يبيعها بالقيمة الاسمية أو أقل.

الثاني: أن يتم تقييم المسلم فيه، وقت البيع، ثم يباع بقيمته وقت التقييم، التي قد تكون مثل أو أكثر أو أقل من القيمة الاسمية.

ويمكن تحديد أي هذين الاحتمالين هو المراد، بالرجوع إلى نص فتاوى ابن تيمية رحمته الله، وما اعتمد عليه في ذلك ونقتصر منها على موضع الشاهد:

أولاً: نص رحمته الله على أن الاعتياض يكون بسعر وقت البيع (القيمة) أو أقل. فقال

رحمته الله: «القول الثاني يجوز الاعتياض عنه في الجملة إذا كان بسعر الوقت أو أقل وهذا

(١) ينظر: بحث "صكوك الاستثمار الإسلامي"، دحسين حامد حسان، ص ٤٥.

(٢) ينظر: بحث "الصكوك الإسلامية بديل للسندات التقليدية"، عبداللطيف الجناحي ص ١٦.

هو المروي عن ابن عباس حيث جوز إذا اسلم في شيء أن يأخذ عوضا بقيمته و لا يربح مرتين»^(١).

وأكد هذا في موضع آخر فقال: «وقد نص أحمد على هذا في غير موضع، وجعل دين السلم كغيره من المبيعات فإذا أخذ عوضا غير مكيل و لا موزون بقدر دين السلم حين الاعتياض لا بزيادة على ذلك، أو أخذ من نوعه بقدره مثل أن يسلم في حنطة، فيأخذ شعيرا بقدر الحنطة أو يسلم في حرير فيأخذ عنه عوضا من خيل أو بقر أو غنم فانه يجوز»^(٢).

ثانيا: قاس الاعتياض عن دين السلم، على المصارفة في الذمة التي تكون بسعر يومها: فقال رحمته الله: «وكذلك إذا اعتاض عن ثمن المبيع والقرض فانما يعتاض عنه بسعره كما جاء في السنة: أنهم سألوا النبي ﷺ فقالوا: إنا نبيع الإبل بالنقيع بالذهب ونقبض الورق ونبيع بالورق ونقبض الذهب، فقال: (لا بأس إذا كان بسعر يومه إذا افترقتما وليس بينكما شيء فيجوز الاعتياض - عن المسلم فيه - بالسعر لثلا يربح فيما لم يضمن)»^(٣).

(١) مجموع فتاوى ابن تيمية ٥١٨/٢٩.

(٢) مجموع فتاوى ابن تيمية ٥٠٣/٢٩.

(٣) مجموع فتاوى ابن تيمية ٥١٨/٢٩، قال ابن القيم رحمته الله: «فنحن إنما نجوز له أن يعاوض عنه بسعر يومه، كما قال النبي ﷺ لعبد الله بن عمر في بيع النقود في الذمة: (لا بأس إذا أخذتها بسعر يومها)، فالنبي ﷺ إنما جوز الاعتياض عن الثمن بسعر يومه لثلا يربح فيما لم يضمن. وقد نص أحمد على هذا الأصل في بدل العوض وغيره من الديون أنه إنما يعتاض عنه بسعر يومه لثلا يربح فيما لم يضمن». وكذلك قال مالك: «يجوز الاعتياض عنه بسعر يومه كما قال ابن عباس لكن مالك يستثني الطعام خاصة، لأن من أصله أن بيع الطعام قبل قبضة لا يجوز بخلاف غيره». ينظر: تهذيب سنن أبي داود وإيضاح مشكلاته ١١٧/٥. والحديث رواه أبو داود في سننه، كتاب البيوع باب اقتضاء الذهب من الورق برقم (٣٣٥٦)، والترمذي في كتاب البيوع، باب ماجاء في الصرف برقم (١٢٨٧)، والنسائي في سننه، كتاب البيوع، باب بيع الذهب بالفضة والفضة بالذهب برقم (٤٥٩٩)، ورواه ابن حبان في صحيحه في كتاب البيوع، باب ذكر الإخبار عن جواز أخذ المرء في ثمن سلعته المبيعة العين ثم لم يقع العقد عليه من غير أن يكون بينهما فراق. برقم (٤٩١٨).

مما سبق نخلص إلى أن الاحتمال الثاني، هو أقرب لمراد ابن تيمية، وهو أن يقيم المسلم فيه - لا الصك، لأن التداول على الصك قد يرفع قيمته أو يخفضها عن الأشياء التي يمثلها وهي المسلم فيه - بسعر السوق، وقت التبائع، ثم يتم البيع على وفقه. وبناء عليه يجب أن يحدد في كل صك ما يمثله من بضاعة، فتقسم البضاعة على وحدات، يحمل كل صك قدراً محدداً منها يمكن تقييمها عند بيع الصك.

قد يعترض على هذا الاحتمال بالقول: بأن هذا الاحتمال ينقض القول، فيما إذا كانت قيمة المسلم فيه، أكثر من القيمة المشتري بها، فيكون المسلم قد ربح فيما لم يضمه! فيقع المحذور الذي فر منه هذا القول.

يمكن أن يجاب عنه: بأن القاعدة الشرعية قد نصت على أن: الشيء يغتفر فيه تبعاً، ما لا يغتفر فيه استقلالاً، أو ما جاز تبعاً لا يجوز قصداً^(١)، فهذا الربح قد حصل تبعاً، وليس مقصوداً، وإنما حرم إذا كان مقصوداً، بدليل أن القيمة قد تقل، وقد تساوي: فلو كان الربح مقصوداً لاشتراط البائع ثمناً معيناً، لا يقل عن القيمة الاسمية مثلاً، ولم يتم التبائع بالقيمة السوقية للمسلم فيه، وذلك مثل المصارفة في الذمة - التي قاس عليها شيخ الإسلام -، فقد تباع سلعة بألف يورو في الذمة مثلاً إلى شخص ما، وكان اليورو يساوي، خمسة أربل، وعند القضاء لم يكن عند المشتري، عملة اليورو، فأراد السداد بعملة الريال، فكان سعر يومها عند السداد يساوي ستة أربل، فالبائع هنا ربح في المصارفة، لكن لم تكن مقصودة؛ لأن المصارفة هنا كما هي معرضة للزيادة، معرضة للنقصان، وهذا مثل مسألتنا.

(١) يندرج تحت هذه القاعدة مسائل كثيرة، واحتج بها كثير من الفقهاء، ينظر: بدائع الصنائع ٥/ ٢٧٢، العناية ٦/ ٤٢٠، فتح القدير ٦/ ٢١٦، مواهب الجليل ١/ ٤٥٥، المجموع ١١/ ٧٨، المنشور في القواعد ٣/ ٣٧٦، أسنى المطالب ٢/ ٤٠٦، المغني ٥/ ٥٦، القواعد ص ٢٧، مطالب أولي النهي ٣/ ٤٥٢.

فإن قال قائل: إن هذا ذريعة إلى الربح فيما لم يضمن، وذلك لأن المسلم، قد ينتظر بالمسلم فيه حتى تزيد قيمته السوقية، ثم يبيعه وهو بهذا قد تعمد الربح فيما لم يضمن. يجاب عليه بجوابين:

- (١) أن هذا العمل لا يخرج الربح عن كونه تابعاً، وليس مقصوداً، فإن التبائع يكون بسعر يومه، بغض النظر، عن الزيادة والنقصان.
 - (٢) أن هذا الانتظار مقيد ومحكوم، بشيئين:
 - (أ) الزمن حتى ترتفع القيمة.
 - (ب) وجود المشتري الذي يأخذه بالسعر المرتفع.
- وهذا الجواب يؤكد ما قبله، وأنه في الواقع قد يتعذر ذلك، إلا على سبيل التواطؤ والحيلة بين البائع والمشتري، فهذا الذي نهي عنه على وجه الإطلاق، وشدد فيه - المنتصر - لهذا القول - شيخ الاسلام رحمه الله.

المطلب الثالث

استرداد صكوك السلم وانتهاءها

وفيه فرعان:

الفرع الأول: استرداد صكوك السلم:

تقدم أن المقصود بالاسترداد، هو التصرف بالصك مع المصدر، وبناء عليه، فإن هذا الفرع يتضمن ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: الاسترداد بالفسخ:

تقدم أن الفسخ يكون في العقود اللازمة - ومنها عقد السلم - بالإقالة أو بشرط الخيار^(١)، وثمة طريق ثالث مختص بالسلم، وهو تعذر المعقود عليه أو العجز عن تسليم

(١) يرجع إلى المسألة الثانية من الفرع الثاني من المطلب الأول من المبحث الخامس من الفصل الثاني من الباب الأول.

المسلم فيه، ويسميه بعضهم بخيار السلم، فأما الإقالة فسيأتي تفصيلها في المسألة الثانية، وبناء عليه فإن الفسخ يكون بطريقتين:

الأول: شرط الخيار:

اختلف الفقهاء في حكم اشتراط الخيار مدة من الزمن في عقد السلم، وهذا الخلاف مبني على خلافهم في حكم تأخير قبض رأس مال السلم على مامر فيما يشترط في البدلين في عقد السلم، وبناء على ذلك الخلاف.

اختلف الفقهاء في حكم اشتراط الخيار على قولين:

القول الأول: أنه يشترط في صيغة السلم أن تكون بآية لا خيار فيها لأي من العاقدين، وهو مذهب الحنفية^(١)، والشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣).

القول الثاني: بجواز خيار الشرط في السلم للعاقدين أو لأحدهما ثلاثة أيام فما دون ذلك، بشرط ألا يتم نقد رأس المال، فإن نقد فسد العقد مع شرط الخيار. وهو قول المالكية^(٤).

أدلة القولين:

أدلة كل قول مبنية على استدلاله في حكم تأخير قبض رأس مال السلم.

(١) ينظر: المبسوط ١٢/١٤٣، بدائع الصنائع ٥/٢٠١.

(٢) ينظر: الأم للشافعي ٣/١٣٣، أسنى المطالب ٢/٥١.

(٣) قال ابن قدامة في المغني (٤/٢٤): «النوع الثاني أما يشترط فيه القبض في المجلس أكالصرف أو السلم أو بيع مال الربا بجنسه أفلا يدخله خيار الشرط أو رواية واحدة». ينظر: شرح منتهى الإرادات ٢/٣٨، كشف القناع ٣/٢٠٤، مطالب أولي النهى ٣/٩٠.

(٤) ينظر: المدونة ٣/٢٢٩، المنتقى شرح الموطأ ٥/٥٦، منح الجليل على مختصر خليل ٣/٥.

دليل القول الأول:

يرتكز على أن القبض لا يتم بالخيار، والافتراق قبل تمام القبض مبطل للعقد^(١). قال الشافعي رحمته الله: «لأن هذا بيع موصوف والبيع الموصوف لا يجوز إلا بأن يقبض صاحبه ثمنه قبل أن يتفرقا؛ لأن قبضه ما سلف فيه قبض ملكاً وهو لو قبض مال الرجل على أنه بالخيار لم يكن قبضه قبض ملكاً ولا يجوز أن يكون الخيار لواحد منهما؛ لأنه إن كان للمشتري فلم يملك البائع ما دفع إليه وإن كان للبائع فلم يملكه البائع ما باعه؛ لأنه عسى أن ينتفع به ثم يردده إليه فلا يجوز البيع فيه إلا مقطوعاً بلا خيار»^(٢).

دليل القول الثاني:

جاء في المدونة: «إنما جوزت الخيار فيه إذا لم يقدم النقد وكان أجل الخيار قريباً لأنني أجيز له أن يؤخر رأس مال السلف يوماً أو يومين أو ثلاثة أو نحو ذلك في قول مالك أفلما اشترط الخيار إلى الموضع الذي يجوز له أن يؤخر نقده إلى ذلك الأجل أجزت الخيار إلى ذلك الأجل وكرهت له أن يقدم نقده ويشترط الخيار لأحدهما لأنه يدخله سلف وبيع سلف جر منفعة ألا ترى أنه إذا قدم النقد واشترط الخيار فكأنه أسلفه هذه الدنانير إلى أجل الخيار على أن جعلها بعد أجل الخيار في سلعة إلى أجل موصوف، فصارت الدنانير سلفاً وصارت السلعة الموصوفة تبعا لهذه الدنانير بعد انقضاء أجل الخيار، فصارت سلفاً جر منفعة. قلت: ولم كرهته إذا كان أجل الخيار إلى شهر أو شهرين إذا لم يقدم رأس المال؟ قال: لأنه يصير ديناً بدين»^(٣).

جاء في المنتقى: ووجه ذلك أنه لمعنى السؤال والمشورة مع أن المعقود عليه لا يلحقه بذلك تغير فصار كالثوب وإنما يمنع من كثيره لما في ذلك من مشابهة الكالئ بالكالئ

(١) المبسوط ١٢/١٤٣.

(٢) الأم ٣/١٢٦.

(٣) المدونة ٣/٢٢٩.

وذلك مما يعفى عن يسيره دون كثيره^(١).

الترجيح:

تقدم في أول هذا الفصل^(٢)، أن القبض شرط عند الجميع، وأن محل الخلاف بين الفريقين، هو: هل المدة اليسيرة التي حددها المالكية باليومين والثلاثة تقطع القبض، أم أنها من اليسير المعفو عنه، وقد تقدم الترجيح بأن المدة اليسيرة عرفاً لا تقطع القبض، وبناء عليه فالخيار في المدة اليسيرة، لا يفسد العقد، ولا يكون من باب بيع الدين بالدين، لأن المدة يسيرة يحتاج لمثلها، للمشورة والسؤال ومراجعة النفس، وهذا مما يحقق كمال الرضى الذي ينشده الشارع في العقود، دون الوقوع في المحذور.

ولهذا فإنه لا مانع أن يذكر في نشرة الإصدار أن للمكتتب الحق في استرداد قيمة الصك (المدفوعة) خلال مدة ثلاثة أيام مثلاً، بشرط أن يكون المبلغ المدفوع في الصك عند أمين غير المسلم إليه، كوكيل الإصدار، ولا يتم التصرف فيه، حتى ينقضي - زمن الخيار، وذلك خروجاً من المحذور الذي أشار إليه المالكية بألا يقدم النقد: لئلا يكون ذريعة لسلف وبيع، أو قرض جر نفعا.

الطريق الثاني: خيار السلم:

المقصود بخيار السلم: جاء في المنشور في القواعد: خيار السلم، إذا انقطع المسلم فيه عند محله لجائحة^(٣). ويعبر عنه بعض الفقهاء بأنه: الخيار الذي يثبت للمسلم إذا تعذر تسليم المسلم فيه عند المحل إما لغيبه المسلم فيه أو عجزه عن التسليم حتى عدم المسلم فيه أو لم تحمل الثمار تلك السنة^(٤).

(١) المنتقى ٥/٥٦.

(٢) في الفرع الثاني من المطلب الخامس من التمهيد.

(٣) المنشور في القواعد الفقهية ٢/١٤٩.

(٤) المغني ٤/١٩٦.

اختلف الفقهاء في هذا الخيار على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أنه إن تعذر المسلم فيه، فليس لرب السلم فسخ السلم، وإنما له أن يصبر إلى القابل، وهو قول بعض المالكية^(١).

القول الثاني: إن تعذر المسلم فيه، فإنه يفسخ السلم ضرورة، ويسترد رب السلم رأس المال، ولا يجوز التأخير. وهو قول لبعض الحنفية وبعض المالكية^(٢)، وقول للشافعية^(٣).

القول الثالث: بأن المسلم بالخيار بين أن يصبر إلى أن يوجد فيطالب به أو بين أن يفسخ العقد ويرجع بالثمن إن كان موجوداً أو بمثله إن كان مثلياً وإلا قيمته. وهو قول جمهور الفقهاء من الحنفية^(٤)، والمالكية^(٥)، والشافعية في الأظهر^(٦)، والحنابلة^(٧).

(١) هو قول سحنون من المالكية ينظر: المدونة ٦٢/٣، والمنتقى ٧٣/٥.

(٢) هو قول زفر من الحنفية ينظر: فتح القدير والعناية على الهداية ٦/٢١٤، وقول أشهب من المالكية ينظر: بداية المجتهد ٢/٣٠٩ طبعة المكتبة الأزهرية للتراث، القوانين الفقهية لابن جزي ١/٢٣٢ ط دار الفكر.

(٣) ينظر: المهذب للشيرازي ١/٣٠٢، روضة الطالبين للنووي ٤/١١ ط المكتب الإسلامي.

(٤) الحنفية يشترطون في المسلم فيه أن يكون موجوداً من حين العقد إلى حلول الأجل، فإذا لم يكن كذلك بطل العقد، لفقدانه شرطه، ومحل المسألة عندهم فيما إذا كان المسلم فيه موجوداً من وقت العقد إلى وقت المحل، ثم لم يأخذه بعد محل الأجل حتى انقطع، فرب السلم بالخيار. ينظر: المبسوط ١٢/١٣٥، فتح القدير والعناية على الهداية ٦/٢١٤ ط إحياء التراث.

(٥) ينظر: شرح مختصر خليل للخرشي ٥/٢٢١، بداية المجتهد ٢/٣٠٩ طبعة المكتبة الأزهرية للتراث، القوانين الفقهية لابن جزي ١/٢٣٢ ط دار الفكر.

(٦) ينظر: المهذب للشيرازي ١/٣٠٢، روضة الطالبين للنووي ٤/١١ ط المكتب الإسلامي، المنشور في القواعد الفقهية ٢/١٤٩.

(٧) ينظر: المغني ٤/١٩٦، كشف القناع ٣/٣٠٣.

حجة القول الأول:

لأنه عقد قد ثبت بينهما ولزم في الأعيان فلا ينتقل ما عقدا عليه إلى غيرهما كما لو أعسر البائع المسلم إليه^(١).

يجاب عليه بما جاء في حجة القول الثاني.

حجة القول الثاني:

أن البطلان للعجز عن التسليم قبل القبض، فصار كما لو هلك المبيع قبل القبض في المبيع المعين، فإن الشيء كما لا يثبت في غير محله، لا يبقى عند فواته، كما لو اشترى بفلوس، ثم كسدت قبل القبض، يطل العقد، فكذا هنا^(٢).

أجيب عنه: بأنه لا يصح دعوى التعيين؛ فإنهما لو تراضيا على دفع المسلم فيه من غيرها أجازاً وإنما أجبر على دفعه من ثمرة العام - إذا كان المسلم فيه ثمراً -؛ لتمكينه من دفع ما هو بصفة حقه ولذلك يجب عليه الدفع من ثمرة نفسه إذا وجدها ولم يجد غيرها وليست متعينة^(٣).

حجة القول الثالث:

أن السلم قد صح، وإنما تعذر التسليم، فصار كإباق المبيع قبل القبض. ولأن العقد وقع على موصوف في الذمة، فهو باق على أصله، وليس من شرط جوازه أن يكون من ثمار هذه السنة، وإنما هو شيء شرطه المسلم، فهو في ذلك بالخيار^(٤).

الترجيح:

يظهر - والله أعلم - رجحان القول الثالث؛ لقوة ما احتج به ولتوجه الجواب لحجج

المخالفين، ولأن العقد هنا اعتراه أمران:

(١) المنتقى ٥/ ٧٣.

(٢) فتح القدير والعناية على الهداية ٦/ ٢١٤.

(٣) المغني ٤/ ١٩٦.

(٤) ينظر: فتح القدير والعناية على الهداية ٦/ ٢١٤، بداية المجتهد ٢/ ٣٠٩، المغني ٤/ ١٩٦.

(١) موجب للفسخ، وهو تعذر المعقود عليه.
 (٢) موجب للاستمرار، وهو أن العقد قد انعقد صحيحاً على موصوف في الذمة غير معين - وبهذا فارق المعين - فللعاقدين أن يتفقا على الاستمرار بتمديد الأجل، على أساس أن المدة غير مؤثرة في فسخ العقد.

لكن بالنظر إلى أن المعقود عليه غير متعين، فإنه لا يضر الصبر إلى مدة أخرى يتحقق فيها المعقود عليه، كما أن الأجل من أهم ما يعتنى به في السلم، وقد نصت السُّنة على تحديده، فالتخلف عن الالتزام فيها؛ مؤثر في جانب الرضى الذي يؤثر في صحة العقد، وبالتالي فإن الجمع بين تعليل هذين الأمرين، (الموجب للفسخ والنافي له) ينتج لنا حق الخيار للعاقدين، فلهذا فإن دليل القولين الأولين يصح أن يستدل به على طرف من القول الثالث؛ لكونه أوسط القولين.

وبناء عليه: فإنه إن تعذر تسليم المسلم فيه في الصكوك، فإن لحامل الصك الخيار، بين أن يسترد رأس ماله، وبين أن يمد الأجل.

تكملة: اختلف القائلون بحق الخيار هنا، في أنه هل يدخل في الأمور المخير فيها المسلم، تعويضه عن المسلم فيه، عن طريق استبداله؟ الجواب سيأتي بيانه تفصيلاً في الحال الثالث.

المسألة الثانية: الاسترداد بالإقالة:

ذهب عامة الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة إلى جواز الإقالة في السلم. فإذا أقاله رب السلم وجب على المسلم إليه رد الثمن إن كان باقياً، أو مثله إن كان مثلياً، أو قيمته إن كان قيمياً إذا لم يكن باقياً^(١).

(١) ينظر: بدائع الصنائع ٥ / ٢١٤، المدونة الكبرى ٩ / ٦٩ ط السعادة تصوير دار صادر، المتقى شرح

الموطأ ٤ / ٣٠٢، المهذب للشيرازي ١ / ٣٠٢ ط عيسى الحلبي، المغني المطبوع مع الشرح الكبير ٤ /

٣٤٣ ط الكتاب العربي، شرح منتهى الإرادات ٢ / ٢٢٣.

قال ابن المنذر: «أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الإقالة في جميع ما أسلم فيه جائزة»^(١).

تنبيه: طردا لقول المالكية في الإقالة، أنها تجوز بأكثر أو أقل من الثمن الأول، إلا أن يكون المبيع طعاما^(٢)، فإنهم نصوا في أن الإقالة في السلم إذا كان: في الطعام لا تكون إلا بمثل رأس المال عقدا وقضاء؛ لأنه إن كان بغير رأس المال خرج عن الإقالة إلى البيع الذي لا يجوز في الطعام قبل استيفائه وهو إذا عقد الإقالة بمثل رأس المال، ثم قبض منه غير ذلك من عرض أو طعام أو عين مخالف لرأس المال، فإن ذلك ممنوع للذريعة إلى بيع الطعام قبل استيفائه؛ لأنه يتهم أن يكون ما أظهره من العقد لغوا وقد باع الطعام قبل قبضه بعدما ابتاعه به فخرج عن الإقالة إلى البيع الذي نهى عنه رسول الله ﷺ في الطعام قبل استيفائه^(٣). وأما إن كان غير طعام فطرد قول المالكية بجواز بيع المسلم فيه قبل قبضه ما لم يكن طعاما، وأن الإقالة تجوز بمثل أو أكثر أو أقل من الثمن الأول، فإنه تجوز الإقالة بأكثر أو أقل من الثمن الأول من المسلم فيه.

المسألة الثالثة: الاسترداد باستبدال المسلم فيه قبل القبض (الصكوك

القابلة للتحويل إلى أسهم):

ويندرج تحت هذه المسألة فقرتان:

الفقرة الأولى: حكم استبدال المسلم فيه قبل قبضه:

اختلف الفقهاء في جواز استبدال المسلم فيه قبل قبضه، بناء على اختلافهم في حكم بيع المسلم فيه قبل قبضه؛ لأنهم جعلوا الاستبدال بيع، قال ابن قدامة رحمه الله: «لأن أخذ

(١) الإجماع لابن المنذر ص ١٣٥.

(٢) يرجع إلى المسألة الثالثة من الفرع الثاني من المطلب الأول من المبحث الخامس من الفصل الثاني من

الباب الأول، من هذا الكتاب.

(٣) المتقى ٤ / ٣٠١.

العوض عن المسلم فيه بيعاً فلم يجز أكبعه من غيره»^(١). ولهذا فمن منع من البيع وهم الحنفية والشافعية والحنابلة، منع من الاستبدال: جاء في بدائع الصنائع: «لا يجوز استبدال المسلم فيه قبل قبضه، بأن يأخذ رب السلم مكانه من غير جنسه؛ لما ذكرنا أن المسلم فيه وإن كان ديناً فهو مبيع، ولا يجوز بيع المبيع المنقول قبل القبض»^(٢). وجاء في كشف القناع: «لا يصح بيع المسلم فيه قبل قبضه ولو لمن هو في ذمته... ولا يصح أخذ غير المسلم فيه مكانه... وسواء كان المسلم فيه موجوداً أو معدوماً وسواء كان العوض مثله في القيمة أو أقل أو أكثر»^(٣).

وأما المالكية القائلين بجواز بيع المسلم فيه قبل قبضه إلا الطعام، فقد فرقوا في البيع من المسلم إليه أو غيره، فأجازوه لغير المسلم إليه، على التفصيل الماضي في حكم تداول صكوك السلم، أما إذا كان الاستبدال مع المسلم إليه، فقد اشترطوا لذلك شروطاً فقالوا: «يجوز للمسلم إليه أن يقضي السلم من غير جنس المسلم فيه سواء حل الأجل أم لا، بشروط ثلاثة:

الأول: أن يكون المسلم فيه مما يباع قبل قبضه: كما لو أسلم ثوباً في حيوان فأخذ عن ذلك الحيوان دراهم إذ يجوز بيع الحيوان قبل قبضه.

الثاني: أن يكون المأخوذ مما يباع بالمسلم فيه يداً بيد: كما لو أسلم دراهم في ثوب مثلاً فأخذ عنه طشت نحاس إذ يجوز بيع الطشت بالثوب يداً بيد.

الثالث: أن يكون المأخوذ مما يجوز أن يسلم فيه رأس المال: كما لو أسلم دراهم في حيوان فأخذ عن ذلك الحيوان ثوباً فإن ذلك جائز إذ يجوز أن يسلم الدراهم في الثوب.

(١) المغني ٤/ ٢٠١.

(٢) بدائع الصنائع ٥/ ٢١٤، وينظر: المجموع شرح المذهب ٩/ ٢٧٣.

(٣) كشف القناع ٣/ ٢٩٣.

فاحترز بالقيد الأول: من طعام السلم فلا يجوز أن يأخذ عنه دراهم لأنه يؤدي إلى بيع الطعام قبل قبضه أو قد وقع النهي عنه ولا فرق بين أخذ العوض من بائعك أم لا.

واحترز بالثاني: من أخذ اللحم غير المطبوخ عن الحيوان الذي هو من جنس اللحم ولا العكس فإن ذلك لا يجوز لا تمتنع بيعه به يدا بيد للنهي عن بيع اللحم بالحيوان أي من جنسه وهذا عام في بيعه لمن هو عليه وغيره.

وبالثالث: من أخذ الدراهم عن الذهب وعكسه إذ لا يجوز أن تسلم الدراهم في الدنانير ولا عكسه لأدائه إلى الصرف المستأخراً وهذا خاص بما إذا باع المسلم المسلم فيه من غريمه فإن باعه من أجنبي لم يراع رأس المال.. ويتجه حينئذ أن يقال الشروط للقضاء بغير الجنس والمحترز عنه إنما يمتنع إذا كانا من جنس واحد اللهم إلا أن يقال إن اللحم والحيوان وإن كان جنسهما واحداً في باب الربويات لكن جعلوهما هنا بمنزلة الجنسيتين كما فعلوا ذلك في قضاء الدقيق عن القمح»^(١).

وزاد بعضهم شرطاً رابعاً: أن يعجل المأخوذ - العوض -؛ ليسلم من فسخ دين في دين^(٢).

ورأى بعضهم عدم الحاجة للشرط الثاني، جاء في الشرح الصغير: «ولا حاجة إلى ذكر شرط: وبيعه بالمسلم فيه يداً بيداً ولا محتززه بقوله: (لا لحم بحيوان)؛ لأن الكلام في قضاء المسلم فيه بغير جنسه. وإذا قضينا عن حيوان لحماً من غير جنسه جاز كعكسه ولو كان من جنسه خرجنا عن الموضوع»^(٣).

وأما قول شيخ الإسلام ابن تيمية وابن القيم، فلم يفرق بين المسلم إليه وغيره.

(١) شرح مختصر خليل للخرشي ٢٧٧/٥، وقد ذكرت كامل الشروط بمحترزاتها؛ وذلك توضيحاً

لبعض الشروط المذكورة وليبيان وجه اشتراطها.

(٢) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي عليه ٢٢٠/٣.

(٣) الشرح الصغير مع حاشية الصاوي عليه ٢٨٥/٣.

حجة المانعين:

قول النبي ﷺ: (من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره) ^(١).

وجه الدلالة: أن هذا يقتضي أن لا يبيع دين السلم لا من صاحبه ولا من غيره وأن

من استبدل المسلم إليه بغيره فقد وقع في النهي المذكور في هذا الحديث ^(٢).

أجيب عنه:

(١) أن الحديث ضعيف، كما في التخريج.

(٢) على فرض صحة الحديث: فالمراد به أنه لا يجعل دين السلم سلفاً في شيء آخر، و

لهذا قال فلا يصرفه إلى غيره أي لا يصرفه إلى سلف آخر، وهذا لا يجوز لأنه يتضمن

الربح فيما لم يضمن ^(٣).

الترجيح:

سبق أن رجح الباحث أنه يجوز بيع المسلم فيه لغير المسلم إليه بشرطين، وهو ألا يكون

طعاماً، وألا يربح فيه بأن يكون بيع المسلم فيه بسعر وقت البيع، وهذا القول مطرد في

(١) المغني ٤/ ٢٠١، وينظر: حاشية ابن عابدين ٤/ ٢٠٩، تبين الحقائق وحاشية الشلبي عليه

٤/ ١١٨، ط/ دار الكتاب الإسلامي، الأم للشافعي ٣/ ١٣٣، المهذب للشيرازي ١/ ٢٦٣،

المبدع شرح المقنع ٤/ ١٩٧ ط المكتب الإسلامي. والحديث رواه أبوداود في كتاب البيوع، باب

السلف لا يحول برقم ٣٤٧٠، ورواه ابن ماجه في كتاب التجارات، باب من أسلم في شيء

فلا يصرفه إلى غيره برقم ٢٣٧٠، والبيهقي في سننه الكبرى، كتاب البيوع، باب من سلف في شيء

فلا يصرفه إلى غيره، برقم ١١٤٨٤، قال ابن حجر: وفيه عطية بن سعد العوفي وهو ضعيف، وأعله

أبو حاتم، والبيهقي، وعبدالحق، وابن القطان، بالضعف والاضطراب. ينظر: التلخيص الحبير

٣/ ٦٠ ط مؤسسة قرطبة.

(٢) ينظر: مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩/ ٥١٨.

(٣) المرجع السابق.

هذه المسألة، لكن مع الأخذ بالشروط التي ذكرها المالكية؛ سدا لذريعة الربا فيتحصل من هذا أن الاعتياض عن المسلم فيه بغيره جائز بشروط أربعة:

- (١) أن يكون المسلم فيه مما يباع قبل قبضه.
- (٢) أن يكون العوض عن المسلم فيه، مما يجوز أن يسلم فيه رأس المال.
- (٣) أن يكون العوض معجلاً، غير مؤجل.
- (٤) أن يكون بيع المسلم فيه بسعر وقت البيع.

الفقرة الثانية: حكم استبدال أو تحويل صكوك السلم بأسهم:

أولاً: وصورة هذه المسألة في الصكوك: أن يتم استرداد الصك باستبداله أو تحويله إلى أسهم قبل حلول أجل المسلم فيه، وذلك بإصدار صكوك سلم قابلة للاستبدال أو التحويل إلى أسهم، بعد تاريخ معين.

ثانياً: إن استبدال أو تحويل صكوك السلم، إلى أسهم لا يخلو من حالين:

- (١) وجود الاتفاق السابق: بأن يذكر في نشرة الإصدار، إعطاء حامل الصك الحق طلب تحويل الصك إلى أسهم.

(٢) الحق الطارئ: أن يكون إعطاء الحق خارج نشرة الإصدار، باتفاق جديد.

ثالثاً: حكم الحال الأول:

هذه الحال لا تخلو من أحد أمرين:

- (١) أن يكون الاستبدال أو التحويل لأسهم، مشروطاً في نشرة الإصدار: تقدم أنه لا يجوز اشتراط عقد معاوضة في عقد معاوضة، إذا تواردا على محل واحد^(١)، وقد تبين أن الاستبدال أو التحويل إلى أسهم هو عقد بيع، فلم يصح اشتراطه في عقد السلم، كون المحل الذي ورد عليه واحداً، وهو المسلم فيه.

(١) يرجع إلى المسألة الثانية من الفرع الثاني من المطلب الثالث من المبحث الثالث من التمهيد من هذا الكتاب.

- (٢) أن يكون على سبيل إعطاء حق الاستبدال أو التحويل، والتخيير فيه، بلا إلزام على المحول (مصدر الصكوك) ولا على طالب التحويل (حامل الصك):
- وصورته: أن يذكر في نشرة الإصدار: للمكتتب أن يطلب استبدال أو تحويل الصك إلى اسهم بمعدل تحويل كذا، وبسعر تحويل كذا، وذلك بعقد جديد مستقل عن هذا العقد، يلزم فيه الاتفاق بين الأطراف، قبل قبض المسلم فيه، وبعد تاريخ كذا..
- حكمه بناء على هذه الصورة: لم أر من أشار إلى مثل هذه الصورة عند فقهاءنا المتقدمين، لهذا فالباحث يرى أنه لا مانع منها لسببين:
- (١) أنها خلو من أي إلزام أو التزام أو اشتراط، وبالتالي فلا تقع في النهي عن بيعتين في بيعة، لأن البيوع، عقود لازمة.
- (٢) أن عقد التحويل يبرم باتفاق جديد، خارج العقد الأول، وبالتالي فإنه ينعلم تأثيره على العقد الأول، الذي يرجع إلى الأصل في المعاملات القاضي بإباحتها، ما لم تتضمن محرماً.

الفرع الثاني: انتهاء صكوك السلم:

تنتهي صكوك السلم بأحد أربعة أمور:

- (١) الفسخ.
 - (٢) الإقالة.
 - (٣) استبدال المسلم فيه بعوض حاضر.
- وهذه الأمور الثلاثة، سبق الكلام عليها مفصلاً.
- (٤) إيفاء المسلم فيه: ويتحدد ذلك، بتاريخ الاستحقاق المثبت في نشرة الإصدار، وهو الأجل المعلوم، الذي يجب فيه تسليم المسلم فيه، لحملة الصكوك (أرباب السلم)، ويلزم في هذا التاريخ إحضار المسلم فيه على الصفة المشروطة باتفاق الفقهاء^(١).

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية ٢٥/ ٢٢١، وينظر: روضة الطالبين للنووي ٤/ ٢٩، ٣٠ ط المكتب

قال ابن قدامة رحمته الله: «ومتى أحضر المسلم فيه على الصفة المشروطة لم يخل من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يحضره في محله فيلزمه قبوله؛ لأنه أتاه بحقه في محله فلزمه قبوله كالمبيع المعين وسواء كان عليه في قبضه ضرراً أو لم يكن.

الحال الثاني: أن يأتي به قبل محله فينظر فيه فإن كان مما في قبضه قبل محله ضرراً إما لكونه مما يتغير كالفاكهة والأطعمة كلها أو كان قديمه دون حديثه كالحبوب ونحوها لم يلزم المسلم قبوله؛ لأن له غرضاً في تأخيرها بأن يحتاج إلى أكله أو إطعامه في ذلك الوقت وكذلك الحيوان؛ لأنه لا يأمن تلفه ويحتاج إلى الإنفاق عليه إلى ذلك الوقت وربما يحتاج إليه في ذلك الوقت دون ما قبله. وهكذا إن كان مما يحتاج في حفظه إلى مؤنة كالقطن ونحوه أو كان الوقت مخوفاً يخشى نهب ما يقبضه فلا يلزمه الأخذ في هذه الأحوال كلها؛ لأن عليه ضرراً في قبضه ولم يأت محل استحقاقه له فجري مجرى نقص صفة فيه. وإن كان مما لا ضرر في قبضه بأن يكون لا يتغير كالحديد والرصاص والنحاس فإنه يستوي قديمه وحديثه ونحو ذلك الزيت والعسل ولا في قبضه ضرر الخوفاً ولا تحمل مؤنة فعلياً عليه قبضه؛ لأن غرضه حاصل مع زيادة تعجيل المنفعة فجري مجرى زيادة الصفة وتعجيل الدين المؤجل.

الحال الثالث: أن يحضره بعد محل الوجوب فحكمه حكم ما لو أحضره المبيع بعد تفرقهما^(١).

المبحث الثاني دراسة تطبيقية لصكوك السلم

ويتضمن ثلاثة مطالب:

المطلب الأول التعريف بالإصدار

وفيه فرعان:

الفرع الأول: شرح إصدار الصكوك محل هذه الدراسة:

جاء في صدر نشرة الإصدار شرحا لصكوك السلم محل الدراسة بالقول بأنها: صكوك السلم الإسلامية الحكومية، وهي أداة تمثل أصولا (ألنيوم خام) موصوفة في الذمة مؤجلة التسليم، تصدرها حكومة دولة البحرين بغرض إيجاد مجالات جديدة لاستثمار فائض الموارد المالية في المجتمع، ولتمويل الإنفاق والاحتياجات قصيرة الأجل لمشروعات التنمية المختلفة. وتقوم حكومة دولة البحرين بموجب هذا الإصدار ببيع سلع سيتم تسليمها في المستقبل، إلى المستثمرين (حملة الصوك) في هذا الإصدار باعتباره وعاء استثماريا مشتركا بينهم بنسبة ما كتبت به كل منهم.

ويتم الشراء بثمان عاجل هو قيمة إصدار الصكوك، كما يتم الاحتفاظ بالصكوك إلى موعد التسليم، وتمكين المستثمر من قبض قيمة السلع المستحقة له، الناتج عن بيعها إلى طرف مستقل غير مملوك للبائع، لأكليا ولا جزئيا بثمان يزيد عن ثمن الشراء بالسلم وقيام مؤسسة نقد البحرين بتنظيم الاكتتاب وما يترتب عليه من إجراءات وتصرفات.

الفرع الثاني: محددات الإصدار:

أولاً: حجم الإصدار (مجموع قيمة الصكوك): ٢٥,٠٠٠,٠٠٠ دولار أمريكي.

ثانياً: الحد الأدنى للاكتتاب هو مبلغ ١٠,٠٠٠ دولار أمريكي.

ثالثاً: تاريخ الإصدار في: ١١/٧/٢٠٠١م.

رابعاً: تاريخ الاستحقاق (تاريخ تسليم السلع المسلّم فيها) في: ١٠/١٠/٢٠٠١م،

وبهذا تكون مدة الإصدار: ثلاثة أشهر.

خامساً: سعر الإصدار: تصدر الصكوك بكامل قيمتها الإسمية.

المطلب الثاني أطراف الإصدار وإجراءات هيكلته

وفيه فرعان:

الفرع الأول: أطراف الإصدار:

الطرف الأول: المصدر: وهو مؤسسة نقد البحرين التابع لحكومة البحرين، ويمثل المسلم إليه.

الطرف الثاني: حملة الصكوك: ويمثلون أرباب السلم.

الطرف الثالث: ممثل حملة الصكوك: وهو البنك الذي يعطيه حامل الصك، صلاحية التعاقد مع حكومة البحرين ممثلة في مؤسسة نقد البحرين، بشأن هذا الإصدار وله الصلاحية بالتوقيع على عقد الشراء بالسلم، وتسلم المسلم فيه (فعليا أو حكما) ^(١)، وله

(١) القبض الحكمي عند الفقهاء يقوم مقام القبض الحقيقي، وإن لم يكن متحققا حسا في الواقع، وذلك لضرورات ومسوغات تقتضي اعتباره تقديرا وحكما، وترتيب أحكام القبض الحقيقي عليه، وذلك في حالات ثلاث:

الحالة الأولى: عند إقباض المنقولات بالتخلية مع التمكين في مذهب الحنفية - سيأتي تفصيله -، ولو لم يقبضها الطرف الآخر حقيقة، حيث إنهم يعدون تناوؤها باليد قبضا حقيقيا، والقبض بالتخلية قبضا حكما، بمعنى أن الأحكام المترتبة عليه كأحكام القبض الحقيقي.

الحالة الثانية: إذا وجب الإقباض واتحدت يد القابض والمقبض وقع القبض بالنية، قال القرافي (في تنقيح الفصول وشرحه للقرافي ص ٤٥٦): ومن الإقباض أن يكون للمدين حق في يد رب الدين، فيأمره بقبضه من يده لنفسه، فهو إقباض بمجرد الإذن، ويصير قبضه له بالنية، كقبض الأب من نفسه لنفسه مال ولده إذا اشتراه منه.

الحالة الثالثة: اعتبار الدائن قابضا حكما وتقديرا للدين إذا كانت ذمته مشغولة بمثله للمدين، وذلك لأن المال الثابت في الذمة إذا استحق المدين قبض مثله من دائنه بعقد جديد أو بأحد موجبات الدين، فإنه يعتبر مقبوضا حكما من قبل ذلك المدين. ينظر: بدائع الصنائع ٢٤٤/٥، درر الحكم شرح مجلة الأحكام العدلية لعللي حيدر ٢/٢١٧، شرح الزرقاني على خليل ٢٣٢/٥، مواهب الجليل ٣١٠/٤، قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ٧٢/٢ (ط) المكتبة التجارية الكبرى (بمصر)، المغني لابن قدامة ٥٤/٤ (ط) مكتبة الرياض الحديثة).

الحق أيضا بتوكيل مؤسسة نقد البحرين، ببيع الصفقة على طرف مستقل غير مملوك لها كليا ولا جزئيا.

الفرع الثاني: إجراءات هيكلية الإصدار:

تتلخص إجراءات هيكلية هذا الإصدار حسبما يظهر من نشرة الإصدار، وما تقدم فيما يلي:

(١) يقوم المصدر (حكومة البحرين ممثلة في مؤسسة نقد البحرين) ببيع سلع - حددها الإصدار بألمنيوم خام - إلى حملة الصكوك، يتم تسليمها في المستقبل (مؤجل إلى أجل معلوم، هو تاريخ الاستحقاق).

(٢) تمثل حصيلة الصكوك، الثمن المعجل للسلع، وتودع تلك الحصيلة في حساب لمؤسسة نقد البحرين - عن طريق التحويل لحساب المؤسسة - في بنك الخليج الدولي في نيويورك بالولايات المتحدة الأمريكية.

(٣) يقدم المصدر وعدا ملزما - في نشرة الإصدار - بتسويق (بيع) المسلم فيه عند حلول الأجل.

(٤) يقوم ممثل حملة الصكوك (البنك) بتوقيع عقد وكالة منفصل مع مؤسسة نقد البحرين، يتضمن رغبة ممثل حملة الصكوك، في بيع المسلم فيه، عن طريق مؤسسة نقد البحرين، التي تتولى بيع المسلم فيه.

(٥) وعدت مؤسسة نقد البحرين (وتمثل: المصدر، المسلم إليه، وكيل حملة الصكوك في القبض وبيع المسلم فيه) بموجب وعد ملزم - موقع من قبلها والبنك ممثل حملة الصكوك في صورة عقد منفصل - بأن تبيع المؤسسة المسلم فيه بثمان يزيد على ثمن الشراء، منصوص عليه في هذا الوعد.

(٦) يتم إيداع ثمن البيع، في حسابات مالكي الصكوك، بالدولار في تاريخ الاستحقاق.

المطلب الثالث الدراسة الشرعية للإصدار

وفيه فرعان:

الفرع الأول: عقود الإصدار، الأصلية والتابعة:

تضمن هذا الإصدار عدة عقود مجتمعة، موقعة في آن واحد:

العقد الأول: عقد توكيل حملة الصكوك، للبنك بتمثيلهم في الشراء بالسلم، والتوكيل ببيعه.

العقد الثاني: عقد السلم الأساسي المبرم بين المصدر، والبنك ممثل المكتتبين.

العقد الثالث: العقد المسمى بالوعد الملزم، الذي يلتزم بمقتضاه المصدر، بيع المسلم فيه بعد قبضه من قبل البنك ممثل حملة الصكوك.

العقد الرابع: عقد التوكيل، المسمى عقد التوكيل بالبيع وقبض ثمن المبيع، وبمقتضاه يوكل البنك (مثل حملة الصكوك) الجهة المصدرة (حكومة البحرين ممثلة في مؤسسة نقد البحرين) ببيع المسلم فيه.

و بهذا يتضح أن تلك العقود على قسمين:

القسم الأول: العقد الأصلي: وهو عقد السلم، الذي يمثل فيه حملة الصكوك أرباب السلم، وتمثل الجهة المصدرة المسلم إليه.

القسم الثاني: العقود التابعة: وهي العقود الثلاثة المتبقية.

الفرع الثاني: حكم الإصدار:

بناء على ما سبق فإنه يظهر للباحث أن هناك أسبابا تقوي الاعتقاد بصورية عقد السلم والعقود التابعة له، المبينة سابقا، وهذه الصورية تضعف شرعية العقد؛ كونه يؤدي إلى أن حقيقة تلك العقود، هو أن حملة الصكوك قد دفعوا أموالا هي في محصلة الأمر قرض، في مقابل أن يحصلوا على مال أكثر منه مؤجلا، وهذا هو ربا النسيئة الذي أجمعت الأمة على حرمة كما تقدم، ويدل على وقوع الصورية مايلي:

أولاً: بالنظر إلى ماهو منصوص في تلك العقود نجد، أن العقد المعلنون بـ(عقد الشراء بالسلم) قد نص في البند الثالث منه أنه: يجب على المصدر تسليم المسلم فيه في موقع شركة البحرين للألمنيوم. كما نص العقد المعلنون بأنه (وعد بالبيع) في المادة الثانية منه على: أن الطرف الأول (المصدر: حكومة دولة البحرين) قد أعطت وعدا ملزما ببيع السلع التي سوف يتسلمها الطرف الثاني بموجب عقد الشراء بالسلم - من الطرف الأول - عن طريق عقد وكالة بالبيع، بشرط أن يقبض الطرف الثاني (حملة الصكوك) السلعة المبينة. وهذه الشروط القوية، قد أضعفها، أن البنوك عموما ليس لديها الجاهزية لتحقيق القبض الحقيقي أو الحكمي، لا سيما وأن التسليم يكون في موقع شركة البحرين للألمنيوم؛ وذلك لأن أنظمة البنوك وعملها المصرفي، وموظفيها ليس لديهم الخبرة الفنية باستلام مثل هذه السلع، ولم أجد في تلك العقود تخصيص البنوك جهة معينة تقوم باعتماد استلام المسلم فيه.

فإن قال قائل إن هذا لا يستلزم النص عليه؟

يمكن أن يجاب عليه: بأن جهات الخبرة الفنية المتخصصة بالتسليم، تعمل بالأجرة، وهذه الأجرة تحسب على رب السلم، وذلك يستلزم التنصيص عليها.

ووجه هذا المأخذ شرعا؛ ينبني على مقدمتين ونتيجة:

المقدمة الأولى: كيف يتحقق قبض المنقول شرعا؟

اختلف الفقهاء فيما يتحقق به قبض المنقول على قولين:

القول الأول: أن قبض المنقول يكون بالتناول باليد أو بالتخلية على وجه التمكين،

وهذا مذهب الحنفية^(١)، ورواية عن أحمد^(٢).

(١) ينظر: بدائع الصنائع ٥/ ٢٤٤، البحر الرائق ٥/ ٣٣٢-٣٣٣، درر الحكام شرح مجلة الأحكام

١/ ٢٥٥ ط دار الجيل.

(٢) القواعد لابن رجب ص ٧٤، الإنصاف ٤/ ٤٧٠.

القول الثاني: أن قبض المقدرات من المنقولات إنما يكون بتوفيتها بالوحدة القياسية العرفية المراعاة فيها من الكيل أو الوزن أو الذرع أو العد، وقبض كل شيء بحسبه، وهو قول جمهور أهل العلم من المالكية^(١)، والشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣).

أدلة الأقوال:

أدلة القول الأول:

لأن حقيقة القبض تسليم المبيع وهذا حاصل بأن يخلي بينه وبين المبيع على وجه يتمكن من قبضه بغير حائل^(٤).

أجيب عليه: بأن حقيقة القبض التسلم باليد والتخلية المذكورة ليست كذلك بل غايتها التمكن من حقيقة القبض^(٥).

أدلة القول الثاني:

(أ) أن رسول الله ﷺ قال: (إذا بعت فكل أو إذا ابتعت فاكتل)^(٦).

(١) ينظر: المنتقى ٤/ ٢٨٣، ٢٤٨، التاج والإكليل ٦/ ٤٢٢ - ٤٢٤، شرح الخرشي ٥/ ١٥٧.

(٢) واشترط الشافعية بالإضافة إلى ذلك نقله وتحويله. ينظر: الأم ٣/ ٧٤، قال الشافعي ٣/ ٧٨: لا يكون قابضاً حتى يكتاله. اهـ وينظر: قواعد الأحكام ٢/ ٨٤، المجموع ٩/ ٣٢٩، مغني المحتاج شرح منهاج الطالبين ٢/ ٧٣ ط دار الفكر.

(٣) ينظر: المغني مع ٤/ ١١١ ط الكتاب العربي، كشف القناع ٣/ ٢٠١ ط دار الفكر.

(٤) البحر الرائق ٥/ ٣٣٢ - ٣٣٣.

(٥) المرجع السابق.

(٦) رواه أحمد في مسند عثمان بن عفان برقم (٤٤٦، ٥٦١)، والدارقطني في باب: إذا ابتعت فاكتل من كتاب البيوع برقم (٢٧٧٤)، والبخاري في مسند عثمان برقم (٣٧٩)، والبيهقي في سننه الكبرى، باب في الرجل يبتاع طعاماً كيلاً، من كتاب البيوع برقم (١٠٧٤٢)، وذكره البخاري تعليقاً في صحيحه بصيغة التمريض في كتاب البيوع، باب الكيل على البائع والمُعطي، وقال ابن حجر الهيتمي (مجمع الزوائد ٤/ ١٧٤٦): «رواه أحمد وإسناده حسن».

(ب) قول النبي ﷺ: (اَكْتَالُوا حَتَّى تَسْتَوْفُوا)^(١).

(ج) ما روي عن النبي ﷺ: (أنه نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان؛ صاع البائع أو صاع المشتري)^(٢).

(د) قول النبي ﷺ: (إذا سميت الكيل فكل)^(٣).

وقد نصت هذه الأحاديث على أن التوفية والقبض في الأعيان المبعة، محددة المقدار بمقياس معين (كالكيل في العصر النبوي)، لا يتم إلا بقيام المشتري بتحديد ذلك المقدار في المبيع - عن طريق وحدة القياس - عند القبض؛ وذلك قطعاً للنزاع، وتضييقاً لهوة الاختلاف.

الترجيح:

يظهر - والله أعلم - رجحان القول الثاني، وذلك لقوة ما استدل به، ولتوجه المناقشة لتعليل القول الأول، ولأن القبض إذا كان شرطاً في المبيع (ألا يبيعه قبل قبضه) فإن هذا القبض لا يظهر أثره إلا بتام بوضع اليد على جميع أوصاف المبيع، وضعا ينفي النزاع، فإن البيع إذا كان موصوفاً بوحدة قياسية كألف طن مثلاً، كيف يتم قبضه بمجرد دعوى البائع أنه هو المعقود عليه بوصفه (ألف طن)؟ ثم إذا قبضه المشتري دون أن يتحقق من هذا المقدار، وخرج بذلك القبض من ضمان البائع إلى ضمان المشتري، ثم وجد في المبيع

(١) رواه ابن حبان في صحيحه في باب ذكر مقاساة النبي من قومه، من كتاب: كتب النبي ﷺ برقم (٦٤٤٨)، والبيهقي في باب جواز السلم الحال، من كتاب: جامع أبواب السلم برقم (١١١٦٨)، والحاكم في مستدركه في كتاب تواريخ المتقدمين، باب يد المعطي هي العليا برقم (٤٢٦٨)، وذكره البخاري تعليقا في صحيحه بصيغة الجزم في كتاب البيوع، باب الكيل على البائع والمُعطي.

(٢) رواه ابن ماجه في باب بيع الطعام قبل قبضه، من كتاب التجارات برقم ٢٢٩٢، ورواه البيهقي في باب الرجل يبتاع طعاماً، من كتاب البيوع برقم (١٠٧٤٦) وقال: «وقد رُوي ذلك موصولاً عن أوجهٍ إذا ضُمَّ بَعْضُهَا إِلَى بَعْضٍ قَوِيٌّ» اهـ، والدارقطني في سننه في كتاب البيوع باب (دون ترجمه) برقم (٢٧٧٥).

(٣) رواه ابن ماجه في باب بيع الطعام مجازفة من كتاب التجارات برقم (٢٢٩٤) وقال في مصباح النزاج ١٦/٢: «هذا إسناد ضعيف».

نقصا فعلى من يكون النقص؟ وكيف يلزم البائع بضمان النقص وقد تم البيع بصحة القبض؟ لا شك أن هذا القبض ناقص غير تام، موجد للنزاعات في المقبوضات، والشريعة جاءت بما يقطع النزاعات، لا بما يحدثها، فدل ذلك أن مجرد التخلية غير كاف في قبض السلعة المحددة المقدار.

المقدمة الثانية: أن المسلم فيه (الألمنيوم الخام) مقدر في عقد الشراء بالسلم بالطن، وهي وحدة قياس مثل هذه السلع، ولا يتأتى التحقق من ذلك المقدار عند القبض إلا عن طريق جهة ذات خبرة فنية، وهو ما لم يتوافر النص عليه في هذه العقود.

النتيجة:

أولاً: توصل الباحث مما سبق إلى عدم صحة القبض بالصورة المذكورة بعاليه.
ثانياً: قد يقول قائل: سلمنا عدم وقوع القبض حقيقة ولا حكماً، لكن على قول المالكية - يجوز بيع المسلم فيه قبل قبضه - ما لم يكن طعاماً - سواء أكان مع حلول الأجل أم قبله، وبناء عليه يصح ذلك التصرف؟
يجاب عليه: بأن الباحث قد رجح جواز بيع المسلم فيه قبل قبضه بشرط ألا يربح فيه، لثلا يدخل في النهي عن ربح ما لم يضمن، بينما نص البند الأول من ضوابط وشروط نشرة الإصدار على: أن بيع المسلم فيه - الذي التزم المصدر بتسويقه - يكون بثمن يزيد عن ثمن الشراء بالسلم.

ثالثاً: أن المالكية الذين أجازوا بيع المسلم فيه قبل قبضه - كما تقدم - قد نصوا على قاعدة نفيسة في هذا المقام، وهي أن ما خرج من اليد وعاد إليها فهو لغو^(١)، جاء في مواهب الجليل: وأصل هذا الباب اعتبار ما خرج من اليد وما عاد إليها، فإن جاز التعامل عليه مضى وإلا بطل، فإن كان المبيع ثوباً مثلاً أو غيره، فاجعله ملغياً كأنه لم يقع فيه عقد ولا وقع فيه ملك واعتبر ما خرج من اليد خروجاً مستقراً، انتقل الملك به وما عاد إليها،

(١) ينظر: مواهب الجليل ٤/ ٣٧٤، الإتيقان والإحكام شرح تحفة الأحكام لمحمد بن أحمد الفاسي

٢/ ٥، الفواكه الدواني ٢/ ١٠١، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣/ ٦٢.

وقابل أحدهما بالآخر. فإن وجدت في ذلك وجهاً محرماً لو أقرأ بأنهما عقداً عليه لفسخت عقدهما، فامنع من هذا البيع لما تقدم من وجوب حماية الذرائع^(١). والمسلم فيه في هذه الصكوك قد عاد إلى المصدر، وإن كان بطريق الوكالة، فرجوعه إلى يد من صدر منه، كاف في الحكم بإلغائه عند الملكية.

رابعاً: نصت نشرة الإصدار على أن: تدفع المؤسسة (المصدر: مؤسسة نقد البحرين) ثمن البيع للملكي الصكوك في حساباتهم بالدولار الأمريكي.

فهذا النص بمثابة الشرط في عقد السلم، يلتزم فيه المسلم إليه بدفع ثمن المسلم فيه، لا ذات المسلم فيه، كما أن فيه التزاماً بدفع مبلغ نقدي للمسلم. وهذا يؤكد صورية العقد، بدليل تحديد إيداع الثمن النقدي في تاريخ معين هو تاريخ الاستحقاق، مع أن مهمة تسويق المبيع المسندة إلى المصدر بموجب عقد الوكالة غير محددة المدة، ثم إنها سلعة خاضعة للعرض والطلب، فقد تلقى رواجاً، وقد لا تجد من يقبلها بالثمن المعروضة به - الذي يفترض أن يكون زائداً على ثمن الشراء وهو ٢٥,٠٠٠,٠٠٠ دولار أمريكي - خاصة أن السلع الخام تتعرض للتقلب في الأسعار عالمياً. فكيف يلتزم المصدر ويلزم نفسه، بشرط قد لا يتمكن من الوفاء به، لاسيما أنه صادر من مؤسسة نقدية تعي الأثر القانوني لهذا الالتزام.

إن ذلك يقوي الاعتقاد بأن عقد السلم ماهو إلا غطاء لعقد قرض ربوي - في الظاهر، ولا يمنع من صحته إذا كانت تلك العقود والشروط على حقيقتها في الباطن -، ويمكن تلخيص تلك الصورية في ثلاثة أمور هي كالتالي:

(١) التزام المصدر (المسلم إليه) بدفع ثمن المسلم فيه.

(٢) أن يكون الثمن نقداً.

(٣) أن يدفع بتاريخ معين، هو تاريخ الاستحقاق.

الفصل الثاني

التمويل والاستثمار

بصكوك عقد المساقاة

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: في تعريف المساقاة والصكوك فيها ومشروعيتها
وشروطها

المبحث الثاني: إصدار وتداول صكوك المساقاة واستردادها.



المبحث الأول في تعريف المساقاة والصكوك فيها ومشروعيتها وشروطها

وتحتة أربعة مطالب:

المطلب الأول تعريف المساقاة

وفيه فرعان:

الفرع الأول: تعريف المساقاة لغة:

المساقاة مفاعلة من السقي، جاء في معجم مقاييس اللغة: «السين والقاف والحرف المعتل أصل واحد، وهو إشراب الشيء الماء وما أشبهه»^(١). جاء في لسان العرب: «سَقَاهُ وَأَسْقَاهُ جَعَلَ لَهُ مَاءً أَوْ سَقِيًّا فَسَقَاهُ»^(٢). وجاء فيه أيضاً: «المساقاة في كلام الحجازيين هي المعاملة في كلام أهل العراق، وعاملت الرجل أَعَامَلَهُ مُعَامَلَةً وَالْعَمَلَةُ الْقَوْمُ يَعْمَلُونَ بِأَيْدِيهِمْ ضَرْباً مِنَ الْعَمَلِ فِي طِينٍ أَوْ حَفَرٍ أَوْ غَيْرِهِ»^(٣). اهـ، وجاء في الصحاح: «والمساقاة: أن يستعمل رجل رجلاً في نخيل أو كروم ليقوم بإصلاحها، على أن يكون له سهمٌ معلوم مما تُغَلَّه»^(٤).

الفرع الثاني: تعريف المساقاة اصطلاحاً:

اختلفت ألفاظ الفقهاء، في تعريف المساقاة وإن كانت متفقة - إجمالاً - في المعنى: فعرفها الحنفية بأنها: «دفع النخل والكرم والأشجار المثمرة معاملة بالنصف أو بالثلث أو بالربع قل أو كثر»^(٥).

(١) معجم مقاييس اللغة ٣ / ٦٤.

(٢) لسان العرب ١٤ / ٣٩٠.

(٣) المرجع السابق ١١ / ٤٧٤.

(٤) الصحاح ١ / ٣٢٢.

(٥) الجوهرة النيرة ١ / ٣٧٣.

وجاء عندهم أيضا أنها: «دفع الشجر إلى من يصلحه بجزء من ثمره»^(١).
وعرفها المالكية بأنها: «عقد على عمل مؤنة النبات بقدر لا من غير غلته لا بلفظ بيع أو
إجارة أو جعل»^(٢).
وعرفها الشافعية بأنها: «أن يعامل غيره على نخل أو شجر عنب ليتعهده بالسقي
والتربية على أن الثمرة لهما»^(٣).
وعرفها الحنابلة بأنها: «دفع شجر إلى من يقوم بمصلحته بجزء معلوم من ثمرته»^(٤).

المطلب الثاني

تعريف صكوك المساقاة باعتبارها علما ولقبا

عرفها بعض الباحثين بأنها: «وثائق متساوية القيمة تصدر لاستخدام حصيلة
الاكتتاب فيها، في سقي أشجار مثمرة، ورعايتها على أساس عقد المساقاة، ويصبح لحملة
الصكوك حصة من الثمرة»^(٥).

وعرفتها هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية بأنها: «وثائق متساوية
القيمة يتم إصدارها لاستخدام حصيلتها في سقي أشجار مثمرة والإنفاق عليها ورعايتها

(١) درر الحكام ٢/ ٣٢٨.

(٢) شرح حدود ابن عرفة ٣٨٦.

(٣) الغرر البهية ٣/ ٢٩٩.

(٤) الإنصاف ٥/ ٤٦٦.

(٥) ينظر: مقال في موقع <http://www.alaswaq.net/views> بتاريخ الأحد ١٧ صفر ١٤٢٩ هـ - ٢٤

فبراير ٢٠٠٨ م للكاتب: أحمد بن عبدالرحمن الجبير، وصحيفة الرياض بتاريخ الأحد ٢١ ربيع

الآخر ١٤٢٩ هـ - ٢٧ أبريل ٢٠٠٨ م - العدد ١٤٥٥٢.

على أساس عقد المساقاة، ويصبح لحملة الصكوك حصة من الثمرة وفق ما حدده العقد^(١).

والتعريفين متقاربين لفظاً، ويؤخذ على هذين التعريفين مايلي:

- (١) الدور: حيث إن التعريف هو لصكوك المساقاة، وتم النص عليها في التعريف.
- (٢) أن في التعريفين خروجاً عن ماهية الصك، وذلك أن قوله في التعريف: «لاستخدام حصيلتها في سقي أشجار مثمرة والإنفاق عليها ورعايتها...»، فهذا العمل يعد سبب الإصدار، ولا يعبر عن صكوك المساقاة، التي تمثل عقد عمل في أشجار.

التعريف المختار:

أن صكوك المساقاة هي: إثباتات (قيود أو وثائق) متساوية عند إصدارها، تمثل عقد عمل للعناية بأشجار، مقابل جزء من الثمرة.

المطلب الثالث

مشروعية المساقاة

اختلف الفقهاء في حكم المساقاة على ثلاثة أقوال:

الأول: أنها غير مشروعة مطلقاً، وهذا قول أبي حنيفة^(٢).

الثاني: أنها مشروعة وجائزة في النخل والكرم، دون ماسواهما من الأشجار، وهو قول

الشافعي في الجديد^(٣).

(١) المعيار رقم ١٧، الفقرة ٨/٣ ص ٢٣٩ من المعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية.

(٢) ينظر: بدائع الصنائع ٦/١٨٥، العناية شرح الهداية ٩/٤٧٨، الجوهرة النيرة ١/٣٧٣.

(٣) ينظر: الأم ٤/١١، تحفة المحتاج ٦/١٠٦.

الثالث: أنها مشروعة مطلقاً في كل شجر ذي نفع، وهذا قول أبي يوسف و محمد بن الحسن من الحنفية^(١)، ومذهب المالكية^(٢)، وقول الشافعي في القديم^(٣)، ومذهب الحنابلة^(٤).

الأدلة:

أدلة القول الأول:

(١) جاء في المبسوط: يقول أبو حنيفة: « هذا استئجار بأجرة مجهولة معدومة، في وجودها خطر وكل واحد من المعنيين يمنع صحة الاستئجار والاستئجار بما يكون على خطر الوجود في معنى تعليق الإجارة بالخطر والاستئجار بأجرة مجهولة بمنزلة بيع بئمن مجهول وكل واحد منهما عقد معاوضة يعتمد تمام الرضا ثم البيع بئمن مجهول يكون فاسداً فكذلك الاستئجار بأجرة مجهولة وهذا القياس سنده الأثر وهو قوله عليه الصلاة والسلام: (من استأجر أجيراً فليعلمه أجره)»^(٥).

(١) ينظر المراجع السابقة.

(٢) ينظر: المتقى ٥/١١٨، شرح مختصر خليل ٦/٢٢٧، الفواكه الدواني ٢/١٢٤.

(٣) ينظر: حاشيتا قليوبي وعميرة ٣/٦٢.

(٤) ينظر: المغني ٥/٢٦٦، الفروع ٤/٤٠٧.

(٥) المبسوط ٢٣/١٨. والحديث أخرجه عبد الرزاق في المصنف في كتاب البيوع، باب قول الرجل بع هذا بكذا وما زاد فهو لك، برقم (١٦٠٩٦)، والبيهقي في كتاب الإجارة، باب لا تجوز الإجارة حتى تكون معلومة برقم (١١٩٨٥)، ورواه أحمد في مسند أبي سعيد الخدري برقم (١١٣٢٥) بلفظ: (أن النبي ﷺ نهى عن استئجار الأجير حتى يبين له أجره)، ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه في كتاب البيوع، باب من كره أن يستعمل الأجير حتى يبين أجرته برقم (١٦٨٥٨) موقوفاً على أبي سعيد وأبي هريرة رضي الله عنهما ورجح سفيان الثوري وأبوزرعة رحمهما الله وقفه. ينظر: نصب الراية ٥/٢٧٨-٢٨٠، وقال ابن حجر في تلخيص الخبير ٣/١٣٢: هو منقطع.

(٢) ولأن هذا استئجار ببعض الخارج وهو منهي عنه^(١).

يجاب على هذين الدليلين: بأن المساقاة ليست من باب الإجارة، بل من باب المضاربة، ومما يدل على أنها من باب المضاربة أمران:

(١) مسيس الحاجة إلى تجويزها.

(٢) العرف الظاهر بين الناس في جميع البلدان^(٢).

وقال ابن قدامة: «وقولهم: إنها إجارة. غير صحيح إنما هو عقد على العمل في المال ببعض نمائه فهي كالمضاربة وينكسر ما ذكره بالمضاربة؛ فإنه يعمل في المال بنمائه وهو معدوم مجهول وقد جاز بالإجماع وهذا في معناه ثم قد جوز الشارع العقد في الإجارة على المنافع المدومة للحاجة فلم لا يجوز على الثمرة المدومة للحاجة مع أن القياس إنما يكون في إلحاق المسكوت عنه بالمنصوص عليه أو المجمع عليه فأما في إبطال نص وأخرق إجماع بقياس نص آخر فلا سبيل إليه»^(٣).

أدلة القول الثاني:

استدلوا على مبدأ المشروعية بمثل أدلة القول الثالث الآتي ذكرها، واستدلوا على

تخصيصه بالنخل والكرم:

بحديث: (أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ عَامَلَ خَيْبَرَ بِشَطْرِ مَا يَخْرُجُ مِنْهَا مِنْ ثَمَرٍ أَوْ زَرْعٍ)^(٤)، ولم يكن في خيبر من الأشجار المثمرة إلا النخل، فهذا نص في النخل، وألحق به العنب بجامع

(١) بدائع الصنائع ٦/ ١٨٥، والمقصود بالنهي هو حديث النهي عن قفيز الطحان.

(٢) ينظر: العناية شرح الهداية ٩/ ٤٧٩.

(٣) المغني ٥/ ٢٢٧.

(٤) رواه البخاري في كتاب المزارعة، باب المزارعة بالشطر ونحوه برقم (٢٣٢٨)، ومسلم في كتاب المساقاة، باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر برقم (٤٠٤٤).

وجوب الزكاة وإمكان الخرص^(١).

أجيب عن التخصيص بالنخل والعنب: بأن تخصيص ذلك بالنخل أو به وبالكرم يخالف عموم قوله: (عامل رسول الله ﷺ أهل خيبر بشرط ما يخرج منها من زرع أو ثمر). وهذا عام في كل ثمر أو لا تكاد بلدة ذات أشجار تخلو من شجر غير النخل أو قد جاء في لفظ بعض الأخبار: (أن النبي ﷺ عامل أهل خيبر بشرط ما يخرج من النخل والشجر)^(٢)؛ ولأنه شجر يثمر كل حول فأشبهه النخل والكرم ولأن الحاجة تدعو إلى المساواة عليه كالنخل وأكثر؛ لكثرة فجازت المساواة عليه كالنخل أو وجوب الزكاة ليس من العلة المجوزة للمساواة ولا أثر له فيها وإنما العلة في ما ذكرناه^(٣).

أدلة القول الثالث:

(١) الحديث السابق ذكره وهو: (أن رسول الله ﷺ عامل أهل خيبر بشرط ما يخرج منها من ثمر أو زرع).

(٢) الإجماع: قال أبو جعفر محمد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب^(٤) رضي الله

(١) تحفة المحتاج ١٠٧/٦.

(٢) قال الدارقطني في سننه، كتاب البيوع، باب (من غير ترجمه) حديث رقم (٢٩٠٤): (حدثنا ابن صاعد نا يوسف بن موسى القطان وشعيب بن أيوب قالنا نا ابن نمير عن عبيد الله عن نافع عن ابن عمر: أن رسول الله ﷺ عامل أهل خيبر بشرط ما يخرج من النخل والزرع). وقال يوسف - القطان -: «من النخل والشجر». قال ابن صاعد: «وهم في ذكر الشجر ولم يقله غيره».

(٣) المغني ٢٢٧/٥.

(٤) هو مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ الْحُسَيْنِ بْنِ عَلِيٍّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ الْقُرَشِيِّ الْهَاشِمِيِّ (٥٦ - ١١٦)، أَبُو جَعْفَرٍ الْبَاقِر، وَأُمُّهُ أُمُّ عَبْدِ اللَّهِ بِنْتُ الْحَسَنِ بْنِ عَلِيٍّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ. كان ثقة، كثير الحديث، وليس يروي عنه من يُحتجُّ به، وشَهِرَ أَبُو جَعْفَرٍ بِالْبَاقِر، مِنْ: بَقَرِ الْعِلْمِ - أَيَّ شَقِّهِ - فَعَرَفَ أَصْلَهُ وَخَفِيَّهِ. وَكَانَ أَبُو جَعْفَرٍ إِمَامًا، مُجْتَهِدًا، تَالِيًا لِكِتَابِ اللَّهِ، كَبِيرَ الشَّأْنِ. تهذيب الكمال ٥٥/١١، سير أعلام النبلاء ٣٤٢/٥.

عنه وعن آبائه: (عامل رسول الله ﷺ أهل خير بالشرأثم أبو بكر وعمر وعثمان وعلي ثم أهلهم إلى اليوم يعطون الثلث والرابع. وهذا عمل به الخلفاء الراشدون في مدة خلافتهم)^(١) واشتهر ذلك فلم ينكره منكر فكان إجماعاً^(٢).

الترجيح:

يترجح - والله أعلم - القول الثالث، لموافقة النص النبوي، ولإجماع الصحابة ومن بعدهم على صحته، ولمسيس الحاجة إلى هذا العقد، ومبنى عدم تجويز المساقاة - القول الأول - أنها من باب الإجارة، قد سبق الجواب على ذلك بما ينفي معه ما ترتب عليه من آثار.

المطلب الرابع

شروط المساقاة

الشرط الأول: أن يكون العاقدان عاقلين:

واختلف في البلوغ: فذهب الحنفية^(٣): إلى اشتراط كون العامل في المساقاة عاقلاً أما البلوغ فليس بشرط، وتجويز مساقاة الصبي المأذون. وذهب جمهور أهل العلم المالكية^(٤)، والشافعية^(٥)، والحنابلة^(٦) إلى أنها: تصح من جائر التصرف لنفسه، ولصبي ومجنون وسفيه بالولاية عليهم عند المصلحة للاحتياج إلى ذلك.

(١) رواه ابن أبي شيبة في المصنف في كتاب البيوع، باب من لم ير بالمزارعة بالنصف والثلث والرابع بأساً، وصححه ابن القيم في حاشية سنن أبي داود ٢٠٧/٩.

(٢) المغني ٥/٢٢٧.

(٣) ينظر: بدائع الصنائع ٦/١٨٥، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٢/٦٨٨.

(٤) ينظر: بداية المجتهد ٢/٣٧٣، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣/٥٣٩.

(٥) ينظر: أسنى المطالب ٢/٣٩٣، مغني المحتاج شرح منهاج الطالبين ٢/٣٢٣.

(٦) ينظر: كشف القناع ٣/٥٣٢، شرح منتهى الإرادات ٢/٣٤٣ - ٣٤٧.

وهذا القول أقرب للصواب - في نظر الباحث -، فالصبي قد لا يتوفر لديه القدر الكافي من العلم والخبرة التي تجعله يحكم على الأمور حكماً صحيحاً، فربما يرى أن المصلحة في هذا العقد، وهي بخلافه، فهذا الشرط فيه احتياط لمال الصبي، كما أنه يفترض في الولي أن يكون حريصاً على ما فيه مصلحة المولى عليه، فلا يتصرف في شيء فيه ضرر عليه.

ويؤخذ من هذا الشرط: أنه لا يصح الاكتتاب في صكوك المساقاة إلا عن طريق بالغ عاقل، وأما الصغار فيكتب عنهم أولياؤهم.

الشرط الثاني: أن يكون المحل مما تصح المساقاة عليه:

وقد سبق عند ذكر اختلاف الفقهاء في مشروعية المساقاة، ذكر رأي الشافعية الذين خصصوا الجواز بالنخل والعنب، وأما الجمهور فأجازوه في كل شجر يثمر إجمالاً، ولكل مذهب منهم استثناءات تخصه، حسب اختلاف الأشجار وأنواعها يرجع إليها في مظانها^(١).

الشرط الثالث: أن يكون محل المساقاة معلوماً معيناً:

يشترط أن يكون محل المساقاة معلوماً معيناً باتفاق المذاهب الفقهية الأربعة؛ لأن المساقاة إجارة ابتداء وشركة انتهاء، فكما تشترط معلومية محل الإجارة تشترط معلومية محل المساقاة، ويكون ذلك بالإشارة أو الوصف أو التحديد، أو الرؤية^(٢).

(١) ينظر: الهداية ٤/٦٠، تبين الحقائق ٥/٢٨٣، ٥/٢٨٥، التاج والإكليل ٥/٣٧٢، مواهب الجليل ٥/٣٧٢، الحاوي للماوردي ٩/١٦٩، شرح المحلى على المنهاج ٣/٦١، المغني لابن قدامة ٥/٣٩٣.

(٢) ينظر: وبدائع الصنائع ٦/١٨٦، بداية المجتهد ٢/٣٢٠، القوانين الفقهية ١٨٤، روضة الطالبين ٥/١٥١، الحاوي ٩/١٦٥، حاشية البجيرمي وشرح المنهج ٣/١٧٥، المغني ٥/٤٠٠، كشف القناع ٣/٥٣٤.

الشرط الرابع: أن يكون الشجر بحيث يزيد ثمره بالسقي والتعهد:

أورد هذا الشرط فقهاء الحنفية والحنابلة والمالكية، وعن الشافعية فيه قولان أظهرهما الجواز^(١). وهذا في الحقيقة شرط عقلي - يدل عليه العقل -، والمقصود بهذا الشرط: أن تكون السقيا مؤثرة في الشجر، بحيث يخرج الثمر في الشجر، فإن لم يكن له أثر، بأن يكون الشجر هرما لا يثمر، أو متضررا بأفة منعت الثمر، مع بقاء أصوله، فلافائدة من سقيه، وتعاهده، ولأن حق العامل في الثمر، فإن كانت لا تثمر ضاع حقه.

الشرط الخامس: التخلية:

والتخلية بمعنى تسليم الشجر إلى العامل وانفراد العامل بوضع اليد في الحديقة، وذلك ليتمكن من العمل متى شاء^(٢). وبدون التخلية لا يتحقق العمل من العامل، فيتعذر العقد.

الشرط السادس: أن يكون العمل مقصورا على العامل وحده دون اشتراط شيء منه على المالك:

وهذا الشرط متفق عليه بين فقهاء المذاهب الأربعة - في الجملة -، ويفسد العقد بوجه عام باشتراط شيء من العمل ومؤنته ولو أزمه على المالك؛ لأنه يخالف مقتضى العقد، وهو: أن العمل على العامل، كما في المضاربة إذا شرط فيها العمل على رب المال^(٣).

الشرط السابع: أن لا يشترط على العامل ما لا يدخل في جنس عمله:

قال ابن رشد: «إن العلماء بالجملة أجمعوا على أن الذي يجب على العامل هو السقي والإبار واختلفوا في غير ذلك. واتفقوا على أنه لا يجوز فيها اشتراط منفعة زائدة، مثل أن

(١) ينظر: بدائع الصنائع ٦/١٨٦، والقوانين الفقهية ص ١٨٤، وروضة الطالبين ٥/١٥٢، والمغني ٥/٤٠٠.

(٢) ينظر: المراجع السابقة.

(٣) ينظر: بدائع الصنائع ٦/١٨٦، حاشية الدسوقي والشرح الكبير ٣/٥٤٦، روضة الطالبين ٥/١٥٥، المغني لابن قدامة ٥/٥٦٥، كشف القناع ٣/٥٤٠.

يشترط أحدهما على صاحبه زيادة دراهم أو دنانير، ولا شيئاً من الأشياء الخارجة عن المساقاة»^(١).

الشرط الثامن: أن ينفرد العامل بالحديقة:

اشترط الشافعية - وهو قريب من شرط التخلية، وهذا الشرط أخص -: أن يستبد العامل باليد في الحديقة ليتمكن من العمل متى شاء فلو شرطاً كونه في يد المالك، أو مشاركته في اليد لم يصح، ولو سلم المفتاح إليه، وشرط المالك الدخول عليه، جاز على - الوجه - الصحيح، والوجه الثاني: أنه إذا دخل، كانت الحديقة في يده، فيتعوق العامل بحضوره عن العمل، فلا يصح^(٢).

الشرط التاسع: أن الثمر يكون مشتركاً بين المالك والعامل:

لا أن يكون لأحدهما أو لغيرهما؛ لأن معنى الشركة لازم لهذا العقد وكل شرط يكون قاطعاً للشركة يكون مفسداً للعقد^(٣). غير أن المالكية نصوا على جواز أن تكون الثمرة كلها للعامل أو المالك وخُرج ذلك على أنه منحة لا مساقاة^(٤).

الشرط العاشر: أن يكون نصيب كل منهما من الخارج جزءاً معلوماً القدر:

كالثلث والنصف، وأجاز المالكية كون التعيين بالعادة الجارية في البلد^(٥).

(١) بداية المجتهد ٣١٨/٢، وينظر: روضة الطالبين ١٥٥/٥، المغني ٤٠١/٥ - ٤٠٢.

(٢) روضة الطالبين ١٥٥/٥.

(٣) ينظر: بدائع الصنائع ١٨٦/٦، القوانين الفقهية ١٨٤، حاشية الدسوقي ٥٤٠/٣، مغني المحتاج مع المنهاج ٣٢٦/٢، كشف القناع ٥٣٥/٣.

(٤) ينظر: الشرح الكبير للدردير ٥٤٠/٣، بداية المجتهد ٣١٨/٢.

(٥) ينظر: بدائع الصنائع ١٨٦/٦، القوانين الفقهية ١٨٤، حاشية الدسوقي ٥٤٠/٣، مغني المحتاج مع المنهاج ٣٢٦/٢، كشف القناع ٥٣٥/٣.

الشرط الحادي عشر: أن يكون الاشتراك في الخارج على وجه الشيوخ لا على
التعيين أو العدد:

وذلك تحقيقاً لمعنى المساقاة، وهو العمل في الشجر لقاء جزء معلوم من الثمر^(١).

* * * * *

(١) ينظر: المراجع السابقة.

المبحث الثاني

إصدار وتداول صكوك المساقاة واستردادها

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول

إصدار صكوك المساقاة

وفيه فرعان:

الفرع الأول: عقد إصدار صكوك المساقاة:

تقدم أن المقصود بالعقد هنا : هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه .

وبناء عليه يمكن تقسيم هذا الفرع إلى مسألتين:

المسألة الأولى: طريقة تصكيك عقد المساقاة وأركانه:

ويندرج تحت هذه المسألة فقرتان:

الفقرة الأولى: طريقة تصكيك عقد المساقاة:

يفترض من البنك الإسلامي، قبل السعي في إصدار صكوك المساقاة، أن يقوم بعمل الدراسات على الأرض والشجر، ومدى الحاجة إلى الثمرة في السوق، والطلب عليها، ويتم قبل ذلك التأكد من سلامة الأشجار، وقدرتها على الإثمار، كما تتضمن الدراسة، حجم الثمار التي يمكن انتاجها، وكم الربح المتوقع، وكم تستغرق دورة الثمر الواحدة.. إلى آخره، كما يلزم منه أن تكون هذه الأرض كبيرة، وتحتاج إلى تمويل ضخم - لأن هذا هو الهدف من الصكوك-، للحصول على الثمار سليمة وقابلة للتسويق.

فإذا تم ذلك، فإن هناك طريقتان لتصكيك عقد المساقاة:

الطريق الأول: أن يكون المصدر لتلك الصكوك وهو صاحب الأرض (مالكها أو

مالك منافعها) التي فيها الشجر، والمكتتبون فيها يمثلون العامل أو المساقى في عقد

المساقاة، وحصيلة الاكتتاب هي تكاليف العناية بالشجر.

وذلك عبر الخطوات التالية:

(١) يتقدم مالك الأرض التي فيها الشجر، ويحتاج إلى العناية بها، بالسقيا، والسماد، والعمالة، والآلات، ونحوها، إلى البنك الإسلامي.

(٢) يقوم البنك بإنشاء شركة ذات غرض خاص - وتسمى وكيل الإصدار - تكون وكيلا عن مالك الأرض، وتتولى إصدار صكوك المساقاة.

(٣) بعد جمع حصيلة الاكتتاب، يقوم مدير الإصدار^(١)، بصفته نائبا عن حملة الصكوك، بتعيين شركة زراعية خبيرة؛ تتولى عملية المساقاة، نيابة عن حملة الصكوك، مقابل أجر معلوم.

(٤) تتضمن نشرة الإصدار، تحديد نسبة المكتتبين من الثمرة.

(٥) تتولى الشركة الزراعية الخبيرة، جمع الثمرة وبيعها، وإعطاء قيمتها إلى الشركة ذات الغرض الخاص، التي تعطي مالك الأرض نصيبه، من بيع الثمر، كما تتولى تقسيم نصيب حملة الصكوك من بيع الثمر على المجموع الكلي للصكوك.

الطريق الثاني: أن يكون المصدر هو المساقى (صاحب العمل) والمكتتبون هم أصحاب الأرض، ويستحق حملة الصكوك الحصة المتفق عليها مما تنتجه الأشجار^(٢).

وهذا الطريق عكس الطريق الأول، ويتم عبر الخطوات التالية:

(١) تتقدم شركة زراعية ذات خبرة، إلى البنك الإسلامي، بطلب الاستثمار عبر عقد المساقاة.

(١) وهي مؤسسة وسيطة تنوب عن المكتتبين في تنفيذ عقد الإصدار ويتم تعيينه في نشرة الإصدار. المعايير الشرعية ص ٢٥٠.

(٢) نص على هذين الطريقين، المعيار رقم ١٧، فقرة ٥/١/٥، من المعايير الشرعية، لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ص ٢٤٢، أما الخطوات فهي من استنتاج المؤلف.

(٢) تنشأ شركة ذات غرض خاص - تمثل وكيل ومدير الإصدار-، تقوم بإصدار صكوك المساقاة.

(٣) بعد جمع حصيلة الاكتتاب، تقوم الشركة ذات الغرض خاص، نيابة عن حملة الصكوك، باستئجار أو شراء أرض، ذات شجر يثمر.

(٤) بذلك يملك حملة الصكوك رقبة أو منفعة تلك الأرض.

(٥) يتولى مدير الإصدار نيابة عن حملة الصكوك (أصحاب الأرض)، بتوقيع عقد مساقاة مع الشركة الخبيرة (المساقى)، التي تقوم على تعاقد الأرض وسقيها، وبكل ما يحتاج له الشجر، إلى قطف الثمرة، وتسويقها.

(٦) يُتفق على حصة كل من حملة الصكوك والمساقى في الثمرة، في عقد المساقاة، ويشار إليه في نشرة الإصدار.

(٧) في حال كانت الأرض مملوكة لحملة الصكوك، أو مستأجرة إجارة طويلة؛ فإنه يمكن تجديد عقد المساقاة لأكثر من دورة إثارة.

الفقرة الثانية: أركان عقد صكوك المساقاة:

لاتخرج أركان عقد صكوك المساقاة عن أركان عقد المساقاة، وهي عند جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة خمسة أركان، هي كالتالي:

الأول: الصيغة.

والثاني: العاقدان.

والثالث: متعلق العمل (الشجر).

والرابع: الثمار.

الخامس: العمل^(١).

(١) ينظر: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٣/ ٥٣٩ - ٥٥٠، بداية المجتهد ٢/ ٣١٩، القوانين الفقهية ٢٨٤ - ٢٨٩، روضة الطالبين ٥/ ١٥٠، المنهاج مع مغني المحتاج ٢/ ٣٢٣، كشاف القناع ٣/ ٥٣٢، ٥٤٠، شرح منتهى الإرادات ٢/ ٣٤٣ - ٣٤٧.

وزاد ابن رشد الحفيد ركنا سادسا هو: المدة^(١)، واقتصر- الحنفية على الصيغة، كباقي العقود عندهم^(٢).

وعند تطبيق هذه الأركان على الطريقتين السابقين لتصكيك عقود المساقاة، نجد أنها لا تختلف إلا في ركنين، هما: الصيغة والعاقدان، ولذا سيتم تبين هذين الركنين، في الطريقتين السابقين على النحو التالي:

الأول: الصيغة:

وبتطبيق ركن الصيغة على الطريقتين السابقين لتصكيك عقد المساقاة، فإن الباحث يتوصل إلى مايلي:

أولاً: الصيغة في الطريق الأول: هي نشرة الإصدار، وفيها يوضح أن حملة الصكوك هم المساقون، ومالك الأرض والشجر (الرقبة أو المنفعة) هو الطرف المساقى له، ويبين فيها أيضا العلاقات التابعة (الوكالات)، والعلاقات الأصلية التي تكون بين طرفي عقد المساقاة، كما يبين فيها الشروط، والأركان الأخرى.

ثانياً: الصيغة في الطريق الثاني: هي عقد المساقاة، الذي يتم توقيعه بين مدير الإصدار - نيابة عن حملة الصكوك - و الشركة الخبيرة، وأما نشرة الإصدار فتتضمن توكيل كل من، حملة الصكوك لمدير الإصدار، وتوكيل الشركة الخبيرة للشركة ذات الغرض الخاص بكافة العمليات اللاحقة.

الثاني: العاقدان:

العاقدان في عقد المساقاة، هما:

(١) مالك الأرض والشجر (رقبة أو منفعة).

(١) بداية المجتهد ٣/ ٣١٩.

(٢) ينظر: الاختيار ٣/ ٧٩-٨٠، بدائع الصنائع ٦/ ١٧٦، ١٨٥.

(٢) العامل أو المساعي.

وبدراسة العاقدين في الطريقتين السابقين نجد أن هناك علاقيتين في كل طريق علاقة أصلية وعلاقة فرعية، على النحو التالي:

أولاً: العلاقات في الطريق الأول:

(١) العلاقة الأصلية: وهي عقد المساقاة الرئيس المبرم بين حملة الصكوك بصفتهم العامل أو المساعي، و العاقد الآخر وهو مالك الأرض.

(٢) العلاقة الفرعية: وتتضمن عقدين:

الأول: عقد الوكالة، حيث يكون المصدر وحملة الصكوك هم الموكلون، وتكون الشركة ذات الغرض الخاص، ومدير الإصدار هم الوكلاء.

العقد الثاني: عقد الإجارة، حيث يكون حملة الصكوك بواسطة وكيلهم هم المستأجر، والشركة الزراعية الخبيرة هي المستأجر.

ثانياً العلاقات في الطريق الثاني:

(١) العلاقة الأصلية: بين حملة الصكوك بصفتهم أصحاب الأرض والشجر، والشركة الخبيرة بصفتهما العامل.

(٢) العلاقة الفرعية: وتتضمن عقدين:

الأول: عقد الوكالة، ويكون حملة الصكوك هم الموكلون، ويكون مدير الإصدار هو الوكيل.

الثاني) عقد شراء أو استئجار الأرض ذات الشجر: ويكون فيه حملة الصكوك هم المشترون بواسطة مدير الإصدار، والبائع مالك الأرض أيا كان.

المسألة الثانية: صفة عقد صكوك المساقاة من حيث اللزوم وعدمه:

اختلف الفقهاء في الحكم المتعلق بالمساقاة الصحيحة ابتداء فور انعقادها من حيث لزوم العقد أو جوازه، على قولين:

القول الأول: أن المساقاة عقد لازم من الجانبين وإنه لا خيار لواحد من المتعاقدين في فسخه، وهو مذهب الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، وهو قول عند الحنابلة^(٤).

القول الثاني: أن المساقاة عقد جائز غير لازم، وهو ظاهر مذهب الحنابلة^(٥)، وقول بعض الشافعية^(٦).

أدلة الأقوال:

أدلة القول الأول:

- (١) أنه لا ضرر على واحد من المتعاقدين في التنفيذ.
- (٢) أنها كالإجارة من حيث ورود العقد على عمل يتعلق بالعين مع بقائها^(٧).
- أجيب عنها: بأن عقد المساقاة يفارق الإجارة؛ لأنها بيع أفكانت لازمة كبيع الأعيان ولأن عوضها مقدر معلوم فأشبهت البيع. وقياسهم ينتقض بالمضاربة وهي أشبه بالمساقاة من الإجارة فقياسها عليها أولى^(٨).
- (٣) لأنه لو كان عقد المساقاة جائزاً لرب المال فسخه إذا أدركت الثمرة فيسقط حق العامل فيستضر^(٩).

-
- (١) ينظر: المسوط ٢٣/١٠١، بدائع الصنائع ٦/١٨٦.
 - (٢) ينظر: المنتقى شرح الموطأ ٥/١١٩، الشرح الكبير للدردير ٣/٥٤٥، ٥٤٦.
 - (٣) ينظر: مغني المحتاج ٢/٣٢٩، الغرر البهية شرح البهجة الوردية ٣/٣٠١.
 - (٤) ينظر: المغني ٥/٢٣٣، الفروع ٤/٤٠٧.
 - (٥) ينظر: المراجع السابقة.
 - (٦) ينظر: فتاوى السبكي ١/٤٢٥.
 - (٧) ينظر: بدائع الصنائع ٦/١٨٦، حاشية الدسوقي ٣/٥٤٥، ٥٤٦، مغني المحتاج ٣/٣٢٩، المغني ٥/٢٣٣.
 - (٨) المغني ٥/٢٣٣.
 - (٩) ينظر: بدائع الصنائع ٦/١٨٦، حاشية الدسوقي ٣/٥٤٥، ٥٤٦، مغني المحتاج ٣/٣٢٩، المغني ٥/٢٣٣.

أجيب عنه: بأنه إذا ظهرت الثمرة فهي تظهر على ملكهما فلا يسقط حق العامل منها بفسخ ولا غيراً كما لو فسخ المضاربة بعد ظهور الربح، وإن فسخ رب المال قبل ظهور الثمرة فعليه أجر المثل للعامل؛ لأنه منعه إتمام عمله الذي يستحق به العوض فأشبهه ما لو فسخ الجاعل قبل إتمام عمل الجعالة^(١).

أدلة القول الثاني:

(١) حديث: أن اليهود سألوا رسول الله ﷺ أن يقرهم بخيراً على أن يعملوها ويكون لرسول الله ﷺ شطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع فقال رسول الله ﷺ: (نقركم على ذلك ما شئنا)^(٢).

وجه الدلالة: أنه لو كان لازماً لم يجز بغير تقدير مدة ولا أن يجعل الخيرة إليه في مدة إقرارهم.

(٢) ولأن النبي ﷺ لم ينقل عنه أنه قدر لهم ذلك بمدة ولو قدر لم يترك نقله لأن هذا مما يحتاج إليه فلا يجوز الإخلال بنقله.

(٣) ولأن عمر رضي الله عنه أجلاهم من الأرض وأخرجهم من خيبر^(٣) ولو كانت لهم مدة مقدرة لم يجز إخراجهم منها.

(٤) ولأنه عقد على جزء من نماء المال فكان جائزاً كالمضاربة أو عقد على المال بجزء من نائه أشبه المضاربة.

(١) المغني ٥/ ٢٣٣.

(٢) رواه البخاري في كتاب الحرث والمزراعة، باب: إذا قال رب الأرض أقرتك ما أقرك الله ولم يذكر أجلاً معلوماً فهما على تراضيهما، برقم (٢٣٣٨).

(٣) رواه البخاري في كتاب الشروط، باب إذا اشترط في المزارعة: إذا شئت أخرجتكم، برقم (٢٦٧٢).

الترجيح:

أولاً: يتفق القولان في أن الفسخ لا يؤثر بعد ظهور الثمرة، وأنه يلزم العقد بذلك. ثانياً: يختلف القولان في الفترة التي بعد العمل وقبل ظهور الثمرة، فالقول الأول، يتضمن أنه لا يصح الفسخ، بخلاف القول الثاني، لكن بالنظر في الأدلة، يتبين أن المسألة مترددة بين القولين؛ لأن النبي ﷺ قال لهم: (نقركم ما أقركم الله)^(١)، فهذا شرط بالفسخ، ولو كان يفسخ بمجرد العقد لم يحتاج للشرط، ولهذا استدل بعض العلماء بهذا اللفظ، على جواز اشتراط الخيار في المساقاة للمالك لا إلى أمد^(٢). ولكن قد يقول قائل: بأن هذا إرشاد من النبي ﷺ إلى عدم لزوم العقد. وهذا الاحتمال أقوى؛ لهذا فإن الباحث يرى أن أقرب القولين للدليل هو القول الثاني، والله أعلم.

الفرع الثاني: الشروط في عقد إصدار صكوك المساقاة:

ويندرج تحت هذا الفرع مسألتان:

المسألة الأولى: ما يجوز من الشروط في عقد المساقاة وما لا يجوز عند**الفقهاء:**

اختلف الفقهاء فيما يجوز من الشروط في عقد المساقاة وما لا يجوز، وهذا الاختلاف مبني على أمرين:

(١) ماهية العمل المطلوب من المساقى، وبالتالي ماهية مقتضى العقد من ذلك، أو ما يلائمه؟.

(٢) هل الشرط ملزم بمجرد العقد، أم يلزم التنصيص عليه؟. على النحو التالي:

أولاً: عند الحنفية:

ذكر الحنفية ضابطين لعمل المساقى، وما يصح اشتراطه عليه:

(١) رواه البخاري في الموضع السابق.

(٢) فتح الباري ٥/ ٦٧٢.

الضابط الأول: أن ما كان من عمل قبل إدراك الثمر من السقي والتلقيح والحفظ، فهو على العامل، وما بعد الإدراك كالجذاذ وهو القطف، وحفظه فهو عليهما في ظاهر الرواية، وما بعد القسمة فهو عليهما، فعلى هذا لو شرط قطف الثمر على العامل لم يجز لأنه لا عرف فيه^(١).

الضابط الثاني: أن ما لا تبقى منفعته بعد مدة العقد فهو على العامل، فاشتراطه عليه لا يفسد العقد، وما تبقى منفعته بعدها كغرس الأشجار ونصب العرائش، وإلقاء السرقين، فاشتراطه على العامل يفسد العقد^(٢).

ثانياً: عند الملكية:

أرجع الملكية، العمل المطلوب من المساقى وما يصح اشتراطه عليه إلى العرف، فقررنا: أن كل ما يفتقر إليه الثمر عرفاً يجب على العامل ولو بقي بعد المساقاة، ولا يشترط تفصيل العمل، ويحمل على العرف إن كان منضبطاً، وإلا فلا بد من البيان^(٣).

ولهم ضابط تفصيلي قريب من ضابط الحنفية على النحو التالي:

(أ) أن ما لا يتعلق بالثمرة ولا تأثير له في إصلاحها لا يلزم العامل بالعقد، ولا يجوز أن يشترط عليه إلا اليسير منه كسد الحيطان وإصلاح مجاري المياه.

(ب) ما يتعلق بالثمرة ويبقى بعدها أو يتأبد، كحفر بئر أو عين أو ساقية أو بناء بيت يخزن فيه الثمر، أو غرس فسيل، فإنه لا يلزم بالعقد، ولا يجوز أن يشترط عليه^(٤).

وفي بداية المجتهد: وأما ما له تأثير في إصلاح الثمر ويبقى بعد الثمر فيدخل عنده بالشرط في المساقاة لا بنفس العقد^(٥).

(١) الهداية ٤/٥٨، وحاشية ابن عابدين ٥/١٨٥.

(٢) المراجع السابقة.

(٣) ينظر: مواهب الجليل ٥/٣٧٥.

(٤) ينظر: القوانين الفقهية ص ١٨٤، بداية المجتهد ٢/٣١٩.

(٥) بداية المجتهد ٢/٣١٧-٣١٨.

(ج) ما يتعلق بالثمرة ولا يبقى أو لا يتأبد فهو واجب على العامل بالعقد، كالسقي والحفر، والتنقية والتذكير، والجذاذ وشبه ذلك^(١).

ثالثاً: عند الشافعية:

لهم في عمل المساقى وما يصح اشتراطه عليه، تفصيل أوسع على النحو التالي:
جاء في الحاوي: «قال الشافعي: وكل ما كان فيه مستزاد في الثمر من إصلاح الماء وطريقه وتصريف الجريد وإبار النخل، وقطع الحشيش المضر بالنخل ونحوه جاز شرطه على العامل، فأما شد الحظائر فليس فيه مستزاد ولا صلاح في الثمرة فلا يجوز شرطه على العامل»^(٢).

وجاء في الحاوي أيضاً: «العمل المشروط في المساقاة على أربعة أضرب:
أحدها: ما يعود نفعه على الثمرة دون النخل.
والثاني: ما يعود نفعه على النخل دون الثمرة.
والثالث: ما يعود نفعه على النخل والثمره.
والرابع: ما لا يعود نفعه على الثمرة ولا النخل».
فأما الضرب الأول: وهو ما يعود نفعه على الثمرة دون النخل، فمثل إبار النخل وتصريف الجريد وتلقيح الثمرة ولقاطها رطباً وجذاذها ثمرًا، فهذا الضرب يجوز اشتراطه على العامل، وينقسم ثلاثة أقسام:
(أ) قسم يجب عليه فعله من غير شرط، وهو كل ما لا تحصل الثمرة إلا به كالتلقيح والإبار.

(ب) وقسم لا يجب عليه فعله إلا بالشرط، وهو كل ما فيه مستزاد للثمره وقد تصلح بعدمه، كتصريف الجريد وتدلية الثمرة.

(١) ينظر: القوانين الفقهية ص ١٨٤، بداية المجتهد ٢/ ٢١٨.

(٢) الحاوي ٩/ ١٧٨ - ١٧٩ ط دار الفكر.

(ج) قسم مختلف فيه وهو كل ما تكاملت الثمرة قبله كاللقاط والجذاذ، ففيه وجهان: أحدهما: أنه لا يجب على العامل إلا بشرط لتكامل الثمرة بعده. والوجه الثاني: أنه واجب على العامل بغير شرط، لأن الثمرة لا تستغني عنه وإن تكاملت قبله.

وأما الضرب الثاني: وهو ما يعود نفعه على النخل دون الثمرة، فمثل شد الحظائر وحفر الآبار وشق السواقي وكري الأنهار، فكل هذا مما يعود نفعه على النخل دون الثمرة، فلا يجوز اشتراط شيء من ذلك على العامل، وكذا ما شاكلة من عمل الدواليب ونحوها.

فإن شرط رب المال على العامل شيئاً مما ذكرنا كان الشرط باطلاً والمساواة فاسدة. وقال بعض أصحابنا: يبطل الشرط وتصح المساواة، حملاً على الشروط الزائدة في الرهن تبطل ولا يبطل معها الرهن في أحد القولين.

وأما الضرب الثالث: وهو ما يعود نفعه على النخل والثمره، فكالسقي والإثارة وقطع الحشيش المضر بالنخل. إلى ما جرى هذا المجرى مما فيه صلاح النخل ومستزاد في الثمرة فهذا على ضربين:

أحدهما: ما لا تصلح الثمرة إلا به، كالسقي فيما لا يشرب بعروقه من النخل حتى يسقى سيحاً فهو على العامل، كنخل البصرة فهو وغيره من شروط هذا الفصل سواء، وهو الضرب الثاني في هذين الضربين، وفيه لأصحابنا ثلاثة أوجه: أحدها: أنه واجب على العامل بنفس العقد، واشترطه عليه تأكيد لما فيه من صلاح النخل وزيادة الثمرة.

والوجه الثاني: أنه واجب على رب النخل، واشترطه على العامل مبطل للعقد لأنه بصلاح النخل أخص منه بصلاح الثمرة.

والوجه الثالث: أنه يجوز اشتراطه على العامل لما فيه من زيادة الثمرة، ويجوز اشتراطه على رب النخل لما فيه من صلاح النخل فلم يتناف الشرطان فيه فإن شرطه على العامل لزمه، وإن شرط على رب النخل لزمه، وإن أغفل لم يلزم واحدا منهما، وأما العامل فلائنه لا يلزمه إلا ما كان من موجبات العقد أو من شروطه، وأما رب النخل فلائنه لا يجبر على تسمير ماله.

وأما الضرب الرابع: وهو ما لا يعود نفعه على النخل ولا على الثمرة فهو كاشتراطه على العامل أن يبني له قصرا أو يخدمه شهرا أو يسقي له زرعاً، فهذه شروط تنافي العقد، وتمنع من صحته لأنه لا تعلق لها به، ولا تختص بشيء في مصلحته^(١).

رابعا: عند الحنابلة:

يلزم العامل بإطلاق عقد المساقاة، ما فيه صلاح الثمرة وزيادتها مثل حرث الأرض تحت الشجر والبقر التي تحرث وآلة الحرث وسقي الشجر واستقاء الماء وإصلاح طرق الماء وتنقيتها، وقطع الحشيش المضر والشوك، وقطع الشجر اليابس وزبار الكرم، وقطع ما يحتاج إلى قطعه وتسوية الثمر وإصلاح الأجاجين وهي الحفر التي يجتمع فيها الماء على أصول النخل وإدارة الدولاب، والحفظ للثمر في الشجر وبعده حتى يقسم، وإن كان مما يشمس فعليه تسميسه.

وعلى رب المال ما فيه حفظ الأصل، كسد الحيطان وإنشاء الأنهار وعمل الدولاب وحفر بئره وشراء ما يلحق به.

وعبر بعضهم عن هذا بعبارة أخرى فقال: كل ما يتكرر كل عام فهو على العامل وما لا يتكرر فهو على رب المال، وهذا صحيح في العمل، فأما شراء ما يلحق به فهو على رب المال وإن تكرر؛ لأن هذا ليس من العمل.

(١) المرجع السابق ١٧٩/٩ - ١٨٠ ط دار الفكر.

وإن أطلقا العقد ولم يبين ما على كل واحد منهما فعلى كل واحد منهما ما ذكرنا أنه عليه، وإن شرطاً ذلك كان تأكيداً، وإن شرطاً على أحدهما شيئاً مما يلزم الآخر، فقل لا يجوز ذلك، وعلى هذا تفسد المساقاة لأنه شرط يخالف مقتضى العقد فأفسده.

وقد روي عن أحمد ما يدل على صحة ذلك، فإنه ذكر أن الجذاذ عليهما، فإن شرطه على العامل جاز؛ لأنه شرط لا يخل بمصلحة العقد ولا مفسدة فيه فصح كتأجيل الثمن في المبيع لكن يشترط أن يكون ما يلزم كل واحد من العمل معلوماً لئلا يفضي إلى التنازع والتواكل فيختل العمل، وأن لا يكون ما على رب المال أكثر العمل، لأن العامل يستحق بعمله فإذا لم يعمل أكثر العمل كان وجود عمله كعدمه فلا يستحق شيئاً.

فأما الجذاذ والحصاد واللقاط فهو على العامل، نص أحمد عليه في الحصاد، لأنه من العمل فكان على العامل كالشميس، وروي عن أحمد في الجذاذ - كما تقدم قبل قليل - أنه إذا شرط على العامل فجائز؛ لأن العمل عليه وإن لم يشرطه فعلى رب المال بحصته ما يصير إليه^(١).

المسألة الثانية: الشروط في عقد إصدار صكوك المساقاة، وأحكامها:

أولاً: حكم اشتراط تسويق الثمر الناتج عن المساقاة على العامل:

تبين من ضوابط الفقهاء السابقة أن هذا الشرط لا يلزم العامل ابتداءً، عند الجميع، لكن هل يصح أن يلزمه بالشرط؟:

الجواب من وجهين:

الأول: بتبع الأقوال السابقة، يظهر للباحث أنه بتطبيق ضوابط الحنفية والمالكية والشافعية، على الشرط، فإنه لا يصح اشتراطه وقد يؤدي إلى فساد العقد، بناءً على الضابط الثاني عند الحنفية، والفقرة (أ) عند المالكية، والضرب الثاني، عند الشافعية، أما عند الحنابلة،

(١) المغني لابن قدامة ٥ / ٢٩٧-٢٩٨ ط مكتبة القاهرة.

فقد نصوا - كما سبق - على أن اشتراط أحدهما على الآخر مما يلزم الآخر لا يصح، وفي رواية عن أحمد يصح، ولا شك أن تسويق الثمرة بعد الجذاذ والقسمة كل في نصيبه، وبالتالي يلزم حملة الصكوك تسويق، نصيبهم من الثمر، وبهذا فإن هذه الرواية تصحح هذا الشرط.

الثاني: إن تسويق الثمر، عمل ينتج عنه منفعة معينة، فبالنظر إليه بانفصال عن عقد المساقاة، نجد أنه يتضمن عقد إجارة أشخاص، على محل (الثمر) مختلف عن محل عقد المساقاة (الشجر) وبالتالي، فاشتراط مثل هذا الشرط في عقد المساقاة، يكون من باب اشتراط عقد معاوضة في عقد معاوضة، وقد سبق بيان جوازه، كما أنه لم يتضمن حيلة على الربا، ولا يؤدي إلى أمر ممنوع منه شرعاً، فيبقى على الأصل وهو الجواز.

ثانياً: حكم اشتراط دفع الالتزامات على الأرض، للجهات الحكومية:

قد يكون هناك ضرائب على الأراضي الزراعية، ونحو ذلك، وبغض النظر عن حكم هذه الضرائب - فهي غير داخلية في موضوع الشرط؛ للزوم أدائها للحكومة ويتعذر العمل دون أدائها - فهل يجوز اشتراط هذا الشرط على أحد العاقلين؟

بناء على ما تقدم من ضوابط الفقهاء فيما يجب على العامل ومالا يجب عليه، فإنه يتبين أن دفع الالتزامات على الأرض خاص بربها، ولا يجوز اشتراطه على العامل، جاء في المغني: وإن ساقاه على أرض خراجية فالخراج على رب المال؛ لأنه يجب على الرقبة بدليل أنه يجب سواء أثمرت الشجرة أو لم تثمر. ولأن الخراج يجب أجرة للأرض فكان على رب الأرض أكمل لو استأجر أرضاً وزارع غيره فيها^(١).

ثالثاً: حكم اشتراط رب المال نوعية الأسمدة، وطريقة حماية الأشجار والثمار،

كاشتراط السماد والوقاية العضوية:

قد يشترط مالك على الأرض على العامل، أن تتم السقاية بطريقة معينة - تؤدي إلى توفير الماء - أو تسميد الأرض، وحماية الأشجار بنوعية معينة من المبيدات - كالأسمدة

(١) المرجع السابق ٢٣٧/٥.

والمبيدات العضوية- التي لا تؤدي إلى تضرر المستهلك للثمرة، وهذا يزيد من تسويق الثمرة، فما حكم هذا الشرط:

بالرجوع إلى الضوابط التي ذكرها الفقهاء، نجد أن هذا الشرط ينقسم إلى قسمين:

- (١) مافيه توفير مياه المزرعة: وهو اشتراط السقيا بطريقة معينة، وهذا الشرط يخالف الضابط المتقدم، باشتراط منفعة تبقى بعد الثمرة كحفر بئر ونحوه، لأن هذا جلب نفع، بينما الشرط الذي بين أيدينا هو دفع ضرر- الإسراف في الماء- وفي هذا الشرط مصلحة لأحد العاقلين وهو رب الأرض، ولا يرى الباحث ما يمنع صحته، خاصة أنه يتلائم مع مقصد الشارع في الحفاظ على الماء، كمورد سريع النضوب.
- (٢) مافيه منفعة للثمرة: فهذا باتفاق الفقهاء الأربعة، يلزم الساقى أداؤه بغير شرط، وشرطه تأكيد.

المطلب الثاني

حكم تداول صكوك المساقاة

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حكم تداول صكوك المساقاة في الطريق الأول:

تقدم أن الطريق الأول في تصكيك عقد المساقاة هو أن يكون المصدر لتلك الصكوك وهو صاحب الأرض (مالكها أو مالك منافعها) التي فيها الشجر، والمكتتبون فيها يمثلون العامل أو المساقى في عقد المساقاة، وحصيلة الاكتتاب هي تكاليف العناية بالشجر.

وبناء عليه، فإن حكم تداول صكوك هذه الطريقة، مبني على مقدمتين ونتيجة:

المقدمة الأولى: هل يملك العامل أن يدفع الشجر معاملة إلى غيره؟:

اختلفت آراء فقهاء المذاهب الأربعة، في ذلك على النحو التالي:

أولاً: يرى الحنفية والحنابلة: أنه لا يملك العامل أن يدفع الشجر معاملة إلى غيره إلا إذا قال له المالك: اعمل برأيك، وذلك لأن فيه إثبات الشركة في مال غيره بغير إذنه والثمر عندئذ للمالك. وللعامل الثاني أجر مثله على العامل الأول، ولا أجر للأول لأنه تصرف في مال غيره بغير تفويض وهو لا يملك ذلك^(١)؛ لأنه عامل في المال بجزء من نمائه فلم يجوز أن يعامل غيره فيه كالمضارب، ولأنه إنما أذن له في العمل فيه فلم يجوز أن يأذن لغيره كالوكيل^(٢).

ثانياً: يرى المالكية: جواز مساقاة العامل عاملاً آخر بغير إذن رب الحائط، ومحل الجواز إن لم يشترط رب الحائط عمل العامل بعينه وإلا منع من مساقاته لآخر، ما لم يكن أميناً - أيضاً - ولو أقل أمانة لا غير أمين... بخلاف عامل القراض، فليس له أن يعامل عاملاً آخر بغير إذن رب المال مطلقاً، ولو كان أميناً، لأن مال القراض مما يغاب عليه بخلاف الحائط.

واحترز بقوله (لا غير أمين) أي إن كان غير أمين لا تجوز مساقاته وإن كان الأول مثله في عدم الأمانة؛ لأن رب الحائط ربما رغب في الأول لأمر ليس في الثاني، ويضمن العامل الأول موجب فعل الثاني، إذا كان هذا غير أمين أو مجهول الحال، وإن كان الاتفاق بين العاملين على أكثر مما جعل للأول في عقد المساقاة فالزائد على العامل الأول، وإن كان أقل فالزائد للعامل الأول^(٣).

ثالثاً: يرى الشافعية: الجواز بقيد التوافق في المدة والنصيب، جاء في الحاوي: «فإن أراد العامل أن يساقي غيره عليها مدة مساقاته جاز بمثل نصيبه فما دون، كالإجارة، ولا

(١) ينظر: بدائع الصنائع ٦/١٨٧، وحاشية ابن عابدين ٥/١٨٥-١٨٦.

(٢) ينظر: المغني ٥/٢٣٨.

(٣) ينظر: حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير ٣/٥٤٥، مواهب الجليل ٥/٤٠٨.

يجوز بأكثر من نصيبه لأنه لا يملك الزيادة، والفرق بين المساقاة حيث كان للعامل أن يساقي عليها وبين المضاربة حيث لم يحز للعامل أن يضارب بها، أن تصرف العامل في المضاربة تصرف في حق رب المال؛ لأن العقد ليس بلازم فلم يملك ما بات عليه في تصرفه، وتصرف العامل في المساقاة تصرف في حق نفسه للزوم العقد فيملك الاستنابة في تصرفه^(١). وجاء في روض الطالب: «للمساقي في ذمته أن يساقي غيره لينوب عنه، ثم إن شرط له مثل نصيبه أو دونه فذاك وإن شرط له أكثر من نصيبه صح العقد فيما يقابل قدر نصيبه، دون الزائد تفريقاً للصفقة، ولزمه أن يعطي الثاني للزائد أجره المثل، فلو ساقاه بثلاثة أرباع الثمرة صح في ثلثي العمل بثلثي الأجرة وهو قدر نصيبه ولزمه أجره العمل للثلث الباقي، نعم لو كان الثاني عالماً بالحال فالظاهر أنه لا يستحق شيئاً. فإن كانت مساقاته على عينه وعامل غيره انفسخت بتركه العمل، لا بمجرد العقد، وكانت الثمار كلها للمالك، ولا شيء للعامل الأول، وللثاني حكم من عمل في مغصوب، فله عليه الأجرة إن جهل الحال وإلا فلا»^(٢).

الترجيح:

يترجح - والله أعلم - قول الشافعية، الذين أجازوه بقيدين أخصها فيما يلي:

- (١) أن لا تكون مساقاة معينة، أي أن رب الشجر قصد عين المساقي.
- (٢) أن تكون بمثل المساقاة الأولى أو دونها، فإن كانت أكثر، فللمساقي الثاني أجره المثل فيما زاد.

وسبب الترجيح:

أن الأصل في المعاملات الإباحة إلا ما دل الدليل على تحريمه، ولانص يمنع منه، ولوجود الفرق بين مال المضاربة، وشجر المساقاة، كما تقدم عن المالكية، ويعتقد الباحث

(١) الحاوي للهاوردي ١٦٨/٩ ط دار الفكر.

(٢) روض الطالب مع شرحه أسنى المطالب ٤٠١/٢.

أن الشرط الثاني للشافعية، متفق عليه مع المالكية، إذ إن المساقاة واحدة، ولا يملك المساقى الأول أن يزيد للمساقى الثاني نصيبه من الثمرة؛ لأن فيها نقصا لنصيب رب الأرض في العقد الأول، ولا يملك المساقى الأول إبطال حق رب الأرض في نصيبه من الثمرة، فهو يخالف العقد، وقد قال تعالى "أوفوا بالعقود" المائدة: ١ .

المقدمة الثانية: أوجه التشابه والاختلاف بين مسألة معاملة العامل غيره، وبين

مسألة تداول صكوك المساقاة إذا كان حملة الصكوك يمثلون العامل:

أولاً: أوجه التشابه بين مسألة معاملة العامل غيره، وبين مسألة تداول صكوك المساقاة إذا كان حملة الصكوك يمثلون العامل:

الوجه الأول: أن في كل منهما إحلال مساقٍ ثانٍ، مكان المساقى الأول في العقد الأول. الوجه الثاني: أن في كل منهما لا يمكن للمساقى الثاني، أن يزيد نصيبه في الثمرة، عن النصيب المحدد للمساقى الأول في العقد الأول.

الوجه الثالث: أن في كل منهما انتقال لا لتزامات عقد المساقاة (الأول) من المساقى الأول إلى الثاني.

ثانياً: أوجه الاختلاف بين مسألة معاملة العامل غيره، وبين مسألة تداول صكوك المساقاة إذا كان حملة الصكوك يمثلون العامل:

الوجه الأول: أن معاملة الساقى غيره، إنما تكون بعوض مؤجل هو نصيبه من ثمرة المساقاة، بخلاف صكوك عقد المساقاة، فمقتضى التداول، أن يبيع حامل الصك، صكه بعوض حاضر، نقدي لا يمثل الثمرة.

الوجه الثاني: أن العامل في الشجر، قد تغير بموجب عقد جديد، بخلاف الصكوك، فالشركة المستأجرة لعمل المساقاة لم تتغير بتغير المؤكل، وهو حامل الصك، ولهذا اشترط المالكية أن يكون أميناً، واشترط الشافعية أن يكون بمثل المساقاة الأولى أو دونها.

الوجه الثالث: أن حامل الصك قد دفع مالا مقابل الصك، واستفيد من هذا المال، في استئجار الشركة الزراعية الخبيرة القادرة على توفية حق العمل، وهذه الشركة مستمرة في العمل، بالرغم من تغير الموكل، وهذا بخلاف معاملة العامل غيره، إذ لم أجد من أقوال الفقهاء ما يدل على إنفاقه من ماله شيئا، ولو افترض أنه أنفق من ماله شيئا، فإن سيعوضه في العقد الثاني، بأن يتعاقد مع المساقى الثاني على جزء من نصيب الأول، لاجمعه.

الوجه الرابع: أن حامل الصك، ليس له الحق في تجزئة حقوق الصك، بأن يبيع بعضه، ويدع بعضا، حتى يكون الجزء المتبقي من الثمرة تعويضا عن المال الذي دفعه كرأس مال، بخلاف معاملة العامل غيره، فإن له الحق في التعاقد مع غيره بمثل أو أقل من نصيبه في العقد الأول، فيستفيد من الفرق - إن كان أقل - في تعويض نفسه عما بذله فيما مضى.

الوجه الخامس: أن عامل المساقاة الأول إذا عامل غيره، فإنه يبقى عاملا في العقد الأول، بخلاف حامل الصك، فإنه إذا باعه تنتهي علاقته بعقد المساقاة كليا.

النتيجة:

نخلص مما سبق إلى مايلي:

أولا: أن يكون تداول الصك، قبل العمل أو بالأحرى قبل التعاقد مع الشركة الخبيرة، أو قبل التصرف بأموال الصكوك، ففي هذه الحال، الصك يمثل نقدا، فيخضع لشروط التعامل بالنقد، كما تقدم.

ثانيا: أن يكون بعد الشروع في العمل، أو بعد تعيين الشركة الخبيرة، والتعاقد معها، أو بعد التصرف في الأموال أو بجزء منها:

لم أجد من تطرق لحكم هذه المسألة من الفقهاء المعاصرين، غير هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية، التي نصت في معيارها الشرعي: على أن حملة الصكوك، إذا

كانوا الملتزمين بالعمل (الزراعة أو السقي) فلا يجوز تداول الصكوك إلا إذا كان التداول بعد بدو صلاح الزرع أو الثمر^(١).

لم تذكر الهيئة مستندها، في هذا الحكم، لكن يمكن القول بأن مستندهم في ذلك: بأن الصك يمثل نصيب العامل في الثمرة، والثمره لا يصح بيعها، قبل بدو الصلاح. ويمكن أن يناقش هذا الاستناد: بأن نصيب العامل في الثمرة، لا يتحقق إلا بعد العمل، والصك، لا يمثل نصيب العامل في الثمرة، إلا بعد استحقاقها، أما قبل ذلك فالصك يمثل العمل والمؤنة التي يؤديها العامل في سبيل ذلك، مثل نصيب المضارب من الربح، فإنه لا يتحقق - هذا النصيب - إلا بعد أن تبين الربح، وأما قبل تبين أو نضوض الربح، فإنه لا يدخل في النصيب، بدليل أن المال إذا خسر لم يكن له شيء.

يجاب عليه: بأن المساقاة من جنس المضاربة، والمضارب بعد عمله في مال المضاربة، وقبل تحقق الربح، أمين لا يجوز له التصرف في مال المضاربة، ولا يستحق شيئاً على ذلك المال، ولا يصير شريكاً - بمجرد العمل - حتى يظهر الربح، جاء في كنز الدقائق: والمضارب أمين وبالتصرف وكيل وبالربح شريك وبالفساد أجير وبالخلاف غاصب وباشتراط كل الربح له مستقرض وباشتراطه لرب المال مستبضع^(٢). اهـ. فذلك المساقى فهو لا يملك شيئاً، وماعمله لا يعد شيئاً إلا بعد ظهور الثمر. قال مالك في المساقى: إنه لا

(١) ينظر المعيار: رقم ١٧، فقرة ٥/٢/١٧، من المعايير الشرعية، لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ص ٢٤٥.

(٢) كنز الدقائق شرحه تبين الحقائق ٥/٥٣، ووردت هذه العبارة في كتب الحنابلة أيضاً ينظر: مطالب أولي النهى للرحبياني ٣/٥١٥ و كشف القناع للبهوتي ٣/٥٠٨، وعند المالكية: التاج والإكليل للمواق ٧/٤٦٣، والإتقان والإحكام شرح تحفة الأحكام لمحمد الفاسي المعروف بشرح ميارة ٢/١٣٢، وعند الشافعية: حاشية الجمل على شرح المنهج ٣/٥٢٣، المهذب للشيرازي ١/٣٩٥.

يأخذ من صاحبه الذي ساقاه شيئاً من ذهباً ولا ورق يزداده ولا طعاماً ولا شيئاً من الأشياء لا يصلح ذلك ولا ينبغي أن يأخذ المساقى من رب الحائط شيئاً يزيد به إياه من ذهب ولا ورق ولا طعام ولا شيء من الأشياء والزيادة فيما بينهما لا تصلح قال مالك والمقارض أيضاً بهذه المنزلة لا يصلح إذا دخلت الزيادة في المساقاة أو المقارضة صارت إجارة وما دخلته الإجارة فإنه لا يصلح ولا ينبغي أن تقع الإجارة بأمر غرر لا يدرى أيكون أو لا يكون أو يقل أو يكثر. قال في الشرح: لأن عقد المساقاة مبني على أن الثمرة فيه عوض عن العمل لا يجوز أن يكون للثمره عوض غير العمل؛ لأنه يكون من بيع الثمرة قبل بدو صلاحها وقبل ظهورها^(١).

رأي المؤلف:

يرى المؤلف أن الصك - في هذا الطريق من صكوك المساقاة - له ثلاثة أحوال:

الحال الأولي: قبل ظهور الثمرة:

فالمساقى وهو حامل الصك، لم يتم ملكه على الثمرة، وبالتالي لا يجوز له بيعها اتفاقاً، لأن هذا من قبيل بيع المعدوم^(٢).

لكن يحتمل القول بجواز تداول الصك بقيمته الاسمية (المبلغ الذي دفعه حامل الصك عند الاكتتاب)، قبل ظهور الثمرة، وذلك لما يلي:

(١) التخريج على مسألة مساقاة العامل غيره، بجامع أن العامل في كل قد حل محله غيره في كامل العقد، من غير ضرر أو زيادة لأحد الطرفين.

(٢) أن دفع القيمة الاسمية لتعويض المساقى الأول، بقدر خسارته.

(٣) لأنه بالزيادة على القيمة الاسمية فيه بيع مالا يملك، فضلاً عن أن يكون ربح مالم

يضمن.

(١) المنتقى شرح الموطأ ٥/ ١٣٤.

(٢) ينظر: الفتاوى الهندية ٣/ ١٠٦، الموسوعة الفقهية الكويتية ١٥/ ١٣.

٤) أن العمل لا يتأثر باستبدال حامل الصك بغيره.

٥) تخريجاً على قول بعض الحنابلة، في المزارعة كما سيأتي.

٦) لم يظهر للباحث مانع شرعي من ذلك.

الحال الثانية: بعد ظهور الثمرة، وقبل بدو الصلاح:

فهنا قد قد تحققت شراكة المساقى في الثمرة، بنصيبه، ولا يخلو بيع الثمرة بعد ظهورها وقبل بدو صلاحها من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يشتريها - المشتري - بشرط التبقية فلا يصح إجماعاً، قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على ذلك.

القسم الثاني: أن يبيعها بشرط القطع في الحال فيصح بالإجماع؛ لأن المنع إنما كان خوفاً من تلف الثمرة وحدوث العاهة عليها قبل أخذها، وهذا مأمون فيما يقطع أفصح ببيعته كما لو بدا صلاحه. القسم الثالث أن يبيعها مطلقاً ولم يشترط قطعاً ولا تبقية، وهذا محل خلاف بين الفقهاء على قولين:

الأول: أن البيع صحيح، ويجب القطع، وهو قول الحنفية^(١).

الثاني: أن البيع باطل، وهو قول المالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤).

أدلة الأقوال:

دليل القول الأول:

لأن إطلاق العقد يقتضي القطع فهو كما لو اشترطه قال: ومعنى النهي أن يبيعها مدركة قبل إدراكها بدلالة قوله: (أرأيت إن منع الله الثمرة بم يأخذ أحدكم مال

(١) ينظر: البحر الرائق ٥/ ٣٢٤، حاشية ابن عابدين ٤/ ٣٨.

(٢) ينظر: المدونة ٣/ ١٨٨، الشرح الصغير مع حاشية الصاوي عليه ٣/ ٢٣٣.

(٣) ينظر: نهاية المحتاج ٤/ ١٤١، مغني المحتاج ٢/ ٤٩٦.

(٤) ينظر: المغني ٤/ ٧٢، كشف القناع ٣/ ٢٨١.

أخيه؟^(١). فلفظة المنع تدل على أن العقد يتناول معنى وهو مفقود في الحال حتى يتصور المنع.

يجاب عليه: أن استدلالهم بسياق الحديث يدل على هدم قاعدتهم التي قرروها في أن إطلاق العقد يقتضي القطع ويقرر ما قلنا من أن إطلاق العقد يقتضي التبقية فيصير العقد المطلق كالذي شرطت فيه التبقية يتناولها النهي جميعاً ويصح تعليلها بالعلة التي علل بها النبي ﷺ من منع الثمرة وهلاكها.

دليل القول الثاني:

(أن النبي ﷺ أطلق النهي عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها)^(٢)، فيدخل فيه محل النزاع^(٣).

الترجيح:

أولا يظهر للباحث اتفاق القولين، على أنه لا بد من القطع في بيع الثمرة قبل بدو صلاحها، لكن يرى القول الأول أن هذا الشرط - عند الإطلاق - مقدر، فيصح العقد، ويجب القطع، أما القول الثاني فيرى بطلان العقد، لأن النهي وقع على هذا الفعل والنهي يقتضي الفساد، والقول الثاني، أرجح في نظر الباحث، كونه أوفق للدليل.

(١) رواه البخاري في كتاب البيوع، باب إذا باع الثمار قبل أن يبدو صلاحها برقم (٢١٧١).

(٢) رواه البخاري في كتاب البيوع، ثَمَارُهُ أَوْ نَخْلُهُ أَوْ أَرْضُهُ أَوْ زَرْعُهُ وَقَدْ وَجِبَ فِيهِ الْعُشْرُ. أَوْ الصَّدَقَةُ

فَأَدَّى الزَّكَاةَ مِنْ غَيْرِهِ، أَوْ بَاعَ ثَمَارَهُ وَلَمْ تَجِبْ فِيهِ الصَّدَقَةُ، برقم (١٤٦٨)، رواه مسلم في كتاب

البيوع، النهي عن المحاقلة والمزابنة، وعن المخابرة وبيع الثمرة قبل بدو صلاحها، وعن بيع المعاومة

وهو بيع السنين، برقم (٣٨٦٤).

(٣) المغني ٧٢ / ٤.

الحال الثالثة: بعد ظهور الثمرة وبعد بدو الصلاح:

فإنه يجوز في هذه الحال بيع الثمرة إجماعاً في الجملة^(١)، وبما أن الصك أصبح يمثل نصيب العامل (حملة الصكوك) من الثمرة، وقد بدا صلاحه، فإنه يصح بيعها، وبالتالي يصح تداول الصك.

أما قبل بدو الصلاح، فيبيع الصك لا يجوز إلا بشرط القطع، أو يصح مع وجوب القطع، وهو في الصكوك متعذر واقعاً، فلم يصح - لذلك - تداول الصك قبل بدو الصلاح.

الفرع الثاني: حكم تداول صكوك المساقاة في الطريق الثاني:

لم أجد من تطرق لحكم تداول صكوك المساقاة غير هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية، التي نصت في معيارها على أنه: يجوز تداول صكوك المساقاة بعد قفل باب الاكتتاب وتخصيص الصكوك وبدء النشاط إذا كان حملة الصكوك مالكي الأرض^(٢).

لم تنص الهيئة في معيارها المذكور على مستندها في هذا الحكم، لكن يمكن أن يقال إن مستندها في ذلك:

أن الصك هنا يمثل شيئين:

(١) الأرض: وهي الأصل.

(٢) ونصيب صاحب الأرض من الثمرة.

والأشجار ملك لحملة الصكوك، فيحق لهم بيعها، بتوابعها وهو النصيب من الثمرة، ويجوز بيع الثمرة في الفترة قبل بدو الصلاح تبعاً للأصل بإجماع العلماء، قال ابن قدامة

(١) المجموع ١١/ ١٤٤.

(٢) ينظر المعيار: رقم ١٧، فقرة ١٧/ ٢/ ٥، من المعايير الشرعية، لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ص ٢٤٥.

ﷺ: «وبيع الثمرة قبل بدو صلاحها من غير شرط القطع.. مع الأصل أجازت بالإجماع»^(١).

يمكن أن يناقش هذا المستند: بأن محل الإجماع المذكور، يختلف عن مسألة البحث، فمحل الإجماع هو لبيان الحكم العام في أنه يجوز بيع الأصل ويدخل فيه ما هو تبع له، لكن مسألتنا خاصة في بيع رب الأرض، الشجر الذي ساقى على ثمره، وأصبح جزء من الثمر مستحقاً، وهذا غير مجمع عليه، إذ في المسألة تفصيل، جاء في المنهاج: ولا يصح بيع شجر المساقاة من المالك قبل خروج الثمرة ويصح بعدها، والعامل مع المشتري كما كان مع البائع^(٢)، وجاء في مغني المحتاج تعليل هذا المنع، فقال: بيع المالك شجر المساقاة قبل خروج الثمر لا يصح؛ لأن للعامل حقاً فيها فكأن المالك استثنى بعضها. وأما بعده فصحيح أن يكون العامل مع المشتري كما كان مع البائع وليس للبائع بيع نصيبه من الثمرة وحدها بشرط القطع لتعذر قطعه لشيوعه^(٣).

فمعنى قوله: فكأن المالك استثنى بعضها، أي أن الثمر بعض الشجر، وإذا باع الشجر المساقى عليه، فإن بعض الثمر مستحق، وهو مستثنى من البيع لكونه من نصيب العامل، وقبل خروج الثمرة مجهول؛ وهذا يؤدي إلى وقوع الجهالة في المبيع، كما لو باع مائة رأس من الغنم، واستثنى بعضها، وكما لو باع شجراً واستثنى بعضها؛ لم يصح البيع لجهالة المبيع؛ إذ إن جهالة البعض تؤدي إلى جهالة الكل.

ويجاب عن هذه الحجة:

(١) بعدم التسليم بأن المستثنى مجهول، بل هو معلوم بالخصّة المشاعة.

(١) المغني ٤/ ٧٢.

(٢) نهاية المحتاج ٥/ ٢٦٠، وينظر: تحفة المحتاج ٦/ ١٢١.

(٣) مغني المحتاج ٣/ ٤٣٧، وينظر أسنى المطالب ٥/ ٣٧٤، ط/ دار الكتب العلمية ٢٠٠١م.

٢) على التسليم بوجود الجهالة، فهي جهالة يسيرة مغتفرة، إذا وقعت في الأصل، وفي التابع أولى.

وأجاز الحنفية بيع رب الأرض الشجر المساقى عليه، قبل خروج الثمرة، بشرط إجازة العامل؛ وحجتهم في ذلك: أن في البيع قبل الإدراك ضرراً بالعامل في إبطال حقه^(١).
ويجاء عليها: بعدم التسليم بأن حق العامل يبطل بالبيع، ولا وجه لبطلانه، إذ إن عقد المساقاة باق، لم يأت ميسوغ زواله.

وأجازه المالكية والحنابلة مطلقاً، جاء في مواهب الجليل: قال مالك: ومن ساقى حائطاً ثم باعه فالبيع ماضٍ والمساقاة ثابتة لا ينقضه البيع؛ لأن عقد المساقاة لازم كعقد الإجازة^(٢).

وحجتهم في ذلك الإجماع المذكور، وأن الأرض والشجر باقية على ملكه، ولم يأت ما ينفيها، وعقد المساقاة متعلق بالثمر، بعد خروجه، وهو تابع، فلا يؤثر في حكم الأصل.

ولأنه إذا باع الثمرة مع الأصل حصلت تبعاً في بيع، فلم يضر احتمال الغرر فيها، كما احتملت الجهالة في بيع اللبن في الضرع مع بيع الشاة، والنوى في التمر مع التمر وأساسات الحيطان في بيع الدار^(٣).

(١) المبسوط ٢٣/ ٥٦، ١٥٠، ط/ دار الكتب العلمية، ١٩٩٣ م، وذلك بناء على قولهم في إجازة العين المستأجرة. ينظر تبين الحقائق للزيلعي

(٢) مواهب الجليل ٧/ ٤٩٤، ط/ دار الكتب العلمية، ١٩٩٥ م، وينظر: كشف القناع ٣/ ٢٢٤ ط/ دار عالم الكتب، ١٩٩٧.

(٣) المغني ٤/ ٧٢.

وهذا القول هو أرجح الأقوال وأقربها للصواب لقوة أدلته، ولدخوله في عموم المسألة المجمع عليها، وعموم قوله ﷺ: (من باع نخلا بعد أن تؤبر فثمرتها للبائع...) ^(١)، ولم يأت ما يخصصها، ولتوجه الجواب على حجج القولين السابقين، والله أعلم.

المطلب الثالث

استرداد صكوك المساقاة وانتهاءها

وفيه فرعان:

الفرع الأول: استرداد صكوك المساقاة:

وللاسترداد - كما تقدم - ثلاث طرق:

الطريقة الأولى: الاسترداد بالبيع:

تقدم أن الاسترداد هو التصرف مع المصدر، ولهذا الاسترداد حالان:

الحال الأولى: الاسترداد بالبيع لغير مالك الأرض:

بناء على أنه إذا جاز تداول الصك بالبيع، جاز مع المصدر وغيره، فإنه يجوز استرداد صكوك المساقاة، إذا جاز تداولها على التفصيل المتقدم.

الحال الثانية: الاسترداد بالبيع لمالك الأرض:

وهذا يقع في الطريق الأول من صكوك المساقاة، وصورته:

عندما يكون المساقى هو حملة الصكوك، والطرف الآخر صاحب الشجر، وأراد صاحب الشجر شراء نصيب حملة الصكوك في عقد المساقاة، بطريق استرداد الصكوك، فإن كان بعد بدو صلاح الثمر، فعلى التفصيل المتقدم في تداول الصكوك، وإن كان قبل بدو صلاحه، فهل يجوز بيعه على مالك الأرض من غير شرط القطع؟.

(١) رواه البخاري في كتاب البيوع، باب من باع نخلاً قد أُبْرِتْ، أو أرضاً مَرْروعةً، أو بإجارة، برقم

٢١٧٦ ومسلم في كتاب البيوع، باب من باع نخلاً عليها ثمر، برقم (٣٨٥٥).

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

الأول: أنه لا يصح البيع، بعد خروج الثمرة وقبل بدو الصلاح إلا بشرط القطع، وهو أحد الوجهين عند الشافعية^(١)، والحنابلة^(٢).

الثاني: أنه يصح البيع، من غير شرط القطع، وهو المشهور عند المالكية^(٣) والوجه الآخر عند الشافعية^(٤)، والأصح عند الحنابلة^(٥).

أدلة الأقوال:

دليل القول الأول:

(١) لأن العقد يتناول الثمرة خاصة والغرر فيما يتناوله العقد أصلاً يمنع الصحة كما لو كانت الأصول لأجنبي.

(٢) ولأنها تدخل في عموم النهي بخلاف ما إذا باعها معاً فإنه مستثنى بالخبر المروي فيه.

(٣) ولأن الغرر فيما يتناوله العقد أصلاً يمنع الصحة وفيما إذا باعها معاً تدخل الثمرة تبعاً ويجوز في التابع من الغرر ما لا يجوز في المتبوع كما يجوز بيع اللبن في الضرع والحمل مع الشاة وغيرهما^(٦).

(١) ينظر: المجموع ١١/١١٥، المنهاج مع تحفة المحتاج ٤/٤٦٢.

(٢) ينظر: المغني ٤/٧٢-٧٣، الفروع ٤/٧٣.

(٣) ينظر: التاج والإكليل ٦/٤٥٥، الإتيان شرح تحفة الأحكام ١/٣٠٠.

(٤) ينظر: المجموع ١١/١١٥، المنهاج مع تحفة المحتاج ٤/٤٦٢.

(٥) ينظر: المغني ٤/٧٢-٧٣، الفروع ٤/٧٣. وهذا الخلاف لا يتأتى على مذهب الحنفية، لقولهم بصحة

بيع الثمر قبل بدو الصلاح - بعد الظهور - عند الإطلاق ما لم يشترط الترك (التبعية). وقد سبق بيان

الخلاف في هذه المسألة.

(٦) المغني ٤/٧٢-٧٣.

يمكن أن يجاب عليها بما جاء في حجة القول الثاني.

دليل القول الثاني:

- (١) لأنه يجتمع الأصل والثمرة للمشتري أفصح كما لو اشتراها معا.
- (٢) لأنه إذا باعها لمالك الأصل حصل التسليم إلى المشتري على الكمال؛ لكونه مالكا لأصولها وقرارها أفصح كبيعها مع أصلها^(١).

الترجيح:

يظهر للباحث أن محل الخلاف بين القولين، يرجع إلى أن هذه الصورة محل البحث هل هي داخلية، أو يمكن إلحاقها بالصورة المتفق عليها، وهي صورة بيع الأصل مع الثمرة، أو لا يمكن إلحاقها بها، لوجود الفارق، فالقول الأول اعتمد في أدلته على الفارق بين صورتين، بينما لم ير القول الثاني ذلك فارقاً مؤثراً، والذي يرححه الباحث، هو القول الثاني، وذلك لأنه بالتأمل في المسألة المتفق عليها؛ حيث احتمل الغرر في التابع، والمسألة محل البحث، يتضح أن الغرر في الثمرة عند بيعها إلى مالك الأصل، يقل بل يتلاشى، كما أنه أرفق بصاحب الملك أن اجتمع له الأصل والفرع، والشجر والثمر، ثم إن في ذلك دفعا لضرر المشاركة، وأقل في المخاصمة، فهو يحقق المقصد العام الذي بسببه تسومح في المسألة المتفق عليها.

وبناء عليه يصح للعامل (حملة الصكوك) بيع الثمرة بعد خروجها وقبل بدو الصلاح، للمصدر، وهذا يقتضي جواز استردادها في هذه الحال. جاء في كشف القناع: وإن باع العامل نصيبه أو وارثه لمن يقوم مقامه بالعمل جاز؛ لأنه ملكه وإن تعلق به حق المالك من حيث العمل لم يمنع صحة البيع؛ لأنه لا يفوت عليه لكن إن كان المبيع ثمرا لم يصح إلا بعد بدو الصلاح أو لمالك الأصل^(٢).

(١) المغني ٤/ ٧٢-٧٣.

(٢) كشف القناع ٣/ ٥٣٨، وينظر مطالب أولي النهي ٣/ ٥٦٣.

الطريقة الثانية: الاسترداد بالفسخ:

تقدم أن جمهور أهل العلم يرون أن المساقاة من العقود اللازمة التي لا يصح الفسخ فيها من جانب واحد، إلا الحنابلة الذين نصوا على أن المساقاة من العقود الجائزة. وبناء عليه فإن الفسخ يتأتى على مذهب الحنابلة، ويمكن تقسيم الفسخ إلى قسمين:

القسم الأول: الفسخ قبل ظهور الثمرة:

فإن كان الذي فسخ هو العامل فلا شيء له؛ لأنه رضي بإسقاط حقه، فصار كعامل المضاربة إذا فسخ قبل ظهور الربح أو عامل الجعالة إذا فسخ قبل إتمام عمله^(١). وإن كان الفسخ من المالك فعليه أجر المثل للعامل؛ لأنه منعه إتمام عمله، جاء في القواعد: لو فسخ - أي رب الأرض - المساقاة قبل ظهور الثمرة استحق العامل أجره المثل؛ لأن الربح لا يتولد من المال بنفسه، وإنما يتولد من العمل ولم يحصل بعمله ربح، والثمر متولد من عين الشجر وقد عمل على الشجر عملاً مؤثراً في الثمر؛ فكان لعمله تأثير في حصول الثمر وظهوره بعد الفسخ^(٢).

وبناء عليه فلو كان حملة الصكوك يمثلون العامل، في عقد المساقاة، وأرادت الشركة المالكة للشجر، فسخ العقد، وبالتالي استرداد المصدر للصك، فإنه يجب في هذه الحال تقدير أجره المثل لحملة الصكوك، ولهذا فقد يكون الاسترداد بمثل أو أكثر من القيمة الاسمية.

القسم الثاني: الفسخ بعد ظهور الثمرة:

سبق بيان أن الفقهاء من المذاهب الأربعة متفقون على أن العقد بعد ظهور الثمرة يصبح لازماً، لا يحق لأحد من العاقلين فسخه، جاء في كشف القناع: فإن فسخت المساقاة بعد ظهور الثمرة فهي بين المالك والعامل على ما شرطاه عند العقد؛ لأنها حدثت على ملكهما

(١) المغني ٥/ ٢٣٤.

(٢) القواعد لابن رجب ٢٨، وينظر مطالب أولي النهى ٣/ ٥١٥.

والمضاربة. ويملك العامل حصته من الثمرة بالظهور كالمالك أو المضارب. ويلزمه تمام العمل في المساقاة كما يلزم المضارب بيع العروض إذا فسخت المضاربة^(١). وبناء عليه، لا يصح الاسترداد بعد ظهور الثمرة، إلا بطريق الإقالة، وسيأتي تفصيل طريقة الإقالة بعد ظهور الثمرة عند المذاهب الأربعة.

الطريقة الثالثة: الاسترداد بالإقالة:

ويكون في حالين:

الحال الأولي: الاسترداد بالإقالة عند من قال بلزوم عقد المساقاة بعد العمل وقبل

ظهور الثمرة:

لما كانت المساقاة عقدا لازما عند جمهور الفقهاء كما سبق لم يكن لواحد من المتعاقدين أن يستبد بفسخها، وإنما تفسخ بما تفسخ به العقود اللازمة، كالاتفاق الصريح على الفسخ بالإقالة، ولم يخالف في هذا أحد^(٢). والاسترداد بالإقالة في هذه الحال، له قسمان:

القسم الأول: الاسترداد بالإقالة في الطريق الأول من صكوك المساقاة:

أولاً: وجه الاختلاف بين مسألة الإقالة في عقد المساقاة، ومسألة الاسترداد بالإقالة في صكوك المساقاة:

نص القائلون بالإقالة في عقد المساقاة، قبل ظهور الثمرة، وبعد العمل: أنه لا يجوز أن يأخذ العامل عوضاً عن عمله بالإقالة - إذا كانت الإقالة صادرة من رب الأرض -، جاء في المدونة: أرأيت إن أخذت من رجل نخلا معاملةً فندم فسألني أن أقيه وأذلك قبل

(١) كشف القناع ٣/ ٥٣٨.

(٢) ينظر: بدائع الصنائع ٦/ ١٨٨، المدونة ٣/ ٥٧١، أسنى المطالب ٢/ ٣٩٩، الموسوعة الفقهية ٣٧/ ١٤٢. والمقصود بالذي لم يخالف فيه أحد، هو في حكم الإقالة في العقود اللازمة.

العمل فأبيت أن أقيله فقال: أنا أعطيك مائة درهم على أن تقيلني فأقلته أيجوز هذا في قول مالك؟ قال: لا يجوز ذلك عند مالك إلا قبل أن تعمل ولا بعد ما عملت. قلت: ولم كرهه مالك؟ قال: لأنه غرراً إن تم ثمرة النخل ذلك العام فقد باع هذا هذه الثمرة قبل أن يبدو صلاحها وإن لم يتم فقد أخذت مال رب الحائط باطلاً^(١).

أما في الاسترداد بالإقالة في صكوك المساقاة - عندما يكون حملة الصكوك يمثلون العامل - فإنه يقتضي أن يسترجع حملة الصكوك أموالهم التي دفعوها مقابل الاكتتاب فيها، ودون ذلك يصبح الاسترداد لاجدوى منه، من الناحية الاقتصادية، بل ربما يؤدي إلى إفقاد الثقة بالصكوك برمتها.

رأي المؤلف:

يرى المؤلف أن مقصود الفقهاء بمنع أخذ العوض، لا يخلو من أحد أمرين:
(١) المنع مطلقاً: سواء أكان العامل قد تكلف شيئاً من أجل العمل من ماله أم لم يتكلف.

(٢) المنع المقيد: أنه خاص بما إذا كان العامل، لم يبذل سوى الجهد البدني، دون أن يخسر شيئاً، من ماله.

ويظهر أن الأول هو المراد عند المالكية والشافعية، فقد جاء في المدونة: وقال مالك: نفقة الرقيق والدواب كانت من عند العامل أو كانت في الحائط يوم أخذه العامل مساقاةً فالنفقة على العامل ليس على رب الحائط من ذلك شيء. قلت: أرأيت نفقة العامل نفسه أتكون نفقته من ثمرة الحائط أم لا؟ فقال: على نفسه نفقته ونفقة الدواب والعمال ولا يكون شيء من النفقة في ثمرة الحائط. قلت: وهذا قول مالك؟ قال: نعم. قلت: أرأيت إن أخذت نخلاً مساقاةً على أن طعمي على رب النخل؟ قال: لا يجوز عند مالك. قال:

(١) المدونة ٣/ ٥٧١، وينظر: بدائع الصنائع ٦/ ١٨٨، ١٨٤، أسنى المطالب ٢/ ٣٩٩، حاشيتا قليوبي وعميرة ٣/ ٦٧.

ولقد سألت مالكا عن الرجل يساقي الرجل أعلى أن على رب المال علف الدواب. فقال: لا خير فيه^(١). وهذا النص عنهم، يوضح أن إطلاق قولهم في إقالة العامل بلا عوض عام، ولو كان قد بذل نفقة، بل الأصل عندهم أن تكون النفقة من العامل، ثم إن الإمام مالك رحمه الله لم يفصل في الجواب المذكور. ومثله عند الشافعية، جاء في الحاوي: فإن أغفلا اشتراط النفقة، ففي المساقاة وجهان:

أحدهما: باطلة، للجهل بمحل النفقة.

والوجه الثاني: جائزة، لأن النفقة تبع للعقد، فلم يبطل بها العقد. فعلى هذا فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنها على العامل، لاستحقاق العمل عليه.

والوجه الثاني: أنها على رب النخل، لاشتراط عملهم عليه. وأنه لما سقطت أجرتهم عن العامل، سقطت نفقتهم عنه.

والوجه الثالث: أنها من وسط الثمرة، لاختصاص عملهم بها. فعلى هذا، إن لم تأت الثمرة أخذ بها السيد، حتى يرجع بها في الثمرة إذا أتت^(٢). ونحو هذه الأوجه جاءت عن الحنفية^(٣).

وهذا الاضطراب في لزوم المساقاة، يُرَجَّح أن عقد المساقاة عقد جائز، إذ يضمن حق العامل إن حصل الفسخ من الطرف الآخر، لأن القول بلزوم المساقاة، يؤدي إلى منع الإقالة فيها، إذ لو أراد رب الشجر، الإقالة، ويعلم المكيل وهو العامل أن إقالته ستكون هدرا، وأن ماعمله فيما سبق سيذهب مجانا، فإنه سيمتنع من الإقالة، وفي ذلك حرج على العاقلين، والشرعية جاءت برفع الحرج.

(١) المدونة ٣/ ٥٦٤.

(٢) الحاوي للهاوردي ٩/ ١٨٤، ط/ دار الكتب العلمية.

(٣) ينظر: البحر الرائق ٧/ ٣١٣، ط/ دار المعرفة، ١٩٩٣.

القسم الثاني: الاسترداد بالإقالة في الطريق الثاني من صكوك المساقاة:

عند وقوع الإقالة في عقد المساقاة على التفصيل السابق، في حقوق العامل، فإن مدير الإصدار يتولى عملية الإقالة نيابة عن حملة الصكوك، ويكون الثمر بكامله لهم بصفتهم مالكي رقة الأرض، كما تقدم، ويتم الاسترداد بعد بيع الثمر، عندما يصح بيعه. فالاسترداد بالإقالة يتم عبر أربعة مراحل:

المرحلة الأولى: مرحلة وقوع الإقالة.

المرحلة الثانية: مرحلة استئجار من يقوم على الشجر حتى يثمر.

المرحلة الثالثة: مرحلة بيع الثمر.

المرحلة الرابعة: مرحلة بيع الأرض أو الشجر، واسترداد الصك، بمجموع ثمن البيعين.

ويمكن دمج المراحل الثلاث الأخيرة، بحيث يتم بيع الأرض أو الشجر، والثمر تبع له، وعندها لا يلزم انتظار بدو الصلاح، أو الاستئجار عليه.

الحال الثانية: الاسترداد بالإقالة بعد ظهور الثمرة:

للمذاهب الفقهية الأربعة تفاصيل في طريقة الإقالة بعد ظهور الثمرة:

فعند الحنفية: أن الثمرة بينهما على الشرط، سواء أكانت الثمرة بدا صلاحها أم لا، ويستأجر على العمل إلى الجذاذ من نصيبهما^(١).

وعند المالكية: تقدم أنهم يرون أن الإقالة بيع، وبنو على هذا القول مذهبهم في الإقالة في عقد المساقاة، فقالوا بالتفصيل في الإقالة في المساقاة بعد ظهور الثمرة، فإن كانت قبل بدو الصلاح، فإن الإقالة تكون هدرا، وإن كانت بعد بدو الصلاح جازت الإقالة بأي شيء - ببيع الثمر أو بدراهم -، لأنها بيع^(٢).

(١) ينظر: بدائع الصنائع ٦/ ١٨٤، ١٨٨.

(٢) ينظر: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٣/ ٥٤٤، منح الجليل ٧/ ٤٠٧.

وعند الشافعية: جاء في نهاية المحتاج: «تصح الإقالة في المساقاة فإن كان ثم ثمرة - أي حين الإقالة - لم يستحقها العامل»^(١). وجاء في فتوحات الوهاب: «تصح الإقالة في المساقاة ولا شيء للعامل من الثمر إن كان»^(٢). وبهذا يقرر الشافعية، أنه لاحق للعامل في الثمرة بعد الإقالة، ولو بعد خروج الثمرة، ونضجها.

وعند الحنابلة: قال ابن قدامة: «ومتى فسخ أحدهما بعد ظهور الثمرة فهي بينهما على ما شرطاً وعلى العامل تمام العمل كما يلزم المضارب بيع العروض إذا فسخت المضاربة بعد ظهور الربح وإن فسخ العامل قبل ذلك فلا شيء له؛ لأنه رضي بإسقاط حقه فصار كعامل المضاربة إذا فسخ قبل ظهور الربح وعامل الجعالة إذا فسخ قبل إتمام عمله وإن فسخ رب المال قبل ظهور الثمرة فعلياً أجر المثل للعامل؛ لأنه منعه إتمام عمله الذي يستحق به العوض فأشبه ما لو فسخ الجاعل قبل إتمام عمل الجعالة. وفارق رب المال في المضاربة إذا فسحها قبل ظهور الربح؛ لأن عمل هذا مفض إلى ظهور الثمرة غالباً فلو لا الفسخ لظهرت الثمرة فملك نصيبه منها وقد قطع ذلك بفسخه فأشبهه فسخ الجعالة»^(٣). وجاء في القواعد: «إذا فسخ المالك عقد المساقاة وقلنا هي جائزة فإن كان بعد ظهور الثمرة فنصيب العامل فيها ثابت؛ لأنه يملكه بالظهور رواية واحدة، وكذلك لو فسخ العامل بعد الظهور وأما إن كان الفسخ قبل الظهور فإن كان من العامل فلا شيء له؛ لإعراضه وإن كان من المالك فعلياً أجره المثل للعامل؛ لأنه منعه من إتمام عقد يفضي إلى حصول المسمى له غالباً، فلزمه ضمانه وأيضاً فإن ظهور الثمرة بعد الفسخ، لعمل العامل فيها أثر بالقيام عليها وخدمتها، فلا يذهب عمله مجاناً وقد أثر في حصول المقصود»^(٤).

ومن هذا يمكن الاستنتاج أن الحنابلة يصححون الفسخ بعد حصول الثمرة ويلزم منه

(١) نهاية المحتاج ٥/٢٥٩. وينظر: تحفة المحتاج ٦/١٢١، مغني المحتاج ٣/٤٣٦.

(٢) فتوحات الوهاب بشرح منهج الطلاب ٣/٥٢٩.

(٣) المغني ٥/٢٣٤. وينظر: الفروع ٤/٤٠٧.

(٤) القواعد لابن رجب ١١٠-١١١.

أمران:

(١) أن حق العامل في الثمرة لا يسقط.

(٢) أنه يلزم العامل إتمام العمل، فإن لم يعمل حسبت أجرة العمل من نصيبه، وهذا المفهوم من الإلزام، فإن كان ثمة شروط في العقد، فإنها تسقط بالفسخ، ويرجع فيه إلى الأصل في عقد المساقاة.

الفرع الثاني: انتهاء صكوك المساقاة:

تنتهي صكوك المساقاة بانتهاء عقد المساقاة، واختلفت أقوال الفقهاء في انتهاء عقد المساقاة على النحو التالي:

أولاً: عند الحنفية:

القياس عندهم أن تذكر المدة في عقد المساقاة؛ لما فيها من معنى الإجارة، وفي الاستحسان: يجوز وإن لم يبينها، وتقع على أول ثمرة تخرج، لأن وقت إدراك الثمرة معلوم والتفاوت فيه قليل ويدخل فيه المتيقن. وبناء عليه فلا يخلو الأمر من حالين عندهم:

(أ) حال ذكر المدة:

إن ذكر مدة يثمر الشجر خلالها صحت المساقاة، وإن ذكر مدة لا يثمر خلالها فسدت، وإن ذكر مدة يحتمل أن يثمر الشجر خلالها وأن لا يثمر؛ تصح أيضاً لعدم التيقن بفوات المقصود، ثم إن خرج الثمر خلال هذه المدة المحتملة صحت، وإن تأخر عنها فسدت لأنه تبين الخطأ في المدة المسماة، وإن لم يخرج الثمر أصلاً صح العقد؛ لأن الذهاب كان بآفة لا بسبب فساد تسمية المدة، فيبقى العقد صحيحاً فلا يتبين فساد المدة.

(ب) حال عدم ذكر المدة:

يقع العقد صحيحاً وينصرف إلى أول ثمرة تخرج في تلك السنة للتيقن به لا إلى ما بعده لأنه مشكوك، ومثل الشجر في ذلك الرطب، إذا دفعها مساقاة حتى يدرك بذرها فإنه يصح العقد لأن لإدراك البذرة مدة معلومة.

أما لو دفعها ريثماً يذهب أصولها وينقطع نبتها فإنه يفسد المساقاة، إذ ليس لذلك أمد

معلوم، وإذا لم يتعرض لذهاب الأصول وأطلق جاز العقد وانصرف إلى أول جزء^(١).

ثانياً: عند الملكية:

وأما الملكية فمذهبهم قريب من مذهب الحنفية. فيجوز - عندهم - عقد المساقاة عاما واحدا وعامين وأعواما من الجذاذ إلى الجذاذ على جزء معلوم مما يخرج الله من الثمرة بعد إخراج الزكاة فيها. ولو ساقاه إلى أجل فانقضى الأجل وفي النخل ثمر؛ لم يُجْز جذاذه، ولم يحل بيعه فهو على مساقاته حتى يُجْز، لأنه حق وجب له، فالمساقاة إلى الجذاذ وإلى القطاف، لا إلى الأجل. وكره مالك المساقاة فيما طال من السنين، وانقضاء السنين فيها هو بالجذاذ لا بالأهلة^(٢).

ثالثاً: عند الشافعية:

يشترط التوقيت بسنة أو أكثر، فلا يصح عندهم الإطلاق فيها ولا التأييد، ورتبوا على انقضاء المدة أحكاما من حيث إدراك الثمر وعدم إدراكه. قال النووي: «يشترط لصحة المساقاة أن تكون مؤقتة، فإن وقت بالشهور أو السنين العربية فذاك، ولو وقت بالرومية وغيرها جاز إذا علمها، فإن أطلقا لفظ السنة انصرف إلى العربية. وإن وقت بإدراك الثمرة فهل يبطل كالإجارة أم يصح لأنه المقصود؟ وجهان: أحدهما عند الجمهور: أولهما - أي البطلان -،... فإن قلنا بالأول، فأدركت الثمار والمدة باقية، لزم العامل أن يعمل في تلك البقية ولا أجر له. وإن انقضت المدة وعلى الشجر طلع أو بلح فللعامل نصيبه منها وعلى المالك التعهد إلى الإدراك. وإن حدث الطلع بعد المدة فلا حق للعامل فيه.

(١) ينظر: الاختيار ٣/ ٧٩، الهداية ٤/ ٤٤ - ٤٥، درر الحكام ٢/ ٣٢٨، الدر المختار ورد المحتار ٥/ ١٨٢.

(٢) ينظر: بداية المجتهد ٢/ ٣٧٨، مواهب الجليل شرح مختصر خليل ٥/ ٣٧٨ ط دار الفكر.

ولو ساقاه أكثر من سنة ففي صحته أقوال، فعلى القول بالجواز هل يجب بيان حصة كل سنة، أم يكفي قوله ساقيتك على النصف لاستحقاق النصف كل سنة؟ قولان أو وجهان كالإجارة^(١). اهـ .

قال الماوردي: «فلو ساقاه على نخله عشر سنين على أن له ثمرة سنة منها لم يجز، سواء عين السنة أو لم يعينها لأنه إن لم يعينها كانت مجهولة، وإن عينها فقد شرط جميع الثمرة فيها. ولو جعل له نصف الثمرة في سنة من السنين العشرة إن لم يعينها بطلت المساقاة للجهل بها، وإن عينها نُظِر: فإن كانت غير السنة الأخيرة بطلت المساقاة، لأنه قد شرط عليه بعد حقه من الثمرة عملاً لا يستحق عليه عوضاً، وإن كانت السنة الأخيرة، ففي صحة المساقاة وجهان:

أحدهما: أنها صحيحة كما يصح أن يعمل في جميع السنة، وإن كانت الثمرة في بعضها. والوجه الثاني: أنها باطلة لأنه يعمل فيها مدة تثمر فيها ولا يستحق شيئاً من ثمرها، وبهذا المعنى خالف السنة الواحدة .

وإذا ساقاه عشر سنين، فأطلعت ثمرة السنة العاشرة بعد تقضيها لم يكن للعامل في ثمرة تلك السنة حق، لتقضي مدته وزوال عقده، ولو أطلعت قبل تقضي تلك السنة ثم تقضت والثمرة لم يَبْدُ صلاحها - وهي بَعْدُ طلع أو بلح - كان له حقه منها لحدوثها في مدته.

فإن قيل: إنه أجبر، فعليه أن يأخذ حقه منها طلعا أو بلحا، وليس له استيفاء حقه إلى بدو الصلاح، وإن قيل: إنه شريك، كان له استيفاؤها إلى بدو الصلاح، وتناهي الثمرة^(٢). اهـ .

رابعا: عند الحنابلة:

(١) روضة الطالبين ١٥٦/٥ .

(٢) الحاوي ٩/ ١٧٠ - ١٧١ ط دار الفكر.

يصح توقيت عقد المساقاة كوكالة وشركة ومضاربة لأنه لا ضرر فيه، ولا يشترط توقيت المساقاة لأنها عقد جائز لكل منهما إبقاؤه وفسخه، فلم يحتج إلى التوقيت كالمضاربة.

ويصح توقيتها إلى جذاذ وإلى إدراك وإلى مدة تحتمله لا إلى مدة لا تحتمله لعدم حصول المقصود بها، وإن ساقاه إلى مدة تكمل فيها الثمرة غالباً فلم تحمل الثمرة تلك السنة فلا شيء للعامل لأنه دخل على ذلك^(١).

وبناء على ماتقدم من الأقوال:

فصكوك المساقاة: تنتهي بأحد أمرين:

الأول: إن كانت محددة المدة، فتنتهي بمضي المدة، ويشترط في المدة أن تكون إلى وقت الإدراك.

الثاني: إن لم تكن محددة المدة، فلا يخلو إما أن تقع إلى عمل متعلق بالثمر كالجذاذ، أو تسويق المنتج فيصح، وتنتهي إليه، وإما أن يقع إلى غير مدة فينصرف الإنتهاء إلى:

(١) أول الثمرة كما عند الحنفية.

(٢) إلى الجذاذ كما عند المالكية والحنابلة، وهو الذي يرجحه الباحث؛ لما تقدم من أن المساقاة شركة في الثمر، وقبل الجذاذ لم يتحقق المقصود منها.

(١) ينظر: كشف القناع ٣/ ٥٣٨، شرح منتهى الإرادات ٢/ ٣٤٥.

الفصل الثالث

التمويل والاستثمار

بصكوك عقد المزارعة

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: في تعريف المزارعة والصكوك فيها
ومشروعيتها وشروطها

المبحث الثاني: دراسة تطبيقية لصكوك المزارعة (إن وجدت
لها صكوك).



المبحث الأول في تعريف المزارعة والصكوك فيها ومشروعيتها وشروطها

وتحتة أربعة مطالب:

المطلب الأول تعريف المزارعة

وفيه فرعان:

الفرع الأول: تعريف المزارعة لغة:

الزء والراء والعين أصل يدل على تنمية الشيء. فالزرع معروف، ومكانه المَزْدَرَع^(١). من زَرَعَ الحَبَّ يَزْرَعُهُ زَرْعاً وَزِرَاعَةً يَذَرُهُ والاسم الزَّرْعُ، وقد غلب على البُرِّ والشَّعِيرِ، وجمعه زُرُوعٌ، وقيل الزرع، نبات كل شيء يحرث، وقيل الزرع طرح البَذَرِ^(٢).

الفرع الثاني: تعريف المزارعة اصطلاحاً:

عرفها الفقهاء بعدة تعريفات:

فعرفها الحنفية بأنها: عقد على الزرع ببعض الخارج^(٣).

وعرفها المالكية: بأنها الشركة في الزرع^(٤).

(١) مقاييس اللغة، لأبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، ط/ اتحاد الكتاب العرب عام ١٤٢٣ هـ =

٢٠٠٢ م.

(٢) لسان العرب مادة (زرع) ٨ / ١٤١.

(٣) ينظر: المبسوط للرخسي ٢٣ / ١٧، بدائع الصنائع ٦ / ١٧٥.

(٤) ينظر: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٣ / ٣٧٢، حاشية الصاوي على الشرح الصغير

٣ / ٤٩٣.

وعند الشافعية هي: عمل على أرض ببعض ما يخرج منها، والبذر من المالك^(١).

وهي عند الحنابلة: دفع أرض وحب لمن يزرعه ويقوم عليه، أو مزرع ليعمل عليه بجزء مشاع معلوم من المتحصل^(٢).

المطلب الثاني

تعريف صكوك المزارعة باعتبارها علما ولقبا

عرفت بأنها: «وثائق متساوية القيمة تصدر لاستخدام حصيلة الاكتتاب فيها في تمويل مشروع للمزارعة، ويصبح لحملة الصكوك حصة في المحصول»^(٣).

كما عرفت بأنها: «وثائق متساوية القيمة يتم إصدارها لاستخدام حصيلة الاكتتاب فيها في تمويل مشروع على أساس المزارعة، ويصبح لحملة الصكوك حصة في المحصول وفق ما حدده العقد»^(٤).

ويؤخذ على هذين التعريفين، ما أخذ على التعريفين المذكورين لصكوك المساقاة المتقدمين.

(١) ينظر: مغني المحتاج شرح منهاج الطالبين ٢ / ٣٢٤.

(٢) ينظر: المغني ٥ / ٤١٦، كشف القناع ٣ / ٥٣٢، منتهى الإرادات ١ / ٤٧١.

(٣) مقال لأحمد بن عبدالرحمن الجبير نشر في جريدة الرياض بتاريخ ٦ / ٧ / ٢٠٠٨م، العدد رقم ٣٥٦٧٠٦، ينظر الرابط التالي على الانترنت:

<http://www.alriyadh.com/٢٠٠٨/٠٧/٠٦/article٣٥٦٧٠٦.html>.

(٤) المعايير الشرعية، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعيار رقم ١٧، فقرة ٣ / ٧، ص ٢٣٩.

التعريف المختار:

أن صكوك المزارعة: هي إثباتات (قيود أو وثائق) متساوية عند إصدارها، تمثل عقد عمل في أرض، مقابل جزء مشاع، مما يخرج منها.

المطلب الثالث**مشروعية المزارعة****تحرير محل النزاع:**

- (١) إن كانت المزارعة على الثلث والربع وشيء غير ذلك مثل ما يخرج مما يزرع في موضع من الأرض بعينه؛ فهذا فاسد بإجماع.
- (٢) إن كانت المزارعة على جزء معلوم - مشاع - مما تخرج الأرض، فهذا الذي وقع الخلاف فيه^(١).

اختلف الفقهاء في مشروعية المزارعة على ثلاثة أقوال:

- القول الأول:** عدم جواز المزارعة مطلقاً، وهو قول أبي حنيفة وزفر^(٢)، وظاهر قول مالك في الموطأ^(٣).
- القول الثاني:** عدم جواز المزارعة إلا إذا كانت تابعة للمساقاة، وهو قول الشافعية^(٤)، وروى عن مالك^(٥).

(١) شرح معاني الآثار للطحاوي ١٠٧/٤.

(٢) ينظر: المبسوط ١٧/١٣، بدائع الصنائع ٦/١٧٥.

(٣) ينظر: المتقى شرح الموطأ ٥/١٤٩.

(٤) ينظر الأم للشافعي ١٣/٤، نهاية المحتاج ٥/٢٤٧.

(٥) ينظر: بداية المجتهد ٢/٣٣٢، حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٢/٢٦٠ ط.

القول الثاني: جواز عقد المزارعة مطلقاً، وهو مذهب المالكية^(١)، والحنابلة^(٢)، وأبو يوسف ومحمد، وعليه الفتوى عند الحنفية^(٣)، واختاره بعض الشافعية^(٤).

(١) ينظر: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٣/ ٣٧٢، شرح الخرشي ٦/ ٦٣. ويرى الباحث أن الروايات عن الإمام مالك متفقة ولا تختلف في حكم المزارعة على التفصيل التالي:

١- إن كانت المزارعة على سبيل الكراء (الإجارة) ببعض ما يخرج منها، فهذا يندرج تحت القول الأول.

٢- إن كانت المزارعة على سبيل الكراء، وكان في الأرض - المزارع عليها - شجر يثمر، اشترط مالك ألا يزيد الشجر على الثلث، وهو ما يندرج تحت القول الثاني.

إن كانت المزارعة على سبيل الشركة، جازت عند مالك، جاء في المدونة (٣/ ٦٠٣): قلت: أرأيت إن اشتركا فأخرج أحدهما البذر من عنده وأخرج الآخر الأرض من عنده وتكافئا فيما سوى ذلك من العمل أو كراء الأرض وقيمة البذر سواء؟ قال: قال مالك: لا خير فيه. قلت: ولم؟ وقد تكافئا في العمل أو قيمة كراء أرضه مثل قيمة بذر هذا؟ قال: لأن هذا كأنه أكره نصف أرضه بنصف بذره أ فلا يجوز أن يكره الأرض بشيء من الطعام. قلت: ولا تصلح الشركة في الزرع عند مالك إلا أن يكون البذر بينهما أو يتكافأ جميعاً فيما بعد ذلك من العمل؟ قال: نعم كذلك قال مالك: إذا أخرج البذر من عندهما جميعاً ثم أخرج أحدهما البقر والآخر الأرض أو كان العمل من عند أحدهما والبقر والأرض من عند الآخر أو قيمة ذلك سواء فلا بأس بذلك. وإنما كره مالك ما أخبرتك من البذر أن يكون من عند أحدهما والأرض من عند الآخر لأن هذا يصير كراء الأرض بالطعام. فأما ما سوى هذا فلا بأس به أن يخرج هذا بعض ما يصلحهم من أداة الحرث أو هذا بعض ما يصلحهم بعد أن يكون قيمة ما يخرج هذا مثل قيمة ما يخرج هذا.

(٢) ينظر: المغني ٥/ ٤١٦، المقنع ٢/ ١٩١، وكشاف القناع ٣/ ٥٣٢، منتهى الإرادات ١/ ٤٧١.

(٣) جاء في الهداية مع نصب الراية ٦/ ٢٢: والفتوى على قولها حاجة الناس إليها ولظهور تعامل الأمة بها والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع. اهـ ينظر: المبسوط ٢٣/ ١٧، بدائع الصنائع ٦/ ١٧٥، تبين الحقائق ٥/ ٢٧٨، حاشية ابن عابدين ٦/ ٢٧٥، الفتاوى الهندية ٥/ ٢٣٥ ط دار الفكر

(٤) جاء في روض الطالب مع شرحه أسنى المطالب ٢/ ٤١٠: «واختار في الروضة تبعاً لابن المنذر وابن خزيمة والخطابي صحتها». اهـ، كما رجحه السبكي في فتاويه ١/ ٤٢٤.

أدلة الأقوال:

أدلة القول الأول:

(١) حديث رافع بن خديج رضي الله عنه ^(١) قال: كنا نخابر على عهد رسول الله ﷺ، فذكر أن بعض عمومته أتاه فقال: (نهي رسول الله ﷺ عن أمر كان لنا نافعاً، وطواعية الله ورسوله أنفع لنا، قال: قلنا: وما ذلك؟ قال: قال رسول الله ﷺ: (من كانت له أرض فليزرعها أو فليزرعها أخاه، ولا يكارها بثلاث ولا بربع ولا بطعام مسمى) ^(٢).
 (٢) حديث ابن عمر رضي الله عنهما ^(٣) قال: ما كنا نرى بالمزارعة بأساً حتى سمعت رافع بن خديج يقول: (نهي رسول الله ﷺ عنها) ^(٤).

وجه الدلالة من الحديثين: ظاهر، وفيه النص على النهي عن المزارعة.

الجواب على هذين الدليلين: إن مدار الحديثين على رافع ابن خديج رضي الله عنه، ولهذا أجيب عنه بأربعة أوجه:

- (١) هو رافع بن خديج بن رافع بن عدي، أبو عبد الله الأنصاري الأوسي الحارثي (١٢ ق هـ - ٧٤)، صحابي شهد أحدًا والخنندق، وروي عن النبي ﷺ وعن ظهير بن رافع. وعنه ابنه عبد الرحمن وابنه رفاع والسائب بن يزيد وسعيد بن المسيب وغيرهم. توفي في المدينة متأثرًا من جراحه. له ٧٨ حديثًا. ينظر: الإصابة ١/ ٤٩٥، تهذيب التهذيب ٣/ ٢٢٩.
- (٢) رواه مسلم في كتاب البيوع، باب كراء الأرض برقم (٣٨٧١).
- (٣) هو عبد الله بن عمر بن الخطاب، أبو عبد الرحمن. قرشي عدوي (١٠ ق هـ - ٧٣ هـ). صاحب رسول الله ﷺ. نشأ في الإسلام، وهاجر مع أبيه إلى الله ورسوله. شهد الخندق وما بعدها، ولم يشهد بدرًا ولا أحدًا لصغره. أفتى الناس ستين سنة. ولما قتل عثمان عرض عليه ناس أن يبايعوه بالخلافة فأبى. شهد فتح إفريقية. كف بصره في آخر حياته. كان آخر من توفي بمكة من الصحابة. هو أحد المكثرين من الحديث عن رسول الله ﷺ. ينظر: سير أعلام النبلاء للذهبي ٣/ ٢٠٣ - ٢٠٨، الأعلام للزركلي ٤/ ٢٤٦.
- (٤) رواه مسلم في كتاب البيوع، باب كراء الأرض، برقم (٣٨٩٢).

أحدها: أنه قد فسر المنهي عنه في حديثه بما لا يختلف في فسادها فإنه قال: كنا من أكثر الأنصار حقلًا فكنا نكري الأرض على أن لنا هذه ولهم هذه فربما أخرجت هذه ولم تخرج هذه فنهانا عن ذلك فأما بالذهب والورق فلم ينهنا. وفي لفظ: (فأما بشيء معلوم مضمون فلا بأس)^(١). وهذا خارج عن محل الخلاف فلا دليل فيه عليه ولا تعارض بين الحديثين. قال شيخ الإسلام ابن تيمية رحمته الله: «حديث رافع بن خديج وغيره فقد جاءت مفسرة مبينة لمنهي النبي ﷺ؛ أنه لم يكن عما فعل هو وأصحابه في عهده وبعده بل الذي رخص فيه غير الذي نهى عنه فنعن رافع بن خديج قال: (كنا أكثر أهل المدينة مزدراعًا كنا نكري الأرض بالناحية منها مسمى لسيد الأرض قال: فيما يصاب ذلك وتسلم الأرض أو مما يصاب الأرض ويسلم ذلك فنهينا فأما الذهب والورق فلم يكن يومئذ)، وفي رواية له قال: (كنا أكثر أهل المدينة حقلًا وكان أحدنا يكري أرضه فيقول: هذه القطعة لي وهذه لك فربما أخرجت هذه ولم تخرج هذه فنهاهم النبي ﷺ وفي رواية له فربما أخرجت هذه ولم تخرج هذه فنهينا عن ذلك ولم ننه عن الزرع)^(٢) وفي رواية أخرى عن رافع رضي الله عنه قال: (كنا أكثر أهل الأمصار حقلًا وكنا نكري الأرض على أن لنا هذه ولهم هذه فربما أخرجت هذه ولم تخرج هذه فنهانا عن ذلك وأما الورق فلم ينهنا)^(٣) وسئل رافع بن خديج رضي الله عنه عن كراء الأرض بالذهب والورق؟ قال: فلا بأس به إنما كان الناس يؤجرون على عهد رسول الله ﷺ بما على الماذينات وأقبال الجداول وأشياء من الزرع فيهلك هذا ويسلم هذا فلم يكن للناس كراء إلا هذا فلذلك زجر

(١) رواه البخاري في كتاب الحرث والزراعة، باب (دون ترجمة) برقم (٢٢٩٠)، وفي كتاب الشركة، باب الشروط في المزارعة برقم (٢٦٦٥)، ورواه مسلم في كتاب البيوع، باب كراء الأرض برقم (٣٩٠٧).

(٢) رواه البخاري في كتاب الحرث والزراعة، باب (دون ترجمة) برقم (٢٢٩٠)، وفي كتاب الشركة، باب الشروط في المزارعة برقم (٢٦٦٥).

(٣) رواه مسلم في كتاب البيوع، باب كراء الأرض بالذهب والورق برقم (٣٩٠٧).

عنه فأما شيء معلوم مضمون فلا بأس به»^(١). فهذا رافع بن خديج الذي عليه مدار الحديث يذكر أنه لم يكن لهم على عهد النبي ﷺ كراء إلا بزرع مكان معين من الحقل أو هذا النوع حرام عند الفقهاء قاطبة وحرّموا نظيره في المضاربة فلو اشترط رب المال ثوبا بعينه لم يجز وهذا الغرر في المشاركات نظير الغرر في المعاوضات^(٢).

الوجه الثاني: أن خبره ورد في الكراء بثلاث أو ربع والنزاع في المزارعة ولم يدل حديثه عليها أصلاً وحديثه الذي فيه المزارعة يحمل على الكراء أيضاً؛ لأن القصة واحدة أرويت بألفاظ مختلفة فيجب تفسير أحد اللفظين بما يوافق الآخر.

الوجه الثالث: أن أحاديث رافع مضطربة جداً مختلفة اختلافاً كثيراً. يوجب ترك العمل بها لو انفردت فكيف يقدم على حديث الجواز - مزارعة خيبر الآتي ذكره -، قال الإمام أحمد: «حديث رافع ألوان». وقال أيضاً: «حديث رافع ضروب». وقال ابن المنذر: «قد جاءت الأخبار عن رافع بعلل تدل على أن النهي كان لذلك منها الذي ذكرناه ومنها خمس أخرى. وقد أنكره فقيهان من فقهاء الصحابة زيد بن ثابت وابن عباس رضي الله عنهما»^(٣).

(١) رواه مسلم في كتاب البيوع، باب كراء الأرض بالذهب والورق برقم ٣٩٠٦.

(٢) الفتاوى الكبرى ٤ / ٦٤.

(٣) قال زيد بن ثابت: أنا أعلم بذلك منه وإنما سمع النبي ﷺ رجلين قد اقتتلا أقال: (إن كان هذا شأنكم أفلا تكمروا المزارع)، رواه أحمد في مسند زيد بن ثابت برقم (٢١٢٠٦)، وأبوداود في كتاب البيوع، باب المزارعة برقم (٣٣٩٢)، والنسائي في كتاب البيوع، باب ذكر الأحاديث المختلفة في النهي عن كراء الأرض بالثلث والربع واختلاف ألفاظ الناقلين للخبر، برقم (٣٩٣٨)، وابن ماجه في كتاب الرهون، باب ما يكره من المزارعة، برقم (٢٥٢٩)، وحسنه في نصب الراية ٦ / ٢٤. وأما ابن عباس، فقد روى البخاري في كتاب الحرث والمزارعة، باب (دون ترجمة) برقم (٢٢٩٣) عن عمرو بن دينار قال: قلت لطاوس: لو تركت المخابرة أفإنهم يزعمون أن النبي ﷺ نهى عنها. قال: إن أعلمهم يعني ابن عباس أخبرني أن النبي ﷺ لم ينه عنها ولكن قال: (أن يمنح أحدكم أخاه خير له من أن يأخذ عليها خراجاً معلوماً).

الوجه الرابع: أنه لو قدر صحة خبر رافع أو امتنع تأويله أو تعذر الجمع ألوجب حمله على أنه منسوخ؛ لأنه لا بد من نسخ أحد الخبرين أو استحيل القول بنسخ حديث خبير؛ لكونه معمولاً به من جهة النبي ﷺ إلى حين موته ثم من بعده إلى عصر التابعين فمتى كان نسخه^(١).

(٣) حديث جابر رضي الله عنه قال: (نهى رسول الله ﷺ عن المخابرة)^(٢).

وجه الدلالة من الحديث: أن المخابرة: هي المزاولة. واشتقاقها من الخبر أو وهي الأرض اللينة والخير: الأكار. وقيل: المخابرة معاملة أهل خيبر. وقد جاءت المخابرة مفسرة عن جابر رضي الله عنه قال: كانوا يزرعونها بالثلث والرابع والنصف فقال النبي ﷺ: (من كانت له أرض فليزرعها أو ليمنحها فإن لم يفعل فليمسك أرضه)^(٣). وروي تفسيرها عن زيد بن ثابت^(٤) فقال: (نهى رسول الله ﷺ عن المخابرة. قلت: وما

(١) ينظر: وجوه الجواب الأربعة في المغني ٥/ ٢٤٢.

(٢) رواه البخاري في كتاب المساقاة، باب الرجل يكون له تمر أو شرب في حائط أو في نخل، برقم (٢٣٤١)، ومسلم في كتاب البيوع، باب النهي عن المحاقلة والمزابنة، وعن المخابرة وبيع الثمرة قبل بدو صلاحها، وعن بيع المعاومة وهو بيع السنين، برقم (٣٨٦٤).

(٣) رواه البخاري في كتاب الحرث والزراعة، باب ما كان من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم يؤاسي بعضهم بعضاً في الزراعة والثمار برقم (٢٣٠٣)، ورواه مسلم في كتاب البيوع، باب كراء الأرض، برقم (٣٨٧٢).

(٤) هو زيد بن ثابت بن الضحاك. من الأنصار، ثم من الخزرج (١١ ق هـ - ٤٥ هـ). من أكابر الصحابة. كان كاتب الوحي. ولد في المدينة، ونشأ بمكة، وهاجر مع النبي ﷺ وعمره (١١) سنة. تفقه في الدين فكان رأساً في القضاء والفتيا والقراءة والفرائض. وكان أحد الذين جمعوا القرآن في عهد النبي ﷺ وعرضه عليه. كتب المصحف لأبي بكر، ثم لعثمان حين جهز المصاحف إلى الأمصار. ينظر: تهذيب التهذيب ٣/ ٣٨٩، الأعلام للزركلي.

المخبرة؟ قال: أن يأخذ الأرض بنصف أو ثلث أو ربع^(١).

أجيب عنه: بأنه يجب حمله على أحد الوجوه التي حمل عليها خبر رافع؛ فإنه - أي جابر - قد روى حديث خبير أيضاً فيجب الجمع بين حديثيهما أمكن ثم لو حمل على المزارعة لكان منسوخاً بقصة خبير؛ لاستحالة نسخها كما تقدم وكذلك القول في حديث زيد بن ثابت.

(٤) ما روي عن رسول الله ﷺ أنه (نهى عن قفيز الطحان)^(٢) والاستئجار ببعض الخارج في معناه والمنهي غير مشروع.

(٥) أن الاستئجار ببعض الخارج من النصف والثلث والربع ونحوه استئجار ببدل مجهول وأنه لا يجوز كما في الإجارة^(٣) قال الشافعي: «إن الذي هو في معنى المزارعة الإجارة ولا يجوز أن يستأجر الرجل الرجل على أن يعمل له شيئاً إلا بأجر معلوم يعلمانه، قبل أن يعمله المستأجر»^(٤).

أجيب عن هذين الدليلين:

(١) أن الحديث ضعيف كما تقدم في التخريج.

(٢) أن المزارعة من قبيل المشاركات لا الإجارة. قال شيخ الإسلام ابن تيمية: بيان ذلك من وجهين:

أحدها: أن هذه المعاملة مشاركة ليست مثل المؤاجرة المطلقة فإن نهاء الحادث يحصل من منفعة أصلياً منفعة العين الذي ليس لهذا كبدنة وبقرة ومنفعة العين الذي لهذا كأرضه

(١) ينظر: المبسوط ٢/٢٣، شرح معاني الآثار ٤/١٠٧، الهداية مع نصب الراية ٦/٢٢ بدائع الصنائع

١٧٥/٦، الأم ٤/١٢

(٢) سبق تخرجه.

(٣) بدائع الصنائع ٦/١٧٥.

(٤) الأم ٤/١٢.

وشجره كما تحصل المغنم بمنفعة أبدان الغانمين وخيلهم وكما يحصل مال الفيء بمنفعة أبدان المسلمين من قوتهم ونصرهم بخلاف الإجارة فإن المقصود فيها هو العمل أو المنفعة فمن استأجر البناء استوفى المستأجر مقصوده بالعقد واستحق الأجير أجره وكذلك يشترط في الإجارة اللازمة أن يكون العمل مضبوطاً كما يشترط مثل ذلك في المبيع وهنا منفعة بدن العامل وبدن بقره وحديده هو مثل منفعة أرض المالك وشجره ليس مقصود واحد منهما استيفاء منفعة الآخر. وإنما مقصودهما جميعاً ما يتولد من اجتماع المنفعتين فإن حصل نماء اشتركا فيه وإن لم يحصل نماء ذهب على كل منهما منفعة أفيشتركان في المغنم وفي المغرم كسائر المشتركين فيما يحدث من نماء الأصول التي لهم. وهذا جنس من التصرفات يخالف في حقيقته ومقصوده وحكمه الإجارة المحضة.... فمعلوم قطعاً أن المزارعة ونحوها من جنس المشاركة ليس من جنس المعاوضة المحضة والغرر إنما حرّم بيعه في المعاوضة؛ لأنه أكل مال بالباطل وهنا لا يأكل أحدهما الآخر؛ لأنه إن لم ينبت الزرع فإن رب الأرض لم يأخذ منفعة الآخر إذ هو لم يستوفها ولا ملكها بالعقد ولا هي مقصودة بل ذهبت منفعة بدنه كما ذهبت منفعة أرضه ورب الأرض لم يحصل له شيء حتى يكون قد أخذوا الآخر لم يأخذ شيئاً، بخلاف بيع الغرر وإجارة الغرر فإن أحد المتعاضدين يأخذ شيئاً والآخر يبقى تحت الخطر فيفضي إلى ندم أحدهما وخصومتهما. وهذا المعنى منتف في هذه المشاركات التي مبناها على المعادلة المحضة.

الوجه الثاني: أن هذه من جنس المضاربة فإنها عين تنمو بالعمل عليها فجاز العمل عليها ببعض نوائها كالدرهم والدنانير والمضاربة جوزها الفقهاء كلهم اتباعاً لما جاء فيها عن الصحابة رضي الله عنهم مع أنه لا يحفظ فيها بعينها سنة عن النبي صلى الله عليه وسلم ولقد كان أحمد يرى أن يقيس المضاربة على المساقاة والمزارعة لثبوتها بالنص أفيجعل أصلاً يقاس

عليه وإن خالف فيها من خالف أو قياس كل منهما على الآخر صحيح فإن من يثبت عنده جواز أحدهما أمكنه أن يقبل منه حكم الآخر لتساويهما^(١).

دليل القول الثاني:

أن الأحاديث في المسألة تعارضت، فمنها الناهي عن المزارعة، ومنها المجوز لها، والجمع بينهما أولى من اطراح بعضها وادعاء النسخ، فيقال: تحمل أحاديث الجواز على الأرض التي بين النخيل وأحاديث النهي عن الأرض البيضاء جمعا بينهما^(٢).

أجيب عنه: قال ابن قدامة رحمته الله: «هذا بعيد لوجوه:

أحدها: أنه يبعد أن تكون بلدة كبيرة - أي خير - يأتي منها أربعون ألف وسق ليس فيها أرض بيضاء ويبعد أن يكون - النبي صلى الله عليه وسلم - قد عاملهم على بعض الأرض دون بعض أفينقل الرواة كلهم القصة على العموم من غير تفصيل مع الحاجة إليه.

الثاني: أن ما يذكرونه من التأويل لا دليل عليه وما ذكرناه دلت عليه بعض الروايات وفسره الراوي له بما ذكرناه وليس معهم سوى الجمع بين الأحاديث والجمع بينهما بحمل بعضها على ما فسرته رواية به أولى من التحكم بما لا دليل عليه.

الثالث: أن قولهم يفضي إلى تقييد كل واحد من الحديثين وما ذكرناه حمل لأحدهما وحده^(٣).

أدلة القول الثالث:

(١) ما روى ابن عمر رضي الله عنهما قال: (إن رسول الله صلى الله عليه وسلم عامل أهل خير بشرط ما يخرج منها من زرع أو ثمر).

(١) الفتاوى الكبرى ٤/ ٥٩، ويرجع إلى كلام ابن القيم ص ١٦٥-١٦٦، من هذا الكتاب.

(٢) ينظر: نهاية المحتاج ٥/ ٢٤٧، فتاوى السبكي ١/ ٤١٩، المغني ٥/ ٢٤٢.

(٣) المغني ٥/ ٢٤٢.

نوقش: أن هذا الحديث محمول على الجزية دون المزارعة صيانة لدلائل الشرع عن التناقض والدليل على أنه لا يمكن حمله على المزارعة أنه عليه الصلاة والسلام قال فيه: (أقركم ما أقركم الله) وهذا منه عليه الصلاة والسلام تجهيل المدة وجهالة المدة تمنع صحة المزارعة بلا خلاف. بقي ترك الإنكار على التعامل وإذا احتمل أن يكون للجواز ويحتمل أن يكون لكونه محل الاجتهاد فلا يدل على الجواز مع الاحتمال^(١).

يمكن أن يجاب عنه بما يلي:

أولاً: أن قوله: (عامل) يخالف معنى الجزية.

ثانياً: أن معنى كونه جزية يقتضي أن تكون الأرض ملكاً لهم، وهذا يناقض قوله ﷺ: (نقركم عليها ما أقركم الله)، إذ لو كانت لهم لم يسغ إخراجهم منها، وقول ابن عمر في هذا الحديث: (على أن الأرض لله ولرسوله وللمؤمنين)، ولهذا أجمع المسلمون في عهد عمر رضي الله عنه على إخراجهم. جاء في فتح الباري: «كيف يكون خراجاً مقاسمةً، مع أن الأرض فيه تكون للزراعيين، وأرض خيبر كانت للغانمين؟!»^(٢).

ثالثاً: أن تجهيل المدة، يخالف الإجماع إذا كان في عقود الإجارة، أما في عقود المشاركة كالزراعة، فيصح بإجماع كما تقدم في مسألة المساقاة.

(٢) الإجماع: قال أبو جعفر: (عامل رسول الله ﷺ أهل خيبر بالشرأثم أبو بكرأثم عمرأوعثمانأوعليأثم أهلهم إلى اليوم يعطون الثلث والرابع)^(٣). وهذا أمر صحيح مشهور عمل به رسول الله ﷺ حتى ماتأثم خلفاؤه الراشدون حتى ماتواأثم أهلهم من بعدهم ولم يبق بالمدينة أهل بيت إلا وعمل به أو عمل به أزواج رسول الله ﷺ من

(١) بدائع الصنائع ٦/ ١٧٥.

(٢) فتح الباري ٣/ ٥١٩.

(٣) سبق تخريجه.

بعده فروى ابن عمر أن النبي ﷺ: (عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من زرع أو ثمراً فكان يعطي أزواجه مائة وسقاً ثمانون وسقاً تمراً وعشرون وسقاً شعيراً فقسم عمر خيبراً فخير أزواج النبي ﷺ أن يقطع لهن من الأرض والماء أو يمضي. لهن الأوسقاً فمنهن من اختار الأرض ومنهن من اختار الأوسق)^(١). ومثل هذا لا يجوز أن ينسخ؛ لأن النسخ إنما يكون في حياة رسول الله ﷺ فأما شيء عمل به إلى أن مات ثم عمل به خلفاؤه بعده وأجمعت الصحابة رضوان الله عليهم عليه وعملوا به ولم يخالف فيه منهم أحداً فكيف يجوز نسخه ومتى كان نسخه؟ فإن كان نسخ في حياة رسول الله ﷺ فكيف عمل به بعد نسخه وكيف خفي نسخه فلم يبلغ خلفاءه مع اشتهاه قصة خيبراً وعملهم فيها؟ فأين كان راوي النسخ حتى لم يذكره ولم يخبرهم به؟.

(٣) أن القياس يقتضيه فإن الأرض عين تنمى بالعمل فيها فجازت المعاملة عليها ببعض نائها كالأثمان في المضاربة والمساقاة أو نقول: أرض أفجارت المزارعة عليها كالأرض بين النخيل.

(٤) أن الحاجة داعية إلى المزارعة؛ لأن أصحاب الأرض قد لا يقدر على زرعها والعمل عليها والأكرة يحتاجون إلى الزرع. ولا أرض لهم فاقضت حكمه الشرع جواز المزارعة كما قلنا في المضاربة والمساقاة بل الحاجة ها هنا أكد؛ لأن الحاجة إلى الزرع أكد منها إلى غيره لكونه مقتاتاً ولكون الأرض لا ينتفع بها إلا بالعمل عليها بخلاف المال^(٢).

الترجيح:

مما تقدم يترجح - والله أعلم - القول الثالث؛ لقوة أدلته، ولتوجه المناقشة لأدلة

(١) سبق تخريجه.

(٢) المغني ٥/ ٢٤٢.

الأقوال الأخرى.

المطلب الرابع

شروط المزارعة

الشرط الأول: أهلية التصرف في العاقدين:

اتفق القائلون بالمزارعة على اشتراط العقل في العاقدين، واختلفوا في اشتراط البلوغ

والرشد والحرية على قولين:

القول الأول: أنها ليست بشرط، وبه قال الحنفية^(١).

القول الثاني: أنها شرط، وبه قال المالكية^(٢)، والحنابلة^(٣).

أدلة الأقوال:

دليل القول الأول:

جاء في بدائع الصنائع: «البلوغ ليس بشرط لجواز المزارعة، حتى تجوز مزارعة الصبي

المأذون دفعا واحدا؛ لأن المزارعة استتجار ببعض الخارج والصبي المأذون يملك الإجارة؛

لأنها تجارة فيملك المزارعة وكذلك الحرية ليست بشرط لصحة المزارعة فتصح المزارعة

من العبد المأذون دفعا واحدا لما ذكرنا في الصبي المأذون»^(٤).

دليل القول الثاني:

لأنها عقد معاوضة فاعتبر لها ذلك كالبيع.

الترجيح:

يتضح من تعليل القولين، أن الأصل المقيس عليه في كل منهما غير متفق عليه بين

(١) ينظر: بدائع الصنائع ٦/١٧٦، مجمع الضمانات ٣١٧.

(٢) ينظر: الفواكه الدواني ٢/١٢٧.

(٣) ينظر: كشف القناع ٣/٥٣٢، شرح منتهى الإرادات ٢/٢٣٤.

(٤) بدائع الصنائع ٦/١٧٦.

الطرفين، وبالتالي فلا يلزم الطرف الآخر به، وتبقى المسألة محل اجتهاد ونظر، وسبق للباحث ترجيح القول الثاني^(١).

الشرط الثاني: أن يكون البذر معلوماً:

نص الحنفية^(٢) والحنابلة^(٣) على أنه يشترط أن يكون البذر^(٤) معلوماً، بأن يبين جنسه، ونوعه، ووصفه.

واختلفوا في اشتراط العلم بالقدر على قولين:

فذهب الحنابلة إلى أنه يشترط تحديد مقدار البذر لأنها معاقدة على عمل، فلم تجز على غير معلوم الجنس والقدر كالأجرة^(٥).

وذهب الحنفية إلى عدم اشتراط ذلك، لأن هذا تحدده حاجة الأرض إليه^(٦)، وهذا هو الأقرب للصواب، فالبذر مما يحدده طبيعة الأرض الزراعية، ومساحة المزرع منها، وهذا يختلف قدرا.

الشرط الثالث: أن يكون البذر من رب الأرض:

اشترط الحنابلة في الصحيح من المذهب: أن يكون البذر من رب الأرض^(٧). وذهب الحنفية: إلى أنه يجوز أن يكون البذر من المزارع، ويجوز أن يكون من صاحب الأرض، ولكن لا يجوز أن يكون منهما معا، فوجب بيان من عليه البذر، لأن عدم البيان

(١) يرجع للمطلب الرابع من المبحث الأول من الفصل الثاني من هذا الباب.

(٢) ينظر: بدائع الصنائع ١٧٦/٦، وحاشية ابن عابدين ٢٧٦/٦.

(٣) ينظر: كشف القناع ٥٣٢/٣، شرح منتهى الإرادات ٢٣٤/٢.

(٤) البذر: هو كل حب يزرع في الأرض. ينظر: لسان العرب ٥٠/٤.

(٥) ينظر: كشف القناع ٥٣٢/٣، شرح منتهى الإرادات ٢٣٤/٢.

(٦) ينظر: بدائع الصنائع ١٧٦/٦، وحاشية ابن عابدين ٢٧٦/٦.

(٧) ينظر: الإنصاف للمرداوي ٤٨٣/٥ ط إحياء التراث.

يؤدي إلى المنازعة وهي مفسدة للعقد، ويمكن الرجوع فيه للعرف^(١).
 وذهب المالكية: إلى أنه يجوز أن يكون البذر من أي منهما، ويجوز أن يكون منهما معا، بشرط أن لا يكون مقابل الأرض، لئلا يؤدي إلى كراء الأرض بممنوع، وهو مقابلة الأرض بطعام كالعسل، أو بما تنبته ولو لم يكن طعاما كالقطن والكتان.
 ثم إن كان منهما معا فقد اختلف المالكية في اشتراط خلط ما أخرجاه من بذر على قولين:

فعند مالك وابن القاسم رحمهما الله: أنه لا يشترط الخلط حقيقة ولا حكما، وهو الراجح الذي به الفتوى، فلو بذر كل منهما بذره في جهة أو فدان غير الآخر، جازت المزارعة عندهم.

ويشترط المالكية كذلك أن يتماثل البذران جنسا وصنفا، فلو أخرج أحدهما قمحا، والآخر شعيرا - مثلا - فإن المزارعة لا تصح، وكان لكل منهما ما أنبته بذره ويتراجعان في الأكرية، وقيل: يصح ذلك أيضا عندهم^(٢).

ورجح شيخ الإسلام ابن تيمية^(٣) وابن القيم^(٤) رحمهما الله تعالى، عدم اشتراط كون البذر من أحدهما، لما ثبت في الحديث أن النبي ﷺ شرط أهل خيبر على أن يعملوها من أموالهم كما تقدم ولم يدفع النبي ﷺ بذرا^(٥).

الشرط الثالث: أن تكون الأرض محل المزارعة معلومة:

(١) ينظر: المبسوط ٢٣/١٩، بدائع الصنائع ٦/١٧٧، حاشية ابن عابدين ٦/٢٧٥، ٢٩٣.

(٢) ينظر: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي عليه ٣/٣٧٣، ٣٧٤، شرح الخرشي ٦/٦٣.

(٣) ينظر: الفتاوى الكبرى ٤/٧٢.

(٤) ينظر: الطرق الحكمية ٢١٠.

(٥) الفتاوى الكبرى ٤/٧٢.

أي معينة تعييننا نافيا للجهالة، فإذا كانت مجهولة فسدت المزارعة^(١).

الشرط الرابع: أن تكون الأرض صالحة للزراعة في مدة المزارعة:

فلو كانت غير صالحة لها في هذه المدة، بأن كانت سبخة، أو نزة، فإن المزارعة عليها لا تجوز، لأن المزارعة فيها معنى الإجارة، والأجرة فيها بعض الخارج، والأرض التي لا تصلح للزراعة لا تجوز إيجارتها، فلا تصح المزارعة عليها كذلك. أما إذا كانت صالحة للزراعة في المدة، ولكن لا يمكن زراعتها وقت التعاقد لعارض مؤقت كانقطاع الماء أو في زمن الفيضان، أو كثرة الثلوج ونحو ذلك من العوارض التي هي على شرف الزوال في مدة المزارعة فإن العقد يكون صحيحا، نص على ذلك الحنفية^(٢).

الشرط الخامس: التخلية بين الأرض والعامل ليتمكن من العمل فيها بلا مانع.

وعلى ذلك لو اشترط أن يكون العمل على صاحب الأرض أو عليها معا فسدت المزارعة لانعدام التخلية بين الأرض والمزارع. والتخلية أن يقول صاحب الأرض للعامل: سلمت إليك الأرض، ومن التخلية أن تكون الأرض فارغة عند العقد، فإن كان فيها زرع قد نبت، فيشترط أن يكون قابلا لعمل الزراعة بأن يؤثر فيه العمل بالزيادة بمجرى العادة لأن ما لا يؤثر فيه العمل بالزيادة عادة لا يتحقق فيه معنى المزارعة^(٣).

الشرط السادس: أن تكون حصّة كل منهما من الخارج جزءا شائعا من

(١) ينظر: المبسوط ٤٢/٢٣، بدائع الصنائع ١٧٨/٦، وكشاف القناع ٥٤٢/٣.

(٢) ينظر: حاشية ابن عابدين ٢٧٥/٦، والفتاوى الهندية ٢٣٥/٥.

(٣) ينظر: بدائع الصنائع ١٧٨/٦، تبيين الحقائق ٢٧٩/٥، منتهى الإرادات ٤٧١/١، كشاف القناع ٥٣٤/٣.

الجملة:

كالنصف أو الثلث أو الربع، ونحو ذلك، وعلى ذلك لو شرط لأحدهما كمية معينة من المحصول كعشرة أراذب من القمح أو خمسة قناطير من القطن، فإن العقد لا يصح مطلقاً؛ لأن المزارعة فيها معنى الإجارة والشركة، وإذا ثبت أن فيها معنى الإجارة والشركة، فإن اشتراط قدر معلوم من الخارج لأحدهما ينفي لزوم معنى الشركة، لاحتمال أن الأرض لا تخرج زيادة على القدر المعلوم فلا يبقى للطرف الآخر شيء، وينبغي على هذا الشرط أيضاً؛ أنه لا يجوز الاتفاق على أن يكون لصاحب الأرض زرع ناحية معينة من الأرض، وللمزارع زرع الناحية الأخرى، ومثل هذا الاتفاق مفسد للمزارعة نفسها، وذلك كأن يشترط أحدهما لنفسه ما على السواقي والجداول إما منفرداً أو بالإضافة إلى نصيبه^(١) باتفاق أهل العلم كما تقدم.

الشرط السابع: تحديد مدة عقد المزارعة:

اختلف الفقهاء في اشتراط مدة معينة لعقد المزارعة على قولين:
القول الأول: أنه يجب تحديد عقد المزارعة بمدة معينة فإذا لم تحدد له مدة معينة أو كانت المدة مجهولة فسدت المزارعة، ويجب أن تكون هذه المدة كافية للزراعة وجني المحصول، وتجوز المزارعة على أكثر من عام بشرط تعيين المدة، وهو مذهب الحنفية^(٢).
القول الثاني: أنه تصح المزارعة بلا بيان مدة، وهو قول بعض الحنفية وعليه الفتوى^(٣)، ومذهب المالكية^(٤)، والحنابلة^(٥).

(١) ينظر: الهداية مع تكملة فتح القدير ٩/ ٤٦٩، حاشية الدسوقي ٣/ ٣٧٣، كشف القناع ٣/ ٣٤٤.

(٢) ينظر: بدائع الصنائع ٦/ ١٨٠، وتبيين الحقائق ٥/ ٢٧٩.

(٣) ينظر: حاشية ابن عابدين ٦/ ٢٧٥.

(٤) ينظر: شرح الخرشي ٦/ ٢٣٠.

(٥) ينظر: المغني ٥/ ٤٠٤، ٤٠٥، وكشاف القناع ٣/ ٥٣٧.

أدلة الأقوال:**أدلة القول الأول:**

أن المزارعة استتجار ببعض الخارج من الأرض، والإجارة لا تصح مع جهالة المدة، فكذا المزارعة^(١).

يمكن أن يجاب عليه بما تقدم بيانه، من أن المزارعة من قبيل المشاركات، لا من قبيل الإجازات.

أدلة القول الثاني:

(١) أن النبي ﷺ لم ينقل عنه أنه قدر لأهل خير مدة معينة، ولو قدر لم يترك نقله، لأن هذا مما يحتاج إليه فلا يجوز الإخلال بنقله.

(٢) ولأن عمر رضي الله عنه أجلاهم من الأرض وأخرجهم منها، ولو كانت لهم مدة مقدرة لما جاز له إخراجهم منها^(٢).

الترجيح:

يترجح - والله أعلم - القول الثاني؛ لموافقته للدليل، ولتوجه المناقشة لحجة القول الأول.

(١) بدائع الصنائع ٦ / ١٨٠.

(٢) ينظر: المغني ٥ / ٤٠٤، ٤٠٥، وكشاف القناع ٣ / ٥٣٧. والحديث ينظر تخريجه في الحاشية رقم ١٤٢٧.

المبحث الثاني

إصدار وتداول صكوك المزارعة واستردادها

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول

إصدار صكوك المزارعة

وفيه فرعان:

الفرع الأول: عقد إصدار صكوك المزارعة:

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: طريقة تصكيك عقد المزارعة وأركانه:

ويندرج تحت هذه المسألة فقرتان:

الفقرة الأولى: طريقة تصكيك عقد المزارعة:

هناك طريقتان لتصكيك عقد المزارعة:

الأول: المصدر لتلك الصكوك هو صاحب الأرض، مالكها أو مالك منافعها، والمكتتبون فيها هم المزارعون في عقد المزارعة أصحاب العمل بأنفسهم أو بغيرهم، وحصيلة الاكتتاب هي تكاليف الزراعة.

ويتم عبر الخطوات التالية:

- (١) يتقدم مالك الأرض التي يطلب زرعها، إلى البنك الإسلامي.
- (٢) يقوم البنك بإنشاء شركة ذات غرض خاص - وتسمى وكيل الإصدار - تكون وكيلة عن مالك الأرض، وتتولى إصدار صكوك المزارعة.
- (٣) بعد جمع حصيلة الاكتتاب، يقوم مدير الإصدار، بتعيين شركة زراعية خبيرة؛ تتولى عملية الزراعة، نيابة عن حملة الصكوك، مقابل أجر معلوم.
- (٤) تتضمن نشرة الإصدار، تحديد نسبة المكتتبين من المحصول.

٥) تتولى الشركة الخيرة، جمع المحصول وبيعه، وإعطاء قيمته إلى الشركة ذات الغرض الخاص، التي تعطي مالك الأرض نصيبه، من بيع المحصول، كما تتولى تقسيم نصيب حملة الصكوك من بيع المحصول على المجموع الكلي للصكوك.

الطريق الثاني: أن يكون المصدر هو المزارع (صاحب العمل) والمكتتبون هم أصحاب الأرض (المستثمرون الذين اشترت الأرض بحصيلة اكتتابهم)، ويملك حملة الصكوك الحصة المتفق عليها مما تنتجه الأرض^(١).

ويتم عبر الخطوات التالية:

١) تتقدم شركة زراعية ذات خبرة، إلى البنك الإسلامي، بطلب الاستثمار عبر عقد المزارعة.

٢) تنشأ شركة ذات غرض خاص - تمثل وكيل ومدير الإصدار-، تقوم بإصدار صكوك المزارعة.

٣) بعد جمع حصيلة الاكتتاب، تقوم الشركة ذات الغرض الخاص بصفتها أيضا مدير الإصدار، نيابة عن حملة الصكوك، باستئجار أو شراء أرض، صالحة للزراعة.

٤) بذلك يملك حملة الصكوك رقبة أو منفعة تلك الأرض.

٥) يتولى مدير الإصدار (الشركة ذات الغرض الخاص) نيابة عن حملة الصكوك (أصحاب الأرض)، بتوقيع عقد مساقاة مع الشركة الخيرة (المزارع)، التي تقوم على زراعة الأرض والقيام بكل ما يحتاج لذلك، إلى حصاد الزرع، وتسويقه.

٦) يُتَّفَق على حصة كل من حملة الصكوك و المزارع في المحصول، في عقد المزارعة، ويشار إليه في نشرة الإصدار.

٧) في حال كانت الأرض مملوكة لحملة الصكوك، فإنه يمكن تجديد عقد المزارعة. لأكثر من دورة إنتاج.

(١) نص على هذين الطريقين، المعيار رقم ١٧، فقرة ٥/١/٩، من المعايير الشرعية، لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ص ٢٤٢، أما الخطوات فهي من استنتاج المؤلف.

الفقرة الثانية: أركان عقد صكوك المزارعة:

أركان عقد المزارعة لا تختلف عن أركان عقد المساقاة، وهي - عند القائلين بمشروعيتها من جمهور الفقهاء - خمسة أركان، هي:

الأول: الصيغة.

والثاني: العاقدان.

والثالث: الأرض.

والرابع: المحصول.

الخامس: العمل.

وركنها عند الحنفية الصيغة فقط^(١).

وعند تطبيق هذه الأركان على الطريقتين السابقين لتصكيك عقود المزارعة، نجدها تتفق وما سبق الكلام عليه في أركان صكوك عقد المساقاة.

المسألة الثانية: صفة عقد صكوك المزارعة من حيث اللزوم وعدمه:

اختلف القائلون بمشروعية المزارعة في صفة العقد، على التفصيل الآتي:

أولاً: ذهب الحنفية إلى أن المزارعة لازمة في جانب من لا بذر له، فلا يملك فسخها بدون رضا الآخر إلا بعذر يمنعه من إتمامها، ولكنها ليست لازمة في جانب من عليه البذر قبل إلقاء بذره في الأرض، فيملك فسخها بعذر وبدون عذر، لأنه لا يمكنه المضي في العمل إلا بإتلاف ماله - وهو البذر - بإلقائه في الأرض فيهلك فيها، ولا يدري إن كان ينبت أم لا؟ وليس كذلك من لا بذر له ولكنه لا يملك الفسخ بعد إلقاء البذر في الأرض، إلا بعذر طارئ يحول دون إتمام العقد^(٢).

(١) يرجع إلى الفقرة الثانية، من المسألة الأولى، من الفرع الأول من المطلب الأول من المبحث الثاني،

من الفصل الثاني من هذا الباب.

(٢) ينظر: بدائع الصنائع ٦/ ١٨٣، تبين الحقائق ٥/ ٢٧٨، حاشية ابن عابدين ٦/ ٢٧٤.

ثانياً: يرى المالكية في المعتمد عندهم: أن عقد المزارعة لا يلزم بمجرد العقد بل بالشروع أي بالبذر. فلا تلزم بالعقد ولا بالعمل قبل البذر ولو كثر، كحرث وتسوية أرض وإجراء ماء إليها، على الأرجح وتلزم بالبذر وإن لم يتقدمه عمل وإنما لم تلزم بالعقد كشركة المال؛ لأنه قد قيل بمنعها فضعف أمرها فاحتيج في لزومها لأمر قوي وهو البذر^(١).

وقيل: هي لازمة بالعقد كالبراء والبيع وقيل: إنها لا تلزم إلا بالعمل كالشركة وبه جرت الفتيا بالأندلس^(٢).

ثالثاً: ظاهر كلام أحمد بن حنبل - وهو المذهب - أن المزارعة من العقود الجائزة؛ لما يلي:

(١) أن اليهود سألوا الرسول ﷺ أن يقرهم بخير على أن يعملوها ويكون للرسول ﷺ شطر ما يخرج منها، فقال لهم الرسول ﷺ: (نقركم على ذلك ما شئنا)^(٣)، ولو كان العقد لازماً لما جاز بغير تقدير مدة ولا جعل الخيرة لنفسه في مدة إقرارهم.

(٢) ولأنه لم ينقل عن النبي ﷺ أنه قدر لهم ذلك بمدة، ولو قدر لما ترك نقله، لأن هذا مما يحتاج إليه فلا يجوز الإخلال بنقله، وعمره ﷺ أجلاهم من الأرض وأخرجهم من خير^(٤)، ولو كانت لهم مدة مقدرة لما جاز إخراجهم منها، ولأنها عقد على جزء من نساء المال فكان جائزاً كالمضاربة.

(٣) لأن غايتها إذن وبذل نفع أو كلاهما جائز^(٥).

(١) ينظر: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي عليه ٣/ ٣٧٢، شرح الخرشي ٦/ ٦٣.

(٢) التاج والإكليل ٧/ ١٥٣.

(٣) سبق تخريجه.

(٤) سبق تخريجه.

(٥) ينظر: المغني ٥/ ٢٣٣، مطالب أولي النهى ٣/ ٤٥٣.

الترجيح:

بناء على ما سبق، يمكن إجمال الأقوال في المسألة كالتالي:

القول الأول: أنه لازم في جانب من لا بذر له، جائز في حق صاحب البذر ما لم يبذر.

القول الثاني: أنه لازم لطرفي العقد بمجرد العقد.

القول الثالث: أنه لازم لطرفي العقد بالبذر.

القول الرابع: أنه عقد جائز لطرفي العقد.

ويترجح - والله أعلم - أن عقد المزارعة عقد جائز، وذلك لما مضى من أدلة، فالنبي

ﷺ، عامل أهل خيبر بالزراعة، وجعل الأمر له في فسخ العقد، ولم يلزمهم بالعمل، فيها

بدليل قوله: (نقرم) التي تتضمن معنى تعليق المزارعة على الرضا عن الفعل، وهذا

يشعر بحق النبي ﷺ بالفسخ، ولو كان العمل فيها لازماً على يهود خيبر، لاستدرك

اليهود ذلك على النبي ﷺ، أو لنبه ﷺ إليه.

الفرع الثاني: الشروط في عقد إصدار صكوك المزارعة:

وفيه ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: حكم اشتراط تسويق المحصول الناتج على المزارع أو على**مالك الأرض:**

يمكن تقسيم هذه المسألة إلى قسمين:

القسم الأول: حكم اشتراط الحصاد والرفع إلى البيدر، والدياس، والتذرية**ونحوها على العامل:**

يرى الحنفية^(١) والمالكية^(٢): أن شرط الحصاد والرفع إلى البيدر، والدياس، والتذرية

على العامل فاسد مفسد للعقد.

(١) ينظر: المبسوط للسرخسي ٢٣ / ٣٦، بدائع الصنائع ٦ / ١٨١.

(٢) ينظر: شرح مختصر خليل للخرشي ٦ / ٦٦.

والعلة في ذلك: أن الزرع لا يحتاج إليه إذ لا يتعلق به نفاؤه وصلاحه، والأصل أن كل عمل يحتاج الزرع إليه قبل تنافيه وإدراكه وجفافه مما يرجع إلى إصلاحه، من السقي والحفظ وقلع الحشاوة، وحفر الأنهار الداخلية، فعلى المزارع؛ لأن ما هو المقصود من الزرع وهو النماء لا يحصل بدونه عادة، فكان من توابع المعقود عليه، ومن عمل المزارعة، فيكون على المزارع.

وكل عمل يكون بعد تنافيه الزرع وإدراكه وجفافه قبل قسمة الحب مما يحتاج إليه خلوص الحب وتنقيته يكون بينهما على شرط الخارج، أي يتحمل من نفقاته بنسبة ما يستحقه من المحصول؛ لأنه ليس من عمل المزارعة.

وكل عمل يكون بعد القسمة من الحمل ونحوه مما يحتاج إليه لإحراز المقسوم فعلى كل واحد منهما في نصيبه، لأن ذلك مؤنة ملكه فيلزمه دون غيره^(١).

وروي عن أبي يوسف أنه أجاز شرط الحصاد والرفع إلى البيدر والدياس والتذرية على المزارع، لتعامل الناس على ذلك، وعليه الفتوى عند الحنفية^(٢)، وهو مروي عن ابن القاسم من المالكية^(٣)، ومذهب الحنابلة^(٤).

الترجيح:

يترجح للباحث جواز اشتراط الحصاد ونحوه، على العامل؛ لسببين:

(١) أن هذه الأمور مما سكت الشارع عنها، فيرجع فيها إلى العرف، وما اعتاده الناس في ذلك.

(٢) أن القول بعدم جواز الزام المزارع بهذا الشرط، يؤدي إلى المنازعة والخلاف، إذ إن العامل هو الذي بذر، ثم زرع ثم تابع نمو النبات حتى تهيأ

(١) ينظر: المبسوط للسرخسي ٣٦/٢٣، بدائع الصنائع ١٨١/٦.

(٢) ينظر: إضافة إلى المراجع السابقة: حاشية ابن عابدين ٢٨٢/٦.

(٣) ينظر: حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٣/٤٩٦ ط دار المعارف.

(٤) ينظر: كشف القناع ٣/٥٤٤، منتهى الإرادات ١/٤٧٣.

استحصاده، ومالك الأرض بعيد عن ذلك، فإذا قيل بعدم صحة الاشتراط لزم منه أمران:

إما أن يكون مالك الأرض متابعا للزرع منذ نباته حتى حصاده، وهذا يؤدي إلى ترك المزارعة؛ لأنها أجيّزت لحاجة مالك الأرض إلى زرعها، وليس لديه من الجهد ما يكفي لمتابعتها، فإن ألزمناه بمتابعة الزرع حتى يأتي وقت حصاده، لم يبق للمزارعة معنى. وإما أن يكون مالك الأرض بعيدا عن الزرع حتى أوان الحصاد، فيعلم به؛ مما قد يؤدي إلى تأخر الحصاد، وتعريض الزرع للآفات. وكلا هذين اللازمين يؤدي إلى المنازعة والخلاف، والشرعية جاء بمنع النزاع وقطع دابره.

القسم الثاني: حكم اشتراط تسويق المحصول الناتج، على المزارع أو على مالك الأرض:

يتبين من المسألة الأولى، أن من لازم قول الحنفية فساد هذا الشرط، إذ إن الحصاد له شبهة تعلق بالزرع، ومع ذلك أفسدوا العقد باشتراطه، والتسويق ليس له أدنى تعلق بالزرع، بل هو مرحلة تالية للمزارعة، ففساده عندهم من باب أولى. أما على قول من أجازه، فليس فيه ما يدل على الجواز أو المنع، فيرجع فيه إلى الأدلة الشرعية، وبما أن هذا الشرط من قبيل اشتراط منفعة العاقد لمصلحة العاقد الآخر، أو من قبيل اشتراط عقد معاوضة، في عقد معاوضة آخر، وليس فيه حيلة إلى محرم شرعا، وقد انتهى الباحث - كما تقدم - إلى جواز اشتراط عقد معاوضة في عقد معاوضة إذا لم يكن فيه حيلة على الربا؛ مما يقتضي صحة هذا الشرط.

المسألة الثانية: حكم اشتراط التبن^(١) لأحد العاقلين:

وهذه من المسائل المهمة في باب المزارعة، لاسيما في زمننا المعاصر، الذي يهتم فيه بمخلفات المشروع التجاري؛ كونها تمثل موردا ماليا مهما، ومن ذلك التبن الناتج بعد

(١) التبن: ساق الزرع بعد دياسه. ينظر: المصباح المنير ص ٧٢.

الزراع والحصد، وله استخدامات عدة، تكتشف حيناً بعد حيناً، وكونه علفاً حيوانياً، جيداً ومرغوباً، ذا قيمة اقتصادية، فهل يصح أن يشترطه أحد العاقدين في المزارعة لنفسه؟ للفقهاء في المسألة تفصيل على النحو التالي:

أولاً: مقتضى عقد المزارعة بشأن التبن:

اختلف الفقهاء في ما يقتضيه عقد المزارعة بشأن التبن على رأيين:

(١) يرى الحنفية: أن التبن يكون لصاحب البذر؛ لأنه نماء بذره وفي حقه لا يحتاج إلى الشرط^(١).

(٢) ويرى بعض الحنفية^(٢)، ومذهب المالكية^(٣)، وابن حزم الظاهري^(٤)، ومقتضى- مذهب الحنابلة^(٥): أن تبن الزرع بينهما على ما شرطاً من الأجزاء. اعتباراً للعرف فيما لم

(١) ينظر: العناية شرح الهداية ٩/ ٤٧٠، تبين الحقائق ٥/ ٢٨٢ وقال: هو ظاهر الرواية.

(٢) هم مشايخ بلخ، ينظر: المراجع السابقة.

(٣) ينظر: المدونة ٣/ ٥٧٢، التاج والإكليل ٧/ ٤٧٢.

(٤) ينظر: المحلى ٧/ ٦١.

(٥) لسببين:

١- عموم نصوص الحنابلة، فمن ذلك قول ابن قدامة في المغني ٥/ ٢٤١: أن معنى المزارعة هو: «دفع الأرض إلى من يزرعها ويعمل عليها أو الزرع بينهما». اهـ، وقوله في موضع آخر ٥/ ٢٤٥: «وإن شرطاً التفاضل في الزرع... فالزرع بينهما على ما شرطاه أو لا تراجع بينهما». اهـ، والزرع يشمل الحب والتبن.

٢- أن الحنابلة قرروا أن المزارعة من قبيل المشاركات، وقياسهم في الشركات أن يتم تقاسم الخارج على ما شرطاه، جاء في مطالب أولي النهى ٤/ ٥٠٣: وإن وصى لرجل بحب زرعته ولاخر بتبنه؛ صحح أوالنفقة بينهما على قدر المالين أو يجبر الممتنع منهما على الإنفاق مع الآخر؛ لأن الترك ضرر عليهما وإضاعة للمال أو تكون النفقة بينهما على قدر قيمة حق كل واحد منهما في الحب والتبن كالشريكين في أصل الزرع. اهـ فمقتضى الشراكة في أصل الزرع، الشركة في الحب والتبن على ما شرطاه بالأجزاء، فإن كان لأحدهما ثلث الزرع، فله ثلثه؛ حبه وتبنه.

ينص عليه المتعاقدان ولأنه تبع للحب والتبع يقوم بشرط الأصل^(١).

الترجيح:

وبما أن المزارعة من قبيل المشاركات، فإن ذلك يقتضي اشتراكهما في الزرع كاملاً، حبه وتبته، لاسيما وأن للتبن قيمة اقتصادية جيدة، والتبن تابع لأصله وهو الحب، وللتابع حكم الأصل.

ثانياً: حكم اشتراط التبن:

أولاً: رأي الحنفية: للحنفية تفصيل في اشتراط التبن، إذا كان ممن لم يبذل البذر، جاء في بدائع الصنائع^(٢): شرط التبن لمن لا يكون البذر من قبله لا يخلو من ثلاثة أوجه: إما أن يشترط أن يكون التبن بينهما، وإما أن يسكتا عنه، وإما أن يشترط لأحدهما دون الآخر فإن شرطاً أن يكون بينهما: لا شك أنه يجوز؛ لأنه شرط مقرر لمقتضى العقد؛ لأن الشركة في الخارج من الزرع من معاني هذا العقد.

وإن سكتا عنه يفسد عند أبي يوسف وعند محمد بن الحسن: لا يفسد ويكون لصاحب البذر منها. ووجه قول محمد: أن ما يستحقه صاحب البذر يستحقه ببذره لا بالشرط فكان شرط التبن والسكوت عنه بمنزلة واحدة. ووجه قول أبي يوسف: أن كل واحد منهما - أعني الحب والتبن - مقصود من العقد فكان السكوت عن التبن بمنزلة السكوت عن الحب وإذا مفسد بالإجماع فكذا هذا.

وإن شرطاً أن يكون لأحدهما دون الآخر فإن شرطاه لصاحب البذر جازاً ويكون له لأن صاحب البذر يستحقه من غير شرط؛ لكونه نهاء ملكه فالشرط لا يزيده إلا تأكيداً وإن شرطاه لمن لا بذر له فسدت المزارعة؛ لأن استحقاق صاحب البذر التبن بالبذر لا

(١) ينظر: فتح القدير ٩/ ٤٧٠، تبين الحقائق ٥/ ٢٨٢.

(٢) بدائع الصنائع ٦/ ١٨١.

بالشرط؛ لأنه نهاء ملكه ونهاء ملك الإنسان ملكه فصار شرط كون التبن لمن لا بذر من قبله بمنزلة شرط كون الحب له وإذا مفسد كذا هذا. اهـ

ثانياً: رأي المالكية: لم أجد رأياً للمالكية خاصاً في هذه المسألة، لكن رأيهم في هذه المسألة يتضح من مقدمتين ونتيجة:

المقدمة الأولى: تفصيلهم في تقسيم ما يخرج من الزرع بين العاقلين:

جاء في الفواكه الدواني^(١): «إذا كانت الزريعة (البذر) منهما جميعاً فالزرع بينهما على المناصفة فيهما سواء كانت الأرض لأحدهما والعمل، - أي عمل البقر - وهو الحرث المقابل للأرض، على الآخر وهذه لا شك في جوازها وأقولنا على المناصفة فيهما للاحتراز عما لو تفاضلا في الزريعة بأن أخرج أحدهما ثلثها والآخر ثلثيها فإنه ينظر فإن كان صاحب الأرض هو الذي أخرج الثلثين فالمزارعة صحيحة؛ لأن الثلث الذي أخرج صاحب العمل يقابل ثلثاً مما أخرج صاحب الأرض والعمل يقابل الأرض والثلث الثاني. وإن كان الذي أخرج الثلثين هو صاحب العمل فينظر إن كان الربح بينهما أثلاثاً على قدر ما أخرج كل واحد من الزريعة فالجواز؛ لأنها تساوي في الزريعة والعمل مقابل للأرض وإن كان الزرع بينهما على المناصفة فالمنع؛ لأن الثلث يقابل الثلث والثلث الآخر مع العمل مقابلان للأرض وذلك حرام لوقوع جزء من البذر في مقابلة جزء من الأرض.. اهـ ويفهم من هذا أن تقسيم الربح يكون بقدر المبذول، من أرض أو عمل، والزيادة على قدر المبذول يمنع الصحة».

المقدمة الثانية: وهي ما تقدم أن الأصل في التبن عند المالكية، أنه تبع للحب في الشرط، والقسمة.

النتيجة: عدم صحة اشتراط الزيادة في التبن - لأحد العاقلين دون الآخر - على النصيب المقدر.

(١) الفواكه الدواني ٢/ ١٢٧.

ثالثاً: رأي الحنابلة: الأصل العام عند الحنابلة أن المزارعة كالمساقاة في الشروط، ويصح فيهما تفاوت النصيب من الثمر أو الزرع في كل منهما، جاء في كشف القناع^(١): «ومن شرط صحة المساقاة: تقدير نصيب العامل بجزء مشاع من الثمرة كالثلث والرابع والخمس الماسبق من أنه عليه السلام: (عامل أهل خيبر بشرط ما يخرج من ثمر أو زرع)، فلو جعل رب شجر للعامل جزءاً من مائة جزء جاز، أو جعل رب الشجر الجزء من مائة جزء لنفسه والباقي للعامل جاز ما تراضوا عليه؛ لأن الحق لا يعدوهما، ما لم يكن شرطهما لرب الشجر جزءاً من مائة جزء والباقي للعامل حيلة على بيع الثمرة قبل بدو صلاحها فلا يصح... إلى أن قال: وحكم المزارعة حكم المساقاة فيما ذكرنا فيما تقدم من الأحكام». اهـ، ويفهم صحة اقتسام الخارج، من الزرع بما يتراضيان عليه، وبما اشترطاه.

وهذا الرأي هو الذي يرجحه الباحث، كون المزارعة فيها معنى المضاربة، ويصح في المضاربة قسمة الربح على نحو ما يشترطان، بغض النظر عن مقدار ما يبدلانه من المال أو العمل.

المسألة الثالثة: اشتراط الضمان على العامل:

اتفق الفقهاء من المذاهب الأربعة على أن المزارع أمين على ما في يده لا يضمن إلا بتعد أو تفريط - سواء أكان أجيراً أم شريكاً -، فلو اشترط عليه الضمان كان الشرط باطلاً: جاء في المبسوط: وإذا دفع الرجل إلى رجل أرضاً له يزرعها هذه السنة بالنصف وضمن له رجل الزراعة من الزرع فالضمان باطل؛ لأن المزارع مستأجر للأرض عامل^(٢).

(١) كشف القناع ٣/ ٥٣٥ - ٥٤٤.

(٢) المبسوط ٢٣/ ١٢٦. وينظر: منح الجليل ٧/ ٣٧٨، المنشور في القواعد ٢/ ٢٨٤، شرح منتهى الإرادات ٢/ ٢١٨.

المطلب الثاني

حكم تداول صكوك المزارعة

يجري فيها الخلاف المتقدم في معاملة المساقى غيره، وينطبق عليها أيضا، أوجه الشبه والاختلاف بين المسألتين، هذا من جهة ومن جهة أخرى، لم أجد من تكلم على حكم تداول صكوك المزارعة غير هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية حيث نصت في معاييرها الشرعية على أنه: يجوز تداول صكوك المزارعة بعد قفل باب الاكتتاب وتخصيص الصكوك وبدء النشاط إذا كان حملة الصكوك مالكي الأرض أما إذا كانوا الملتزمين بالعمل (الزراعة) فلا يجوز تداول الصكوك إلا إذا كان التداول بعد بدو صلاح الزرع^(١).

وسأجعل هذا المعيار المذكور منطلقا لبيان حكم تداول صكوك المزارعة، وبناء عليه يمكن تقسيم تداول صكوك المزارعة إلى قسمين:

القسم الأول: إذا كان حملة الصكوك يمثلون مالكي الأرض:

تقدم^(٢) أن حملة الصكوك في هذه الحال، يملكون الأرض وهو الأصل، ويملكون نصيبهم من الزرع، وهو التابع، وأنه يجوز بيع الشيء تبعا لا قصدا، وفي هذه الحال يجوز لحملة الصكوك بيع صكوكهم، بعد بدء النشاط، وذلك بالتأكيد لا يكون إلا بعد ثبوت تملكهم للأرض.

القسم الثاني: إذا كان حملة الصكوك يمثلون المزارع:

يجري فيها ماتقدم ذكره في تداول صكوك المساقاة في الطريق الأول. وأنه لا يجوز تداول الصكوك حتى يصلح الثمر، ويشهد الزرع كما سبق تقريره في ذلك الموضع، لكن وجدت خلافا عند الحنابلة، في حكم خروج المزارع باختياره وتركه العمل قبيل الزرع أو بعده قبل ظهوره، وأراد أن يبيع عمل يديه في الأرض من حرث وما أنفق في الأرض؟ على وجهين:

(١) المعيار رقم ١٧، فقرة ٥/٢/١٧ من العاير الشرعية، ص ٢٤٥.

(٢) يرجع إلى المطلب الثاني من المبحث الثاني من الفصل الثاني من هذا الباب.

الوجه الأول: عدم جوازه قياساً على المساقاة.

الوجه الثاني: جوازه، ويكون شريكاً في الأرض بعمارتها (عمله وحرثه)، وعده بعضهم قياس المذهب، وهو مقتضى فتوى شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله، جاء في مطالب أولي النهى: «أفتى الشيخ تقي الدين في رجل زرع أرضاً وكانت بوراً وحرثها فهل إذا خرج منها، له فلاحه؟ فأجاب: أنه إن كان له في الأرض فلاحه لم ينتفع بها فله قيمتها على من انتفع بها فإن المالك انتفع بها فأخذ عوضاً عنها من المستأجر؛ فضمنها عليه وإن أخذ الأجرة عن الأرض وحدها؛ فضمن الفلاحه على المستأجر المنتفع بها». قال في "القواعد": «ونص أحمد فيمن استأجر أرضاً مفلوحة وأ شرط عليه أن يردّها مفلوحة كما أخذها: أن له أن يردّها عليه كما شرط. قال: ويتخرج مثل ذلك في المزارعة»^(١).

مستند القول بعدم تداول صكوك المزارعة قبل بدو صلاح الزرع واشتداده، تقدم بيانه في تداول صكوك المساقاة التي تمثل المساقى.

مستند القول بجواز تداول صكوك المزارعة، إن كان حملة الصكوك يمثلون المزارع: يمكن استنباط هذا المستند من قول من أجازه، فيقال: إن العامل أو المزارع بعد العمل، والحرث وإثارة الأرض، ووضع السد فيهما، والقيام عليها حتى أصبحت مهيأة للزراعة؛ أصبح شريكاً في الأرض، إلى أن ينفصل حقه منها بظهور الزرع وقسمة المحصول، وقبل ذلك لم ينفصل نصيبه منها، فأصبح كالشريك في المشاع، وكالذي عمر ما نهدم من بنيان غيره، فيكون شريكاً فيه، والشريك يصح أن يبيع نصيبه في المشاع.

(١) مطالب أولي النهى ٥٦١/٣. وقال في كشف القناع ٥٤٥/٣: وإن خرج الزارع باختياره وترك العمل قبيل الزرع أو بعده قبل ظهور الزرع وأراد أن يبيع عمل يديه في الأرض من حرث ونحوه وما عمل أو أنفق في الأرض لم يجز ذلك أخلافاً للقاضي في الأحكام السلطانية. ولا شيء له كالعامل في المساقاة وإن أخرجه مالك ذلك فله أجرة مثل عمله وما أنفق في الأرض؛ لأنه عمل بعوض لم يسلم له أفوجب له بدله وهو قيمته.

وهذا القول له حظ من النظر، ويرجح الباحث، لاسيما وأنه يتوافق ومقاصد الشريعة وقواعدها المتضمنة إعطاء العامل حقه، والأجير أجره، والشريك نصيبه، ويمكن أن يستنبط من حديث الثلاثة الذين آواهم المبيت إلى غار وفيه: (وقال الثالث: اللهم إني استأجرت أجيراً بفرق أرز، فلما قضى عمله قال: أعطني حقي، فعرضت عليه فرغب عنه، فلم أرز أرزعه حتى جمعت منه بقرأ ورعاتها، فجاءني فقال: اتق الله. فقلت: اذهب إلى ذلك البقر وراعها فخذ. فقال: اتق الله ولا تستهزئ بي. فقلت: إني لا أستهزئ بك، فخذ. فأخذه. فإن كنت تعلم أني فعلت ذلك ابتغاء وجهك فافرج ما بقي. ففرج الله^(١)).

ووجه الدلالة من وجهين:

الأول: أن رغبة الأجير عن أجرته في حال أو وقت، لا يسقطها، فكيف إذا عمل وطلب حق عمله.

الثاني: أن المؤجر، قد زارع ببذر غيره، في أرضه فنام بالزراع، واستحق نصيبه من الربح، فتركه تبرعاً؛ لذلك استحق الثناء في الحديث، مما يدل - بالتأمل - على أن العدل في المزارع أن يأخذ نصيبه مما عملت يده، وأن الفضل بأن يتبرع به.

فإن قيل: إن الاستدلال خارج عن محل النزاع؛ لكونه بعد انقضاء العمل.

يجاب عليه: بأن المقصود بالاستدلال هو التأكيد على قواعد الشريعة، في عدم سقوط حق العامل إذا عمل، وأن عمله ذلك لا يذهب سدى، إذا استفاد منه صاحب الأرض أو من يحل محل العامل. بدليل الحديث الآخر، وهو قوله ﷺ: (إِنَّمَا بَقَاؤُكُمْ فِي مَا سَلَفَ قَبْلَكُمْ مِنَ الْأَمْرِ كَمَا بَيْنَ صَلَاةِ الْعَصْرِ إِلَى غُرُوبِ الشَّمْسِ، أُوتِيَ أَهْلُ التَّوْرَةِ التَّوْرَةَ، فَعَمِلُوا حَتَّى إِذَا انْتَصَفَ النَّهَارُ عَجَزُوا، فَأُعْطُوا قِيرَاطاً قِيرَاطاً. ثُمَّ أُوتِيَ أَهْلُ الْإِنْجِيلِ

(١) رواه البخاري في كتاب الحرث والزراع، باب من زرع بهال قوم بغير إذنه برقم (٢٢٩٦)، ومسلم في كتاب الرقاق، باب قصة أصحاب الغار الثلاثة، والتوسل بصالح الأعمال برقم (٦٨٩٨).

الإنجيل، فعملوا إلى صلاة العصر - ثم عجزوا، فأعطوا قيراطاً قيراطاً^(١)، فقلوله: (عجزوا) في هذه الرواية أي لم يتموا العمل، ومع ذلك أعطوا أجرتهم. إذا تبين ذلك فهل يصح بيع صكوك المزارعة - التي تمثل المزارع - بعد بدء النشاط الزراعي، وقبل ظهور الزرع و اشتداده، بأكثر من القيمة الاسمية: المسألة يتنازعها أمران:

الأول: إن كان العمل كيف على أنه شراكة في الأرض كما تقدم، بأن أصبح له جزء مشاع من قيمة الأرض، فهذا يقتضي جواز بيعها بأكثر من القيمة الاسمية. الثاني: أنه وإن كان له وجه شراكة، لكنها ليست حقيقية كالشريك في الأصل، بل هو شريك بالعمل، فإذا أراد بيع عمله فإنه يقيم بقيمته الحقيقية، وهي القيمة التي بذلها وتكلفتها، ويعطاها، وبما أن قيمة عمل المساقى (يمثله عمله الصكوك) معروفة ومقدرة، بالقيمة الاسمية للصك، فإنه لا يجوز أن يبيع الصك بأكثر من قيمته الاسمية، لئلا يربح فيما لم يضمن. وهذا الأخير هو المفهوم من رأي شيخ الإسلام ابن تيمية، وهو الذي يميل الباحث إلى ترجيحه، والله أعلم بالصواب.

المطلب الثالث

استرداد صكوك المزارعة وانتهاءها

وفيه فرعان:

الفرع الأول: استرداد صكوك المزارعة:

وفيه ثلاث مسائل:

(١) رواه البخاري في كتاب مواقيت الصلاة، باب من أدرك ركعة من العصر - قبل الغروب، برقم (٥٥٠).

المسألة الأولى: الاسترداد بالبيع:

القول في الزرع كالقول في الثمرة، في استرداد الصكوك بالبيع على الأحوال والتفصيل المتقدم^(١)، والأصل في ذلك (أن النبي ﷺ نهى عَنْ بَيْعِ النَّخْلِ حَتَّى يَزْهُوَ وَعَنْ بَيْعِ السَّنْبِلِ حَتَّى يَبْيَضَ وَيَأْمَنَ الْعَاهَةُ)^(٢).

المسألة الثانية: الاسترداد بالفسخ:

وفيه ثلاث فقرات:

الفقرة الأولى: الاسترداد بالفسخ بموجب كون العقد جائز الفسخ:

تقدم ذكر الأقوال في صفة عقد المزارعة، التي هي:
القول الأول: أنه لازم في جانب من لا بذر له، جائز في حق صاحب البذر ما لم يبذر.
وهو مذهب الأحناف.

القول الثاني: أنه لازم لطرفي العقد بمجرد العقد، وهو قول عند المالكية.

القول الثالث: أنه لازم لطرفي العقد بالبذر. وهو المعتمد عند المالكية.

القول الرابع: أنه عقد جائز لطرفي العقد. وهو مذهب الحنابلة.

ولبيان أثر الفسخ عند أصحاب هذه الأقوال، يمكن تفصيل القول كالتالي:

أولاً: بالنسبة لمن يرى لزوم العقد، بمجرد انعقاده، فسيأتي تفصيله في الإقالة.

ثانياً: بالنسبة لمن يرى جواز العقد مطلقاً، فالتفصيل فيه، كالتفصيل المتقدم في فسخ

عقد المساقاة عند من يقول بالجواز^(٣).

(١) يرجع إلى الفرع الأول من المطلب الثالث، من المبحث الثاني من الفصل الثاني من هذا الباب.

(٢) رواه مسلم في كتاب البيوع، باب النَّهْيِ عَنْ بَيْعِ الثَّارِ قَبْلَ بُدْوَ صِلَاحِهَا بِغَيْرِ شَرْطِ الْقَطْعِ، برقم

(٣٨٦٤).

(٣) يرجع إلى الفرع الأول من المطلب الثالث، من المبحث الثاني من الفصل الثاني من هذا الباب.

ثالثاً: بالنسبة لمن يرى جواز الفسخ ما لم يبذر: يرى المالكية أنه إذا جاز له الفسخ، وترك فإنه يحسب له ماعمل، وتقدر قيمته، ويرجع به على العاقد الآخر المستفيد من العمل^(١).

رابعاً: بالنسبة لمن يرى أنه جائز في حق صاحب البذر ما لم يبذر (أي قبل الزراعة): جاء في بدائع الصنائع: حكم المزارعة المنفسخة لا يخلو من وجهين: «إما أن تنفسخ قبل الزراعة أو بعدها فإن انفسخت قبل الزراعة فلا شيء للعامل وإن كرب الأرض وحفر الأنهار بأي طريق انفسخ..»^(٢). وبناء عليه لو فسخ العقد قبل البذر، فلا شيء للعامل سواء أكان الفاسخ العامل، أو رب الأرض.

الفقرة الثانية: الاسترداد بالفسخ بموجب العذر الاضطراري الذي يحول دون مضي العقد:

وقد نص على هذه الأعذار الحنفية فقالوا: إن العذر الاضطراري إما أن يرجع إلى صاحب الأرض، وإما أن يعود إلى المزارع:

أولاً: العذر الذي يرجع إلى صاحب الأرض:

هو الدين الفادح الذي لا يستطيع صاحب الأرض قضاءه إلا من ثمنها، فلو كان عليه دين كهذا، بيعت الأرض لسداد هذا الدين وفسخ عقد المزارعة إذا أمكن فسخه، بأن كان قبل زراعة الأرض، أو بعدها ولكن الزرع بلغ الحصاد، لأنه لا يمكن لرب الأرض المضي في العقد إلا بضرر يلحقه فلا يلزمه تحمله، فيبيع القاضي الأرض بدينه أولاً، ثم يفسخ عقد المزارعة، ولا تنفسخ بنفس العذر.

أما إذا لم يمكن الفسخ بأن كان الزرع بقلًا، فإن الأرض لا تباع في الدين ولا يفسخ العقد إلا بعد بلوغ الزرع الحصاد؛ لأن البيع في هذه الحالة إبطال حق المزارع، وفي الانتظار إلى وقت الحصاد تأخير حق صاحب الدين، وفيه رعاية للجانبين فكان أولى.

(١) جاء في شرح الخرشي ٦/ ٦٣: وأما العمل كالحرث مثلاً فلكل من أراد الفسخ له لذلك ومن له عمل يرجع به على صاحبه أو يقتسمان الأرض إن كان العمل لهما.

(٢) بدائع الصنائع ٦/ ١٨٤.

فإذا كان صاحب الأرض محبوباً بالدين فإنه يطلق من حبسه إلى غاية إدراك الزرع ؛ لأن الحبس جزاء الظلم وهو المظل وهو غير مماثل قبل الإدراك، لكونه ممنوعاً عن بيع الأرض شرعاً، والممنوع معذور، فإذا أدرك الزرع فإنه يرد إلى الحبس مرة أخرى لبيع أرضه ويؤدي دينه بنفسه، وإلا فيبيع القاضي^(١).

ثانياً: العذر الذي يرجع إلى المزارع:

نحو المرض الشديد ؛ لأنه معجز عن العمل، ونحو السفر البعيد، لأنه قد يكون في حاجة إليه، ونحو تركه حرفته إلى حرفة أخرى، لأن من الحرف ما لا يغني من جوع فيكون في حاجة إلى الانتقال إلى غيرها^(٢).

ويتخرج على هذين العذرين، إفلاس أو تصفية الشركة الخبيرة أو مدير الإصدار في حالتي كون أحدهما يمثل مالك الأرض، والآخر المزارع.

وأما آثار هذا الفسخ، فإن كان قبل الزراعة، فقد تقدم بيانه، وإن كان بعد الزراعة: فإن كان الزرع قد أدرك وبلغ الحصاد فالحصاد والخارج بينهما على الشرط وكذا إن لم يدرك...^(٣).

الفقرة الثالثة: الاسترداد بالفسخ بموت أحد المتعاقدين:

يرى كل من الحنفية^(٤)، والحنابلة^(٥): بانفساخ عقد المزارعة بموت أحد المتعاقدين

(١) ينظر: المبسوط ٢٣/ ٤٤، ٤٥، بدائع الصنائع ٦/ ١٨٣- ١٨٤، حاشية ابن عابدين ٦/ ٢٨٠،

الهداية ٩/ ٤٧٤ - ٤٧٥، الفتاوى الهندية ٥/ ٢٦٠ تبين الحقائق ٥/ ٢٨٢.

(٢) ينظر: بدائع الصنائع ٦/ ١٨٤، حاشية ابن عابدين ٦/ ٢٨٠، الفتاوى الهندية ٥/ ٢٦٠.

(٣) بدائع الصنائع ٦/ ١٨٤.

(٤) ينظر: المبسوط ٢٣/ ٤٥، بدائع الصنائع ٦/ ١٨٤، حاشية ابن عابدين ٦/ ٢٨٠.

(٥) ينظر: كشف القناع ٣/ ٥٣٨ - ٥٣٩، شرح منتهى الإرادات ٢/ ٣٤٥. ويرى المالكية أن العقد

لا يبطل بالموت. ينظر: شرح الخرشي ٦/ ٢٣٤.

سواء صاحب الأرض، أو المزارع، وسواء أكانت الوفاة قبل زراعة الأرض أم كانت بعدها، وسواء أكان الزرع بقلأ أم بلغ الحصاد.

وبالنظر إلى مسألة الصكوك، نجد أن هذا النوع من الفسخ لا ينطبق عليها، وذلك لأن حملة الصكوك يمثلون شركة من نوع خاص لها شخصية معنوية^(١)، ومثله الشركة الخبيرة، أو البنك الإسلامي، أو مدير الإصدار، أو وكيل الإصدار، أو الشركة ذات الغرض الخاص، ومثل هذا النوع من الشخصيات المعنوية تنتهي بالإفلاس، أو التصفية.

المسألة الثالثة: الاسترداد بالإقالة عند من قال بلزومها:

تقدم أن اللزوم في عقد المزارعة عند القائلين به، على اتجاهين:

الاتجاه الأول: عند الأحناف: وهو أن العقد يلزم في جانب من لا بذر منه، ويلزم في جانب صاحب البذر بإلقائه: والإقالة هنا عندهم تسمى بالفسخ الصريح^(٢)، وأثرها على التفصيل المتقدم فيما هو قبل الزراعة أو بعدها.

الاتجاه الثاني: عند المالكية: وهو أن العقد يلزم بمجرد انعقاده أو بالبذر: وأثر الإقالة هنا عند المالكية، على التفصيل المتقدم في المساقاة، فإن كانت قبل بدو صلاح الزرع، فهي هدر، أي لاشيء للعامل، وتصح بعد بدو صلاحه واشتداده، بما يتراضيان عليه، لأنها - أي الإقالة - بيع^(٣).

(١) هي ما يتألف من أشخاص طبيعيين أو أموال؛ تهدف إلى تحقيق غرض معين يمنحها القانون بعض حقوق التصرف التي يتمتع بها الأفراد. وينقسم الشخص المعنوي إلى قسمين: الشخص المعنوي العام، كالمحافظات والبلديات، والمؤسسات العامة. والشخص المعنوي الخاص، كالجمعيات والشركات. ينظر: القاموس القانوني الثلاثي ص ١٠٠٢.

(٢) بدائع الصنائع ٦/ ١٨٤.

(٣) ينظر: المدونة ٣/ ٥٧١، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٣/ ٥٤٤، منح الجليل ٧/ ٤٠٧.

الفرع الثاني: انتهاء صكوك المزارعة:

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: انتهاء مدة الصكوك:

تقدم أنه يجوز تحديد مدة للمزارعة، ولا يشترط ذلك، وبناء عليه، لو صدرت الصكوك مؤقتة، بمدة محددة بشرط: أن تكون كافية لخروج الزرع فإن كانت غير كافية لحصول الزرع:

فقال الحنفية: فلو ذكر مدة لا يخرج الزرع فيها لم تجز المزارعة^(١).

وكذلك عند الحنابلة، على القول بلزوم عقد المزارعة، قال ابن قدامة في المغني: فأما أقل المدة فيتقدر بمدة تكمل الثمرة فيها فلا يجوز على أقل منها؛ لأن المقصود أن يشتركا في الثمرة ولا يوجد في أقل من هذه المدة^(٢).

بينما يرى المالكية: أنها إذا أقتت لا تؤقت إلا بالجداذ وبالشهور العجمية؛ لأن كل ثمرة تجذ في وقتها لا بالشهور العربية؛ لأنها تدور، وحمل انتهاءها على أول بطن فيما يطعم بطنين في السنة وتتميز إحداها عن الأخرى... وتجوز على سنين معلومة ما لم تكثر جدا فإن كثرت جدا فلا تجوز^(٣).

وبناء عليه فإن صكوك المزارعة، يمكن أن تؤقت بمدة يخرج الزرع فيها غالبا، أو يكون تأقيتها بالجداذ والحصاد لأول مرة، وبالإمكان تحديد مدة طويلة للصكوك، خاصة في الصكوك من الطريق الثاني، عندما يملك حملة الصكوك الأرض؛ بحيث يمكن أن يتم في هذه المدة أكثر من دورة زراعية، يتم فيه تسويق المحصول، وتوزيع أرباحه على حملة الصكوك، وادخار جزء منه ليمول به الدورة الزراعية التالية، وهذا يستخدم في الصكوك التي يراد لها أن تؤدي دور التمويل والاستثمار طويل الأجل.

(١) ينظر: تبين الحقائق ٥/ ٢٧٩، البحر الرائق ٧/ ٣١٣.

(٢) المغني ٥/ ٢٣٤.

(٣) ينظر: شرح الخرشي ٦/ ٢٣٠-٢٣٣، مواهب الجليل ٥/ ٣٧٨-٣٨١، حاشية الدسوقي ٣/ ٥٤٣.

وليس لأكثر مدة المزارعة حد لا يجوز تجاوزه، لكن خصها المالكية - في النص المتقدم قبل قليل - ألا تكون كثيرة جداً، من غير تحديد لتلك الكثرة. وأما عند الحنابلة فقد قال ابن قدامة رحمته الله: «لا تتقدر أكثر المدأ بل يجوز ما يتفقان عليه من المدة، وقد قيل: لا يجوز أكثر من ثلاثين سنة. وهذا تحكم وتوقيت لا يصار إليه إلا بنص أو إجماع»^(١).

المسألة الثانية: انتهاء الدورة الزراعية أو إلى الحصاد أو الجذاذ:

ومحل المسألة، فيما إذا صدرت صكوك المزارعة، غير محددة بوقت، فهنا يقع انتهاءها على أول وقت يكمل فيه الزرع أو الثمرة، عند جميع القائلين بالمزارعة، وتقدم النص عن المالكية والحنابلة، وأما الحنفية، فقد جاء في بدائع الصنائع: جاز في الاستحسان عدم تحديد مدة للمزارعة، لتعامل الناس ذلك من غير بيان المدأ وتقع على أول جزء يخرج من الثمرة في أول السنة^(٢).

ويترتب على هذا الانتهاء: أن تكون تكلفة ما تبقى من عمل الزراعة، وحصاد، وتسويق نصيب حملة الصكوك، على حملة الصكوك - ما لم يكن ثمة شرط كما تقدم - جاء في العناية: وإذا انقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك كان على المزارع أجر مثل نصيبه من الأرض إلى أن يستحصد والنفقة على الزرع عليهما على مقدار حقوقهما؛ لأن في ببقية الزرع بأجر المثل تعديل النظر من الجانبين فيصار إليه وإنما كان العمل عليهما؛ لأن العقد قد انتهى بانتهاء المدة وهذا عمل في المال المشترك^(٣).

(١) المغني ٥/ ٢٣٤.

(٢) بدائع الصنائع ٦/ ١٨٠.

(٣) العناية شرح الهداية ٩/ ٤٧٦.

الباب الرابع

أحكام المنازعات

في صكوك هذه العقود

وفيه فصلان:

الفصل الأول: اختصاص النظر في صكوك هذه
العقود.

الفصل الثاني: أبرز أسباب المنازعات الناشئة عن هذه
الصكوك وحكمها في الفقه.



الفصل الأول
اختصاص النظر
في صكوك هذه العقود

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: الاختصاص المكاني في الفقه والنظام.
المبحث الثاني: هلاك المعقود عليه.



المبحث الأول الاختصاص المكاني في الفقه والنظام

وفيه مطلبان:

المطلب الأول الاختصاص المكاني في الفقه

لا خلاف في أنه إذا كان في البلد قاض واحد يختص بالطرفين فإنه هو الذي ترفع إليه الدعوى. أما إذا تعدد القضاة واستقل كل بمحلة يختص بالقضاء بين أهلها ولا يتعداها إلى غيرها فقد اختلف الفقهاء في تحديد القاضي المختص بنظر الدعوى على الآراء الآتية:

الرأي الأول: هو منع المتنازعين من التقاضي إلى أن يتفقا على قاض معين. وضعفه فقهاء الحنابلة لأنه قد يؤدي إلى ظلم أحد الطرفين إذ لا بد من أن يكون أحدهما محتاجا إلى رفع الدعوى أكثر من الآخر وأغلبا ما يكون هذا المحتاج هو المدعي وبذلك تتاح للآخر الفرصة في التعنت والعناد إذا طلب منه الاتفاق على قاض معين^(١).

الرأي الثاني: أن الدعوى ترفع إلى القاضي الذي يختاره المدعي. وإلى هذا ذهب أبو يوسف من الحنفية^(٢)، ومعظم فقهاء الشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤)، وهو قول المالكية إذا تعدد القضاة في نطاق بلد واحد وكان المتنازعان من أهل هذا البلد^(٥).

(١) ينظر: الأحكام السلطانية لأبي يعلى ص ٦٩. ويمكن الاستفادة من هذا التضعيف بأن يقال: لا يجوز أن يعلق الحكم في جزئية معينة - أثناء سير الدعوى - أو اتخاذ أي إجراء قضائي على موافقة الطرفين بحيث لو لم يتفقا تتعطل القضية، لأن ذلك يؤدي إلى تعطل سير القضية كما أنه يعطي الخصم الحق بمضارة خصمه وهذا ممنوع شرعا ونظاما. ولكن لا يمنع ذلك عرضه على الطرفين فإن وافقا كان به، وإلا رجع الأمر إلى القضاء لفض النزاع فيه.

(٢) ينظر: ينظر البحر الرائق ١٩٣/٧.

(٣) ينظر: نهاية المحتاج ٨/٨٦.

(٤) ينظر: منتهى الإرادات ٢/٥٧٥، غاية المنتهى ٣/٤٣١.

(٥) ينظر: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي عليه ٤/١٦٤.

الرأي الثالث: وهو ما ذهب إليه المالكية فقد اتفقوا مع الشافعية وأبي يوسف في أن الاختيار يكون للمدعي في تحديد القاضي المختص بنظر الدعوى في حال تعدد القضاة في نطاق البلد الواحد. إلا أنهم اختلفوا معهم في تحديده عندما يتعدد القضاة وتتعدد البلاداً واختلفت آراؤهم في ذلك باختلاف المدعى به أيضاً على النحو الآتي:

(١) ففي دعاوى الدين اتفقوا على أن الدعوى تنظر في المكان الذي يتعلق فيه الطالب بالمطلوب^(١). ومعنى هذا أن مدعي الدين له أن يختار من يشاء من القضاة إذا كان هو وخصمه في بلد واحداً وتعدد قضااته وكانوا مستقلين بالنظر في جميع أنواع الدعاوى. فإن لم يكونا في بلد واحد فللمدعي أن يتعلق بخصمه في أي مكان يجده ويطلب بحقه عند قاضي ذلك المكان^(٢).

(٢) وفي دعاوى العين ينظر: إن كان المتخاصمان من بلدين مختلفين وكلاهما في ولاية قاض واحد فإن الدعوى ترفع إلى ذلك القاضي في مجلس قضاائه سواء أكان في بلد المدعي أم في بلد المدعى عليه وحيثما كان المدعى به^(٣).

وأما إذا كان كل منهما في ولاية قاض فعندهم في ذلك قولان:

القول الأول: أن الدعوى ينبغي أن ترفع إلى القاضي الموجود في محل الشيء المدعى، فإذا رفعت إليه الدعوى فإنه يسمع بينة المدعي ويضرب لمن عنده الحق المدعى أجلاً حتى يأتي فيدفع عن نفسه أو يوكل له وكيلاً يقوم عنه بالخصومة في ذلك^(٤).

القول الثاني: أن الدعوى إنما ترفع إلى قاضي موضع المدعى عليه ولا يلتفت إلى موضع المدعي ولا موضع المدعى به، وهذا هو المشهور في المذهب المالكي ونقل بعضهم

(١) ينظر: مواهب الجليل ١٤٦/٦ حاشية الدسوقي ١٤٦/٤.

(٢) الموسوعة الفقهية الكويتية ٢٠/٢٧٩.

(٣) حاشية الدسوقي ١٦٤/٤.

(٤) ينظر: مواهب الجليل ١٤٦/٦، تبصرة الحكام ٨٤/١، حاشية الدسوقي ١٦٤/٤.

أن هذا هو عمل أهل المدينة، غير أنهم قالوا: إن من حق المدعي أن يبدأ بقاضي محله فيرفع إليه أمره ويثبت عنده بيته ثم يكتب قاضيه إلى قاضي محله المدعى عليه بذلك فيأخذ المدعي كتاب قاضيه ليقدمه إلى قاضي المدعى عليه وإن شاء وكل غيره وأرسله بالكتاب فإذا قدم المدعي أو وكيله إلى قاضي المدعى عليه سلمه كتاب قاضيه فإن ثبت عنده قرأه على المدعى عليه وسأله المخرج من ذلك إن كان له مخرج وإلا أنفذ الحكم عليه. أما إذا لم يفعل المدعي ذلك وإنما قدم مباشرة إلى قاضي المدعى عليه فإن كانت بيته معه نظرت الدعوى وأطلب من المدعى عليه المخرج. أما إذا أعلمه المدعي أن بيته في مكان الشيء المدعى كتب إلى قاضي محله ذلك الشيء وأطلب منه تزويده بالبينة. وفي جميع الأحوال يعطى المدعي أو المدعى عليه المدة الكافية لتحضير الحجج والبيانات. غير أن أصبغ استثنى من ذلك ما لو وجد المدعي خصمه في محله أو محله ذلك الشيء المدعى وتعلق به في المكان الذي وجده فيه فإن القاضي الذي ينظر في الدعوى في هذه الحال هو قاضي المكان الذي تعلق به فيه^(١).

تلك الآراء في تحديد القاضي المختص بنظر الدعوى معتبرة عند أصحابها فيما إذا تميز المدعي من المدعى عليه. ولكن قد يكون كل من الطرفين مدعياً ومدعى عليه في آن واحد وذلك كاختلافهما في قسمة الملك أو كما إذا اختلفا في قدر ثمن مبيع أو صداق اختلافاً يوجب تحالفهما ففي هذه الحالة لا يمكن تطبيق أحد تلك الآراء السابقة وإنما ترفع الدعوى إلى أقرب القضاة من المتخاصمين فإن تساوى في المسافة أقرع بينهما فمن خرجت له القرعة كان القول له في تعيين القاضي المختص.

الرأي الرابع: أن الحق في تعيين القاضي الذي ينظر في الدعوى يكون للمدعى عليه لا للمدعي وإلى هذا الرأي ذهب محمد بن الحسن وهو المفتى به في المذهب

(١) ينظر: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٤/ ١٦٤، تبصرة الحكام ١/ ٨٤.

الحنفي^(١). ويرى بعض علماء الحنفية أن مذهب محمد بن الحسن ليس ما تقدم وإنما العبرة عنده في تعيين القاضي الذي ترفع إليه الدعوى وينظر فيها هي لمكان المدعى عليه وأن قاضي هذا المكان هو المختص فيه فليست العبرة لاختيار المدعى عليه وإنما لمكانه^(٢).

حجة كل رأي:

أما الرأي الأول: فقد رده فقهاء المذهب ولم أجده حجة.
وأما الرأي الثالث: فقد عرضت حجته في ثنايا عرض الأقوال واختلافاتها عندهم.

حجة الرأي الثاني:

أن المدعي هو الذي لا يجبر على الخصومة بحيث إذا تركها ترك وشأنه فهو المنشئ للخصومة فيعطى الخيار: إن شاء أنشأها عند قاضي مكانه هو وإن شاء أنشأها عند قاضي مكان خصمه فلأن الحق له في الدعوى جعل الحق له في تعيين القاضي^(٣).

يمكن الجواب على هذه الحجة: بأن المدعي في دعواه لا يخلو من أمرين:
الأول: أن يكون محقا في دعواه، لكن الحق لم يثبت بعد؛ لأنه لا يثبت إلا بالقضاء أو بالتراضي، وهو لم يرفع إلى القضاء بعد، ولم يقع التراضي؛ إذ لو وقع لم يحتج الرفع إلى القضاء، فكيف يعطى الخيار في أمر لم يثبت له؟ فهو قبل رفع الدعوى محتمل أن يثبت حقه أم لا، ولا يمكن التمييز بينهما.

الثاني: أن يكون مبطلا في دعواه، فيكون إقامته للدعوى من قبيل الإضرار بالمدعى عليه، وفي إعطائه الخيار بإقامتها في المكان الذي يريده، إعانة له على ذلك.

(١) ينظر: تكملة حاشية ابن عابدين ٧/ ٤٠١، البحر الرائق ٧/ ١٩٣.

(٢) ينظر: الفواكه البدرية ص ٧٦، البحر الرائق ٧/ ١٩٣.

(٣) ينظر: تكملة حاشية ابن عابدين ٧/ ٤٠١، حاشية الدسوقي ٤/ ١٣٥، كشف القناع ٤/ ١٧٢.

حجة القول الرابع:

أن المدعى عليه يدافع عن نفسه والمدافع يطلب السلامة لنفسه والأصل براءة ذمته والظاهر يشهد له فأخذه إلى من يأباه لريبة يثبت عنده ربما يوقعه في ارتباك يحصل له فيؤدي ذلك إلى إثبات ما ليس في الحقيقة ثابتا في ذمته فالأولى مراعاة جانبه بالنظر إليه واعتبار اختياره لأنه يريد الدفع عن نفسه وخصمه يريد أن يوجب عليه ومن طلب السلامة أولى بالنظر ممن طلب ضدها^(١).

الترجيح:

يترجح للباحث الرأي الرابع، فإن حال المدعى عليه أقوى لكون الظاهر يشهد له، والأصل براءة ذمته.

المطلب الثاني**الاختصاص المكاني في النظام**

القاعدة العامة المعتمدة في قوانين المرافعات، وعند فقهاءها، هي تكليف المدعي برفع دعواه أمام المحكمة التي يكون محل المدعى عليه في دائرة اختصاصها، وعللوا هذه القاعدة بما هو قريب لتعليل مذهب محمد بن الحسن، فقالوا: إن العدالة تقضي - بأن لا سلطة للمدعي على المدعى عليه قبل إثبات دعواه، بحيث يصير المدعى عليه منقادا له تحت أوامره، ومقاصده، فليس له طلبه بمحكمة بعيدة عن محل إقامته؛ لما يلزم من ذلك من تعطيل أشغاله، وصرف أمواله، وتحمل مشاق الانتقال. وأيضا فالمدعي هو الملزم قانونا بإثبات دعواه، فكان الأولى بالحمل عليه دون المدعى عليه، إذ هو ليس ملزم بشيء في الابتداء^(٢).

(١) ينظر: تكملة حاشية ابن عابدين ٧/ ٤٠١، البحر الرائق ٧/ ١٩٣.

(٢) ينظر: نظرية الدعوى ومحمد نعيم ياسين، ص ٢٢٣، توضيح المشكلات في قانون المرافعات، أحمد أفندي عفيفي، مطبعة المقتطف بالقاهرة، ١٨٨٥ م.

هذه هي القاعدة القانونية العامة في مكان إقامة الدعوى، وبها أخذ نظام المرافعات الشرعية السعودي^(١)، فقد نصت المادة الرابعة والثلاثون منه على أنه: تقام الدعوى في المحكمة التي يقع في نطاق اختصاصها محل إقامة المدعى عليه فإن لم يكن له محل إقامة في المملكة فيكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في نطاق اختصاصها محل إقامة المدعي. وإذا تعدد المدعى عليهم، كان الاختصاص للمحكمة التي يقع في نطاق اختصاصها محل إقامة الأكثرية، وفي حال التساوي، يكون المدعي بالخيار في إقامة الدعوى أمام أي محكمة يقع في نطاق اختصاصها محل إقامة أحدهم. اهـ.

وأوضحت اللائحة التنفيذية للنظام هذه المادة فنصت المادة ٣٤ / ١ على أن محل الإقامة هو: المكان الذي يسكنه المدعى عليه على وجه الاعتياد؛ وفق ما نصت عليه المادة (١٠). وقد فصلت المادة العاشرة من النظام محل الإقامة فنصت على أنه: يقصد بمحل الإقامة في تطبيق أحكام هذا النظام المكان الذي يقطنه الشخص على وجه الاعتياد. وبالنسبة للبدو الرحل، يعد محل إقامة الشخص، المكان الذي يقطنه عند إقامة الدعوى. وبالنسبة للموقوفين والسجناء، يعد محل إقامة الشخص، المكان الموقوف أو المسجون فيه. ويجوز لأي شخص أن يختار محل إقامة خاصاً يتلقى فيه الإخطارات و التبليغات التي توجه إليه بشأن مواضيع، أو معاملات معينة بالإضافة إلى محل إقامته العام.

أما بالنسبة للشركات والمؤسسات أو الأطراف ذوا الشخصية المعنوية، فقد حدد النظام مكان إقامة الدعاوى المتعلقة بهم، فنصت المادة السادسة والثلاثون على أنه: «تقام الدعاوى المتعلقة بالشركات والجمعيات القائمة، أو التي في دور التصفية، أو

(١) الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/ ٢١ وتاريخ ٢٠ / ٥ / ١٤٢١ هـ.

المؤسسات الخاصة في المحكمة التي يقع في نطاق اختصاصها مركز إدارتها، سواء كانت الدعوى على الشركة أو الجمعية أو المؤسسة، أو من الشركة أو الجمعية أو المؤسسة على أحد الشر-كاء أو الأعضاء، أو من شريك أو عضو على آخر. ويجوز رفع الدعوى إلى المحكمة التي يقع في نطاق اختصاصها فرع الشركة أو الجمعية أو المؤسسة وذلك في المسائل المتعلقة بهذا الفرع».

وبناء على هذه المادة فالدعوى تقام في مركز إدارتها والمقصود به مكان إدارة جميع فروع الشركة وهو ما يسمى في السجل التجاري بالمركز الرئيسي- للشركة أو المؤسسة وأجازت هذه المادة رفع القضية على الفرع في مكانه وذلك في المسائل التي باشرها ذلك الفرع.

وبناء عليه، فإن الدعوى في الصكوك تقام في مقر إدارة المدعى عليه، سواء أكانت الشركة المصدرة، أم وكيل الإصدار، أم مدير الإصدار.

المبحث الثاني

الاختصاص النوعي في الفقه والنظام

وذلك بأن تقدم الدعوى إلى المحكمة المختصة بنظر الدعوى ثم يكون أول ما تنظر المحكمة فيه هو النظر في اختصاصها نوعياً بنظر هذه الدعوى. والإختصاص النوعي يكون بحسب التوزيع القضائي وتنوع الولاية القضائية، وبناء عليه يمكن تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول

الاختصاص النوعي في الفقه

يجوز باتفاق الفقهاء من المذاهب الفقهية الأربعة، تخصيص القاضي بنوع معين من الخصومات، أو إطلاقها.

جاء في معين الحكام: ويجوز تعليق القضاء والإمارة ويجوز تقييده بمكان حتى لو قيد القاضي إنابة نائبه بمسجد معين يتقيد به ويجوز استثناء سماع بعض الخصومات أو سماع خصومة رجل بعينه ولا يصير قاضياً في المستثنى. ولو قال: لا تسمع خصومة فلان حتى أرجع من سفري لم يجز له سماعه حتى يرجع^(١).

وجاء في التاج والإكليل: يجوز تولية قاضيين ببلد على أن يخص كل منهما بناحية من البلد أو نوع من المحكوم فيه لأن هذه الولاية يصح فيها التخصيص والتحجير ولو استثنى في ولايته أن لا يحكم على رجل معين صح ذلك^(٢).

وجاء في روض الطالب: «ويجوز أن يجعل هذا الأمر شرطاً وتقييداً كما لو قال قلدتك القضاء فاقض في موضع كذا وفي يوم كذا.. وإن قال لا تحكم في كذا فيما يخالفه فيه كقوله

(١) معين الحكام ١٣.

(٢) التاج والإكليل ٩٨/٨.

لا تحكم في قتل المسلم الكافر والحر العبد، جاز وحكم في غيره من بقية الحوادث.... فإن نصب قاضيين في بلد وخصص كلا منهما بطرف منه، أو زمان أو نوع من الخصومات جاز»^(١).

وجاء في المغني: «ويجوز أن يولي قاضيا عموم النظر في خصوص العمل فيقلده النظر في جميع الأحكام في بلد بعينه فينفذ حكمه فيمن سكنه ومن أتى إليه من غير سكانه. ويجوز أن يقلده خصوص النظر في عموم العمل فيقول: جعلت إليك الحكم في المداينات خاصة في جميع ولايتي. ويجوز أن يجعل حكمه في قدر من المال نحو أن يقول: احكم في المائة فما دونها. فلا ينفذ حكمه في أكثر منها. ويجوز أن يوليّه عموم النظر في عموم العمل وخصوص النظر في خصوص العمل»^(٢).

المطلب الثاني

الاختصاص النوعي في النظام

تختلف الأنظمة والقوانين في تحديد اختصاصات المحاكم لديها، ولهذا سأقتصر في هذا المطلب على بيان الاختصاص النوعي للمحاكم في المملكة العربية السعودية، من خلال نظام المرافعات الشرعية، والأنظمة المتعلقة بها، وعليه فإن الجهات القضائية - في المملكة العربية السعودية - يمكن حصرها في ثلاث جهات:

(١) المحكمة العامة:

وهي المحكمة التي لها الولاية العامة لإلاستثني من الولايات - بناءً على أمر خاص بذلك - وبالتالي فهي الأصل في المحاكم وغيرها استثناء، وبناءً على هذه القاعدة فكل ما

(١) روض الطالب مع أسنى المطالب ٤ / ٢٨٧.

(٢) المغني لابن قدامة ١٠ / ١٣٥.

اختلف في كونه من اختصاص المحكمة العامة أو اختصاص غيرها، فإنه يرجع فيه إلى الأصل (المحكمة العامة) ولا تخرج عنها الولاية إلا بيقين بناء على القاعدة الشرعية، اليقين لا يزال بالشك، وقاعدة الأصل بقاء ما كان على ما كان، وهذا مبدأ هام في تحديد الاختصاص النوعي.

وبناء عليه حددت المادة الثانية والثلاثون اختصاصات المحكمة العامة فنصت على أنه: من غير إخلال بما يقضي به ديوان المظالم، تختص المحاكم العامة بجميع الدعاوى الخارجة عن اختصاص المحاكم الجزئية، ولها على وجه الخصوص النظر في الأمور الآتية: (أ) جميع الدعاوى العينية المتعلقة بالعقار.

(ب) إصدار حجج الاستحكام، وإثبات الوقف، وسماع الإقرار به، وإثبات الزواج، والوصية، والطلاق، والخلع، والنسب، والوفاة، وحصر الورثة.

(ج) إقامة الأوصياء، والأولياء، والنظار، والإذن لهم في التصرفات التي تستوجب إذن القاضي، وعزلهم عند الاقتضاء.

(د) فرض النفقة وإسقاطها.

(هـ) تزويج من لا ولي لها من النساء.

(و) الحجر على السفهاء والمفلسين.

وهذا التخصيص لا يفيد إلغاء العموم الوارد في صدر المادة وإنما المقصود بالتنصيص على هذه الأمور بالذات، سبيان:

الأول: دفع ما قد يتوهم من دخولها - أي الدعاوى المنصوص عليها في هذه المادة - في اختصاصات محكمة أخرى. الثاني: التأكيد على اختصاص المحكمة العامة بهذه الأمور على وجه التحديد وهذا التأكيد لا يمنع من دخول الاختصاصات الأخرى المشمولة بلفظ (جميع الدعاوى) سوى ما استثنى؛ حسب ماسياتي بيانه.

ويدخل في اختصاص المحكمة العامة جميع الدعاوى والقضايا الداخلة في اختصاص المحكمة الجزئية في البلد الذي لا يوجد فيه محكمة جزئية. وذلك بناء على المادة الثالثة والثلاثين من النظام وهذا يؤكد المبدأ المذكور بعاليه.

٢) المحكمة الجزئية:

حددت المادة الحادية والثلاثون، من نظام المرافعات اختصاصات المحكمة الجزئية فنصت على أنه: «من غير إخلال بما يقضي به نظام ديوان المظالم، وبما للمحاكم العامة من اختصاص في نظر الدعاوى العقارية، تختص المحاكم الجزئية بالحكم في الدعاوى الآتية:

(أ) دعوى منع التعرض للحيازة ودعوى استردادها.

(ب) الدعاوى التي لا تزيد قيمتها على عشرة آلاف ريال، وتحدد اللائحة التنفيذية كيفية تقدير قيمة الدعوى.

(ج) الدعوى المتعلقة بعقد إيجار لا تزيد الأجرة فيه على ألف ريال في الشهر بشرط ألا تتضمن المطالبة بما يزيد على عشرة آلاف ريال.

(د) الدعوى المتعلقة بعقد عمل لا تزيد الأجرة أو الراتب فيه على ألف ريال في الشهر بشرط ألا تتضمن المطالبة بما يزيد على عشرة آلاف ريال ويجوز عند الاقتضاء تعديل المبالغ المذكورة في الفقرات (ب، ج، د) من هذه المادة، وذلك بقرار من مجلس القضاء الأعلى بهيئته العامة بناء على اقتراح من وزير العدل».

وعرفت اللائحة التنفيذية للنظام دعوى منع التعرض للحيازة فنصت المادة ٣١ / ١ على أنه: يقصد بالحيازة في هذه المادة: ما تحت اليد من غير العقار الذي يتصرف فيه بالاستعمال بحكم الإجارة، أو العارية، أو يُتصرف فيه بالنقل من ملكه إلى ملك غيره؛ سواء أكان بالبيع، أم الهبة، أم الوقف»، ونصت المادة ٣١ / ٢ على أن: دعوى منع التعرض للحيازة هي من قبيل منع الضرر، ويقصد بها: طلب المدعي (واضع اليد) كف

المدعى عليه عن مضايقته فيما تحت يده. واشترطت المادة ٣١/٣ لسماع دعوى منع التعرض للحيازة: أن يكون المدعي واضعاً يده - حقيقة - على المحوز، ولو لم يكن مالكاً له؛ كالمستأجر، والمستعير، والأمين.

كما عرفت المادة ٣١/٤ من اللائحة دعوى استرداد الحيازة فنصت على أنها: طلب من كانت العين بيده - وأخذت منه بغير حق، كغصب وحيلة - إعادة حيازتها إليه، حتى صدور حكم في الموضوع بشأن المستحق لها. واشترطت المادة ٣١/٥ من اللائحة لسماع دعوى استرداد الحيازة: ثبوت حيازة العين من المدعي قبل قيام سبب الدعوى، ولو بغير الملك؛ كحيازة المستأجر ونحوه. كما أوضحت المادة ٣١/٦ من اللائحة أن دعوى منع التعرض للحيازة، ودعوى استردادها المتعلقة بالمنقول إذا رفعت بدعوى مستقلة قبل رفع الدعوى الأصلية في الموضوع تختص بنظرها المحكمة الجزئية وفق المادة (٣١)؛ أما إذا رفعت هذه الدعوى مع الدعوى الأصلية، أو بعد رفعها كطلب عارض فتتظرها المحكمة المختصة بنظر الدعوى الأصلية في الموضوع وفق المادة (٢٣٣). وحددت المادة ٣١/١٤ النظر في دعوى منع التعرض للحيازة ودعوى استردادها المتعلقة بالعقار من اختصاص المحاكم العامة وفق الفقرة (أ) من المادة (٣٢).

كما أوضحت المادة ٣١/٩ أن الاختصاص الوارد في الفقرة (ب) من المادة ٣١: يشمل الدعاوى في الأموال (النقد)، وفي الأعيان غير العقار، وفي أقيام المنافع من العقار وغيره.

وأما بخصوص المبالغ التي تختص بها المحكمة الجزئية والمشار إليها بالفقرات (ب، ج، د) من المادة ٣١ فقد عدلت (بقرار مجلس القضاء الأعلى رقم ٢٠ وتاريخ ٢٣/٦/١٤٢٢ هـ المعمم برقم ١٣/ت/١٨٢٥ وتاريخ ١٤/٧/١٤٢٢ هـ) إلى مبلغ عشرين ألف ريال فما دون ونصت على ذلك المادة ٣١/١١ من اللائحة التنفيذية.

وبناء عليه فإنه يرجع في تقدير قيمة الدعوى (قيمة المدعى به) إلى طلب المدعي فإن لم يمكن فيتم التقدير من قبل اثنين من أهل الخبرة وهذا بناء على نص المادة ٣١ / ١٠ من اللائحة التنفيذية.

٣) ديوان المظالم^(١) :

وله عدة اختصاصات:

أولاً: الدوائر (المحاكم) الإدارية:

وتختص بما يلي:

- الحقوق المقررة في نظم الخدمة المدنية، والعسكرية...
- الطعن في القرارات الإدارية.
- دعاوى التعويض الموجهة من ذوي الشأن إلى الحكومة والأشخاص ذوي الشخصية العامة المستقلة بسبب أفعالها.
- الدعاوى المقدمة من ذوي الشأن في المنازعات المتعلقة بالعقود التي تكون الحكومة أو أحد الشخصيات المعنوية طرفاً فيها.
- طلب تنفيذ الأحكام الأجنبية.
- طلب المحاكم الأجنبية إيقاع الحجز التحفظي على ممتلكات أو أموال داخل المملكة.
- الاعتراض على قرارات اللجان شبه القضائية مثل اللجنة الجمركية.
- التظلم من قرارات اللجنة الطبية الشرعية.
- التظلم من العقوبات الواقعة بموجب أنظمة خاصة مثل:
- نظام حماية حقوق المؤلف، نظام صيد واستثمار وحماية الثروات المائية، نظام مكافحة التستر، نظام المحاسبين القانونيين، نظام البحث العلمي البحري، نظام المناطق المحمية للحياة الفطرية، نظام السجل التجاري... وأي نظام يصدر في ذلك.

(١) ينظر: نظام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٧٨، وتاريخ ١٩/٩/١٤٢٨.

ثانيا: الدوائر (المحاكم) الجزائية:

وتختص بما يلي:

- الدعاوى الجزائية ضد المتهمين بارتكاب الجرائم المنصوص عليها في نظام مكافحة الرشوة.

- الدعاوى الجزائية ضد المتهمين بارتكاب الجرائم المنصوص عليها في نظام مكافحة التزوير.

- الدعاوى الجزائية ضد المتهمين بارتكاب الجرائم المنصوص عليها في نظام مباشرة الأموال العامة.

- الدعاوى المقدمة من ذوي الشأن بالتظلم من القرارات الصادرة بتوقيع أي من عقوبات السجن والغرامة والمصادرة. بموجب أنظمة خاصة، ومن ذلك على سبيل المثال:

* نظام مصلحة الخدمات الكهربائية.

* نظام مزاولة مهنة الصيدلة والاتجار بالأدوية والمستحضرات الطبية.

* نظام صيد الحيوانات والطيور البرية.

* نظام الغابات والمراعي.

* نظام استثمار رأس المال الأجنبي.

* نظام المحافظة على مصادر المياه.

ثالثا: الدوائر (المحاكم) التأديبية:

وتختص بما يلي:

- الدعاوى التأديبية عن المخالفات المالية والإدارية التي تقع من موظفي وزارات الحكومة والهيئات والمؤسسات العامة والتي ترفع إليها من هيئة التحقيق.

- الدعاوى التي يرفعها الموظفون المشار إليهم في الفقرة السابقة بطلب إلغاء القرارات النهائية الصادرة بتوقيع جزاءات من السلطات التأديبية في الجهات الإدارية.

اختصاصات هيئة تأديب الموظفين المنصوص عليها في نظام تأديب الموظفين وقرارات
ومجلس الوزراء

رابعاً: الدوائر (المحاكم) التجارية:

وتختص بما يلي:

- تطبيق نظام الشركات الصادر بقرار مجلس الوزراء ٢٤١ في ٢٦ / ٨ / ١٤٠٧ هـ.
- نظر القضايا الناشئة عن الأعمال التجارية الأصلية بموجب قرار مجلس الوزراء رقم ٢١ وتاريخ ٢٦ / ١١ / ١٤٠٧ هـ والذي تم بموجبه نقل اختصاصات هيئة حسم المنازعات التجارية إلى ديوان المظالم إضافة إلى الأعمال المرتبطة بنظام الشركات والأعمال التي نص عليه النظام التجاري.
- نظر القضايا الناشئة عن الأعمال التجارية بالتبعية وذلك بموجب قرار مجلس الوزراء رقم ٢٦١ وتاريخ ١٧ / ١١ / ١٤٢٣ هـ.
- وبناء عليه، فاختصاص الفصل في قضايا الصكوك بين جميع الأطراف ذوي العلاقة، يرجع إلى أحد نوعين:

الأول: المحاكم التجارية، إذا كان النزاع بسبب:

- (١) شراكة: لأن حملة الصكوك يعدون شركاء في العقد الذي يمثله الصك.
 - (٢) عمل تجاري أصلي: وهو الذي تمثله العقود التي يبنى عليها الصك، وهدفها الربح.
- #### الثاني: المحاكم العامة، إذا كان النزاع بسبب:
- (١) عقار، فالنزاعات المتعلقة بالعقارات، لاتدخل ضمن الأعمال التجارية، وإن كانت تهدف إلى الربح، بناء على نص المادة الثالثة من نظام المحكمة التجارية^(١).

(١) يرجع إلى الفرع الثاني من المطلب الثاني، من المبحث الأول من التمهيد، من الباب الثاني من هذا الكتاب.

٢) عمل زراعي بين المزارع ورب الأرض، بناء على نص المادة المذكورة. وهذه الجهات الثلاث هي المرجعية القضائية في المملكة بشكل عام، لكن هناك جهات أعطاها المنظم السعودي حق الفصل في بعض القضايا على وجه الخصوص، ومنها قضايا الفصل في الأوراق المالية - التي منها الصكوك -، وقد نصت المادة الخامسة والعشرون من نظام السوق المالية بالمملكة العربية السعودية على إنشاء هذه اللجنة وحددت اختصاصاتها وطريقة تعيين أعضائها في اللجنة الابتدائية والاستئناف، كما يلي:

(أ) تُنشئ الهيئة (هيئة السوق المالية) لجنة تسمى "لجنة الفصل في منازعات الأوراق المالية" تختص بالفصل في المنازعات التي تقع في نطاق أحكام هذا النظام ولوائحه التنفيذية ولوائح الهيئة والسوق وقواعدهما وتعليماتهما في الحق العام والحق الخاص. ويكون لها جميع الصلاحيات الضرورية للتحقيق والفصل في الشكوى أو الدعوى، بما في ذلك سلطة استدعاء الشهود وإصدار القرارات، وفرض العقوبات، والأمر بتقديم الأدلة والوثائق.

(ب) تتكون اللجنة من مستشارين قانونيين متخصصين في فقه المعاملات والأسواق المالية يتمتعون بالخبرة في القضايا التجارية، والمالية، والأوراق المالية. ويعين أعضاء اللجنة بقرار من المجلس لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد. غير أنه يجب ألا تكون لأعضاء اللجنة مصلحة مالية أو تجارية مباشرة أو غير مباشرة، أو صلة قرابة حتى الدرجة الرابعة بأصحاب الشكوى أو الدعوى المرفوعة أمام اللجنة. وعلى اللجنة أن تباشر النظر في الشكوى أو الدعوى خلال مدة لا تزيد على أربعة عشر يوماً من تاريخ إيداع الشكوى أو الدعوى لدى اللجنة.

(ج) تشمل اختصاصات اللجنة النظر في التظلم من القرارات والإجراءات الصادرة عن الهيئة أو السوق ويحق للجنة إصدار قرار بالتعويض وطلب إعادة الحال إلى ما كانت عليه، أو إصدار قرار آخر يكون مناسباً ويضمن حق المتضرر.

(د) تحدد لوائح وقواعد الهيئة الإجراءات التي يتعين على اللجنة اتباعها بشأن الشكوى والدعوى المقدمة لها.

(هـ) لا يجوز إيداع أي شكوى أو صحيفة دعوى لدى اللجنة ما لم يتم إيداعها أولاً لدى الهيئة، وما لم يمض على ذلك مدة تسعين يوماً من تاريخ إيداعها، إلا إذا أخطرت الهيئة مقدم الشكوى أو الدعوى بجواز الإيداع لدى اللجنة قبل انقضاء هذه المدة.

(و) يجوز استئناف القرارات الصادرة من اللجنة أمام لجنة الاستئناف خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إبلاغها.

(ز) تكون بقرار من مجلس الوزراء لجنة الاستئناف من ثلاثة أعضاء يمثلون وزارة المالية، ووزارة التجارة والصناعة، وهيئة الخبراء بمجلس الوزراء. لفترة ثلاث سنوات قابلة للتجديد، ويحق للجنة الاستئناف وفقاً لتقديرها رفض النظر في القرارات التي تصدرها لجنة الفصل في منازعات الأوراق المالية، أو تأكيد تلك القرارات، أو إعادة النظر في الشكوى أو الدعوى من جديد، استناداً إلى المعلومات الثابتة في ملف الدعوى أمام لجنة الفصل، وإصدار القرار الذي تراه مناسباً في موضوع الشكوى أو الدعوى، وتعد قرارات لجنة الاستئناف نهائية.

(ح) يتم بناءً على طلب من الهيئة أو السوق تنفيذ القرارات التي تكتسب الصفة القطعية عن طريق الجهة الحكومية المخولة بتنفيذ الأحكام القضائية. وأما بالنسبة للقرارات الصادرة لصالح الأطراف بموجب المواد الخامسة والخمسين، والسادسة والخمسين، والسابعة والخمسين من الفصل العاشر من هذا النظام فيتعين تنفيذها من قبل أولئك الأطراف على النحو المتبع في تنفيذ الأحكام القضائية في الدعاوى المدنية.

(ط) يجوز الإثبات في قضايا الأوراق المالية بجميع طرق الإثبات بما في ذلك البيانات الإلكترونية، أو الصادرة عن الحاسوب، وتسجيلات الهاتف، ومراسلات جهاز (الفاكسميلي)، والبريد الإلكتروني. اهـ .

وبما أن الصك يشكل ورقة مالية، فإنه غالباً ما يشترط في الصكوك الصادرة في المملكة العربية السعودية أن يكون القانون الذي تخضع له الصكوك هو الأنظمة الصادرة في المملكة العربية السعودية، وأن جهة الاختصاص الحصرية المخولة بسماع وحل كافة المنازعات المتعلقة بها هي "لجنة الفصل في منازعات الأوراق المالية"^(١).

(١) ينظر: نشرة إصدار صكوك المضاربة للبنك الهولندي، الصادرة بتاريخ ١٢/٢٦/١٤٣٠ هـ ص ٩١، نشرة إصدار صكوك سابك الصادرة بتاريخ ٦/٧/١٤٢٧ هـ ص ٢٢، نشرة إصدار صكوك شركة الكهرباء الصادرة بتاريخ ٦/١٧/١٤٣٠ هـ ص ١٨.

الفصل الثاني

أبرز أسباب المنازعات الناشئة عن
عن هذه الصكوك
وحكمها في الفقه

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: إفلاس مُصدر الصكوك.

المبحث الثاني: هلاك المعقود عليه.

المبحث الثالث: هلاك المال.

المبحث الرابع: - تعذر إتمام العقد بعد إتمام بيع هذه
الصكوك.



المبحث الأول

إفلاس مُصدر الصكوك

وفيه مطلبان:

المطلب الأول

تعريف الإفلاس في الفقه والنظام

وفيه فرعان:

الفرع الأول: تعريف الإفلاس لغة:

الإفلاس مصدر أفلس، وهو لازم، يقال: أفلس الرجل إذا صار ذا فلوس بعد أن كان ذا ذهب وفضة، أو صار إلى حال ليس له فلوس. والفلس اسم المصدر، بمعنى الإفلاس، ويُفلس إفلاساً صار مُفلساً كأنها صارت دراهمه فُلوساً وزُيُوفاً، وأفلس الرجل إذا لم يبق له مال، يُراد به أنه صار إلى حال يقال فيها ليس معه فُلُس، كما يقال أَفْهَر الرجل صار إلى حال يُقْهَر عليها وأَذَلَّ الرجل صار إلى حال يَذَل فيها، وقد فُلَّسه الحاكم تَفْلِيساً نادى عليه أنه أفلس»^(١).

الفرع الثاني: تعريف الإفلاس في الفقه والنظام

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: تعريف الإفلاس في الفقه:

الإفلاس من حيث الاصطلاح قد يطلق ويراد به حال المفلس فيقال: «الإفلاس هو أن يكون الدين الذي على الرجل أكثر من ماله، وسواء أكان غير ذي مال أصلاً، أم كان له مال إلا أنه أقل من دينه»^(٢).

(١) ينظر: لسان العرب ٦/ ١٦٥، مقاييس اللغة ٤/ ٣٦٠.

(٢) ينظر: بداية المجتهد ٢/ ٢٨٤، ٢٩٣، ط/ الثالثة، عيسى الحلبي ١٣٧٩ هـ، أسنى المطالب

٢/ ١٨٣، مطالب أولي النهى ٣/ ٣٦٧.

قال ابن قدامة: «وإنما سمي من غلب دينه ماله مفلسا وإن كان له مال، لأن ماله مستحق الصرف في جهة دينه، فكأنه معدوم»^(١).

وأكثر ما يرد الإفلاس في كتب الفقه بلفظ التفليس، ويعرف التفليس اصطلاحاً بالفاظ متقاربة ترجع إلى أنه: جعل الحاكم المدين مفلساً بمنعه من التصرف في ماله^(٢).

وهذا يمكن معرفة العلاقة بين التفليس والإفلاس، فالتفليس يكون بعد الإفلاس، وأثر له في الجملة.

المسألة الثانية: تعريف الإفلاس في النظام:

يعرف الإفلاس في القانون العام بأنه: حالة التاجر الذي توقف عن دفع ديونه، ويعلن الإفلاس بحكم يشكل مدخلا للدائنين المجتمعين، بما يسمى كتلة أو اتحاد الدائنين؛ لأجل تصفية أموال المدين، وقبض ديونهم بعد حسم الديون الممتازة، وبذلك تنزع من المفلس أمواله^(٣).

وعرفت المادة رقم ١٠٣ من نظام المحكمة التجارية^(٤) المفلس بأنه: «من استغرقت الديون جميع أمواله فعجز عن تأديتها».

وبينت المادة ١٠٨ من ذات النظام طريقة طلب إعلان إفلاس المفلس، فنصت على أنه إما أن يكون بطلب من المفلس مباشرة أو بطلب من أحد غرمائه.

(١) المغني ٤/ ٢٦٥.

(٢) ينظر: حاشية ابن عابدين ٥/ ٩٦، شرح الخرشي ٥/ ٢٦٣، نهاية المحتاج ٤/ ٣٠٠، شرح منتهى الإرادات ٢/ ١٥٥.

(٣) القاموس القانوني الثلاثي ٢٤٥-٢٤٦.

(٤) الصادر بالأمر الملكي رقم ٣٢ في ١٥/١/١٣٥٠هـ.

المطلب الثاني

حكم إفلاس المصدر في الفقه والنظام

وفيه فرعان:

الفرع الأول: حكم إفلاس المصدر في الفقه:

إذا أحاط الدين بهال المدين، وطلب الغرماء الحجر عليه، فقد اختلف الفقهاء في الحجر عليه على قولين:

القول الأول: أنه لا يفلس ولا يحجر عليه، وهو مذهب أبي حنيفة^(١).

القول الثاني: يجب على الحاكم تفليسه والحجر عليه عند المالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤)، وصاحبي أبي حنيفة، وهو المفتى به عند الحنفية^(٥). واشترط المالكية لوجوب ذلك ألا يمكن للغرماء الوصول إلى حقهم إلا به. أما إذا أمكن الوصول إلى حقهم بغير ذلك كبيع بعض ماله، فإنه لا يصار إلى التفليس.

أدلة الأقوال:

أدلة القول الأول:

أن المفلس كامل الأهلية، وفي الحجر عليه إهدار لآدميته^(٦).

يمكن أن يجاب عليه:

(١) أن الحجر على المفلس هنا، لحق غيره، فتعارضت مصلحة المفلس في عدم الحجر، والمفسدة المتحققة بعدم الحجر عليه، ودرء المفاصد مقدم على جلب المصالح.

(١) ينظر: بدائع الصنائع ١٦٩/٧، تبين الحقائق ١٩٩/٥.

(٢) ينظر: التاج والإكليل ٥٨٦/٦، شرح الخرشي ٢٦٣/٥.

(٣) ينظر: مغني المحتاج ٩٧/٣، حاشيتا قليوبي وعميرة ٣٥٥/٢.

(٤) ينظر: المغني ٢٦٥/٤، شرح منتهى الإرادات ١٥٤/٢.

(٥) ينظر: تبين الحقائق ١٩٩/٥، البحر الرائق ٩٤/٨، درر الحكام ٦٧٠/٢.

(٦) تبين الحقائق ١٩٩/٥.

(٢) أن الحجر على المفلس فيه حماية لغير الدائنين، من الوقوع في مدينة المفلس، واستكثار دينه، مما يعرض أموالهم للضياع.

أدلة القول الثاني:

(١) (أن النبي ﷺ حجر على المدين، وباع ماله، وقسمه بين غرمائه)^(١).
 (٢) أن في الحجر عليه نظرا للغرماء؛ كي لا يلحق بهم الضرر بالإقرار والتلجئة، وهو أن يبيعه من إنسان عظيم لا يمكن الانتزاع منه، أو بالإقرار له ثم ينتفع به من جهته على ما كان.

(٣) بأن الكل مجمع على الحجر على المريض مرض الموت فيما زاد على الثلث لحق الورثة، فلا أن يحجر عليه ويمنع من التصرف في أمواله لحق الغرماء أولى^(٢).

الترجيح:

يظهر - والله أعلم - رجحان القول الثاني، لقوة أدلته، ولتوجه الجواب عن حجة القول الأول. ويترتب على الحكم بالحجر - عند القائلين به - أربعة أحكام:
 أحدها: تعلق حقوق الغرماء بعين ماله.
 الثاني: منع تصرفه في عين ماله.

(١) رواه الحاكم في المستدرک، في کتاب البيوع، باب الرهن مركوب ومحلوب، برقم (٢٣٨٩)، وقال: «هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه»، ورواه الدارقطني في كتاب الأقضية، باب المرأة تقتل إذا ارتدت برقم (٤٤٥٧)، والبيهقي في سننه، في كتاب التفليس، باب الحجر على المفلس وبيع ماله في ديونه برقم (١١٥٩٠، ١١٥٩١، ١١٥٩٢)، مرسلًا عن عبد الرحمن بن كعب ابن مالك: (أن رسول الله ﷺ حجر على معاذ رض الله عنه) وباع ماله، قال في مجمع الزوائد ٢/ ١١٥: «رواه الطبراني في الكبير مرسلًا ورجاله رجال الصحيح». وجاء في تلخيص الحبير ٣/ ٣٧: «قال عبدالحق: المرسل أصح من المتصل»، وقال ابن الطلاع في الأحكام: «هو حديث ثابت».

(٢) ينظر: تبين الحقائق ٥/ ١٩٩، المغني ٤/ ٢٦٥.

الثالث: أن من وجد عين ماله عنده فهو أحق بها من سائر الغرماء إذا وجدت الشروط.

الرابع: أن للحاكم بيع ماله وإيفاء الغرماء^(١).

وقال أبو حنيفة رحمته الله: «إن كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم؛ لأنه نوع حجراً ولأنه تجارة لا عن تراض فيكون باطلاً بالنص. ولكن يجسه أبداً حتى يبيعه في دينه؛ إيفاء لحق الغرماء ودفعاً لظلمه»^(٢)، ولأنه رشيد لا ولاية عليه فلم يحز للحاكم بيع ماله بغير إذنه كالذي لا دين عليه.

يجاب عليه:

(١) بأن قياسكم يبطل بيع الدراهم بالدنانير^(٣).

توضيحه: أن أبا حنيفة رحمته الله أجاز بيع الدراهم والدنانير جبراً على المفلس، ومنع العروض، بحجة عدم جواز البيع إلا عن تراض، وهذا تفريق بين متماثلين، فإما أن يحيز بيع العروض جبراً على المفلس كالدراهم والدنانير، أو يمنعها جميعاً.

(٢) التعليل الثاني لقول الجمهور.

واستدل القائلون بجواز بيع الحاكم لمال المفلس جبراً:

(١) بالحديث المتقدم في (أن النبي صلوات الله عليه حجر على المدين، وباع ماله، وقسمه بين غرمائه)^(٤).

(١) ينظر: العناية شرح الهداية ٢٧٥/٩، فتح القدير ٢٧٢/٩، التاج والإكليل ٥٨٦/٦، شرح الخرشي ٢٦٣/٥، مغني المحتاج ٩٧/٣، حاشيتا قليوبي وعميرة ٣٥٥/٢، المغني ٢٦٥/٤، شرح منتهى الإرادات ١٥٤/٢.

(٢) العناية شرح الهداية ٢٧٥/٩.

(٣) المغني ٢٦٥/٤.

(٤) المرجع السابق.

نوقش: بأن بيع النبي ﷺ مال معاذ كان بإذنه إذ استعان بالنبي ﷺ، والدليل عليه أن بيع ماله لا يجوز حتى يأمره ويأبى، ولا يظن بمعاذ أنه خالف أمر النبي ﷺ حاشاه^(١).

يجاب عليه: بأنه ليس في الحديث أن النبي ﷺ، استأذن معاذاً ﷺ، ولو كان بإذنه لم يحتج النبي ﷺ للحجر، ولأن يبيعه عليه، إذ يمكنه أن يبيعه بنفسه.

(٢) لما روي عن عمر بن الخطاب ﷺ أنه خطب الناس وقال: (ألا إن أسيفع جهينة^(٢)) قد رضي من دينه وأمانته بأن يقال: سبق الحاج فأدان معرضاً فأصبح وقد رين به^(٣) فمن كان له عليه مال فليحضر غداً فإننا بائعوا ماله وقاسموه بين غرمائه^(٤).

(٣) ولأنه محجور عليه محتاج إلى قضاء دينه فجاز بيع ماله بغير رضاه كالصغير والسفيه، ولأنه نوع مال فجاز بيعه في قضاء دينه كالأنثان^(٥).

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - ما ذهب إليه جمهور أهل العلم؛ إذ إن واقع الخصومات على المفاليس، يوجب هذا التصرف، لما فيه من حفظ لأموال المتعاملين؛ ولأن بعض الناس قد

(١) تبين الحقائق ٥/ ١٩٩.

(٢) لم أجد له ترجمة، إلا ما جاء في الإصابة في معرفة الصحابة لابن حجر العسقلاني ١/ ٣٤٢، ط/ دار الكتب العلمية، عام ٢٠٠٣ م.: بأنه أدرك النبي ﷺ وكان يسبق الحاج.

(٣) أي أحاط الدين بهاله. يقال رين بالرجل ريناً إذا وقع فيما لا يستطيع الخروج منه. وأصل الرين: الطَّعْ والتَّغْطية. ينظر: النهاية في غريب الحديث لأبي السعادات المبارك بن محمد الجزري، ط/ المكتبة العلمية - بيروت، ١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩ م، ٢/ ٦٩٦.

(٤) رواه مالك في الموطأ في كتاب الوصية، باب جامع القضاء وكراهيته برقم (١٤٧٠)، وابن أبي شيبة في المصنف في كتاب البيوع والأقضية، باب من ركه دين برقم (١٨٦٥٩)، البيهقي في سننه، في كتاب التفليس، باب الحَجْر عَلَى الْمُفْلِسِ وَيَبْعُ مَالِهِ فِي ذُبُونِهِ برقم (١١٣٤١).

(٥) المغني ٤/ ٢٦٥.

يصبر على السجن ويستغل طول الفترة، في الإضرار بالدائنين، وانتقاص حقوقهم منه، ليظفر بالباقي، فكان البيع جبراً عليه، رداً للحقوق، وردعاً لمن يريد الإضرار بالناس بالاستدانة منهم من غير أن يترك قضاء.

الفرع الثاني: حكم إفلاس المصدر في النظام:

نص نظام المحكمة التجارية، على مجموعة من الإجراءات التي تطبق على المفلس، بغرض الحجر عليه، كالتالي:

أولاً: توضيح حقيقة الإفلاس: قسم النظام الإفلاس إلى ثلاثة أنواع، فجاء في المادة (١٠٤): أن الإفلاس ثلاث أنواع:

الأول: الإفلاس الحقيقي.

الثاني: التقصيري.

الثالث: الإحتيالي.

وعرفت المواد ١٠٥ - ١٠٧ هذه الأنواع كالتالي:

(١) المفلس الحقيقي: هو الذي اشتغل في صناعة التجارة على رأس مال معلوم يعتبره العرف كافياً للعمل التجاري الذي اشتغل فيه، ووجدت له دفاتر منظمة ولم يبذر في مصرفه ووقع على أمواله حرق أو غرق أو خسارات ظاهرة، فإذا توافرت فيه هذه الشروط يكون مفلساً حقيقياً.

(٢) المفلس المقصر: هو التاجر الذي يكون مبذراً في مصاريفه ولم يبين عجزه في وقته بل كتمه على غرمائه واستمر يشغل في التجارة حتى نفذ رأس ماله وإن وجدت له دفاتر منظمة.

(٣) المفلس الإحتيالي: لا يعبر عنه بمفلس إلا لتوزيع موجوداته على غرمائه بل هو محتال والمحتال من استعمل ضروب الحيل والدسائس في رأس ماله، أو قيد بدفاته ديوناً

عليه باسم أحد آخر بصورة كاذبة أو حرر بها سندات أو فراغ أمواله وعقاره إلى غيره بطريقة نقل الملك أو أخفى شيئاً من أمواله واشتغل في التجارة بطريق التمويل والإحتيال أو تغفيل التجار على أي صورة كانت وسواء كان مبذراً أو لم يكن مبذراً أو لم توجد له دفاتر أو وجدت وكانت غير منظمة وأضاع حقوق العباد بتلك الصورة، فيكون محتالاً. وهذا التقسيم ينبنى عليه عقوبات، نص عليها النظام في المواد من ١٣٦-١٣٨: على كل من المفلس الاحتيالي والتقصيري، والحقيقي - أيضاً - إذا امتنع من تقديم ما إلزم به من دفاتر ومستندات.

ثانياً: بينت المادة رقم ١٠٨ أن دعوى إعلان الإفلاس - من قبل المحكمة - إما أن يكون بطلب من المفلس مباشرة أو بطلب من أحد غرمائه. اهـ.

ثالثاً: صدور حكم الإفلاس: نصت المادة ١١٠ على طريقة صدور حكم الإفلاس، وما ينبغي أن يتضمنه، فجاء فيها: على المحكمة بعد أن تدقق الأوراق المقدمة من المفلس مع الجدول والدفاتر المذكورة في المادة السابقة والاستدعاء الذي يقدم من المفلس أو أحد غرمائه بطلب إفلاسه تقرر المحكمة الحجز - هكذا نص النظام (الحجز) - عليه وإعلان إفلاسه وتعتبر تصرفاته الفعلية والقولية غير نافذة اعتباراً من تاريخ قرار الإفلاس أما إذا وقع الإفلاس على الشركة عنها بشركة المفاوضة فكما تحجز كافة أموال الشركة تحجز أيضاً أموال الشركاء المتضامين لكونهم مسئولين من جهة التضامن.

ويستفاد من هذا النص النظامي: أنه في حالة إعلان إفلاس الشركة، فإن كانت موجودات الشركة لا تنفي بحقوق الدائنين، فإنه يرجع إلى أموال الشركاء.

كما تضمنت المادة ١١٢، أن على المحكمة تعيين أمين لإدارة أعمال التفليسة، ويضمّن ذلك في حكم إعلان الإفلاس.

رابعاً: حددت المواد ١١٣، ١١٤، واجبات أمين التفليسة على النحو التالي:

(١) استحصال جميع الديون المطلوبة للمفلس، وأن يجروا قيدها بمفرداتها بدفتر مخصوص ومن يمتنع من أداء ما عليه للمفلس من الديون، ويصر- على عدم تسليمها إلى أمين التفليسة، تتم محاكمته بالمحكمة.. وللمحكمة الحق في إحضار المفلس وإستجوابه والاستيضاح منه فيما تمس إليه الحاجة.

(٢) حجز أموال المفلس المنقولة وغير المنقولة وبيعها بالمزاد العلني.

وبناء على ماسبق فإنه إذا أفلس مصدر الصكوك، وقد ترتب في ذمته أموال لحملة الصكوك، أو لمن يجري التعامل معهم بالعقود المختلفة، فإنه يتم إعلان إفلاسه، والحجر عليه، ويستوفى من موجودات الشركة، وأصولها، وديونها حقوق الدائنين.

المبحث الثاني

هلاك المعقود عليه

الهلاك هو تلف المعقود عليه، بخروجه من أن يكون منتفعا به منفعة مطلوبة منه عادة^(١). وهلاك المعقود عليه في الصكوك لا يخلو من ثلاثة أنواع، يمكن بحثها في ثلاثة مطالب كالتالي:

المطلب الأول

هلاك المعقود عليه في البيع

المعقود عليه في البيع، هو المبيع، وهلاك المبيع في عقد البيع له أحوال كثيرة أهمها حالان، تبحث في فرعين:

الفرع الأول: هلاك المبيع كله قبل القبض:

إذا تلف المبيع كله قبل القبض فلا يخلو من ثلاثة أمور، تبحث في ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: أن يكون الهلاك قبل القبض بآفة سماوية:

أولاً: تحرير محل النزاع في المسألة:

اتفق الفقهاء من المذاهب الأربعة أنه إذا تلف المبيع قبل القبض بآفة سماوية، وكان المبيع موزوناً أو مكيلاً، أو معدوداً، أو لم يكن كذلك، لكن منع البائع المشتري من القبض، فإنه يفسخ العقد، ويضمن للمشتري الثمن، واختلفوا في حكم هلاك المبيع قبل القبض، إذا لم يكن موزوناً أو مكيلاً أو معدوداً، وتمكن المشتري من القبض، فلم يقبضه.

ثانياً: أقوال الفقهاء في المسألة، على قولين:

القول الأول: أن الهلاك يكون على حساب المشتري، ولاحق له في الثمن، وهو

المذهب عند الحنابلة^(٢).

(١) بدائع الصنائع ٧/ ١٦٤.

(٢) ينظر: المغني ٤/ ٨٩، كشف القناع ٣/ ٢٤٢.

القول الثاني: أن العقد ينفسخ، ويسترد المشتري الثمن، وهو قول الجمهور من الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، ورواية عن أحمد^(٤).

أدلة الأقوال:

أدلة القول الأول:

(١) قول عبد الله بن عمر: (مضت السنة أن ما أدركته الصفقة حيا مجموعاً فهو من مال المبتاع)^(٥).

وجه الدلالة: قوله: (من مال المبتاع) أي: المشتري، وقول الصحابي مضت السنة، يقتضي سنة النبي ﷺ، فإذا جمعت الصفقة، وتعين المبيع، وتم البيع، صار المبيع من مال المبتاع، فإذا هلك، كان هلاكه عليه.

يمكن مناقشته: بأن المقصود بالحديث، ما تم قبضه، بدليل قوله: (حيا مجموعاً) وهذا لا يكون إلا بعد القبض. فهو استدلال بمحل النزاع.

يمكن يعترض عليه: أنه ليس في الحديث ما يدل على وقوع القبض.

يمكن الجواب عنه: بأنه - أيضاً - ليس في الحديث ما يدل على عدم وقوع القبض، والدليل إذا تطرق إليه الاحتمال بطل به الاستدلال.

(١) ينظر: بدائع الصنائع ٢٣٨/٥، حاشية ابن عابدين ٤٢/٤.

(٢) ينظر: حاشية الدسوقي ١٤٧/٣، التاج والإكليل ٤٢١/٦.

(٣) ينظر: المجموع ٢٦٢/٩، مغني المحتاج ٤٥٦/٢.

(٤) ينظر: المغني ٨٩/٤، كشف القناع ٢٤٢/٣.

(٥) رواه البخاري تعليقا في صحيحه بصيغة الجزم، كتاب البيوع، باب إذا اشترى متاعاً أو دابةً فَوَضَعَهُ عندَ البائع، أو ماتَ قبلَ أن يُقبَضَ، ووصله الدارقطني في سننه، في كتاب البيوع، باب (دون ترجمه) برقم (٢٩٦٥)، بسنده عن الأوزاعي عن الزهري عن حمزة ابن عبد الله ابن عمر عن أبيه. ورجاله ثقات. قال ابن حزم في المحلى ٢٧٨/٧: صح هذا عن ابن عمر، ولا يعلم له مخالف من الصحابة. وينظر: فتح الباري ٢٣٩/١١.

(٢) قول النبي ﷺ: (الخراج بالضمان)^(١).

وجه الدلالة: أن هذا المبيع نأؤه للمشتري فضمّنه عليه.

يجاب عليه: بأن هذا أيضا استدلال بمحل النزاع، إذ إننا نخالفكم في كون المبيع في هذه الحال من ضمان المشتري.

(٣) ولأنه لا يتعلق به حق توفية وهو من ضمانه بعد قبضه فكان من ضمانه قبله كالميراث^(٢).

يجاب عليه بمثل الجواب على الدليل قبله.

أدلة القول الثاني:

(١) حديث: (أن النبي ﷺ نهى عن ربح ما لم يضمن)^(٣).

ووجه الدلالة: أن المراد به ربح ما بيع قبل القبض، والمبيع قبل قبض المشتري له هو في ضمان البائع، فإذا هلك المبيع، ولم يقبضه المشتري، فقد ربح فيما لم يضمن.

(٢) ولأنه لو بقي أوجب مطالبة المشتري بالثمن، وإذا طالبه بالثمن فهو يطالبه بتسليم المبيع، وهو عاجز عن التسليم، فتمتنع المطالبة أصلاً. فلم يكن في بقاء البيع فائدة فينفسخ، وإذا انفسخ البيع سقط الثمن عن المشتري؛ لأن انفساخ البيع ارتفاعه من الأصل كأن لم يكن^(٤).

الترجيح:

الخلافاً في هذه المسألة مبني على مسألة أخرى، وهي: هل إذا تمكن المشتري من القبض، يدخل ذلك في ضمانه؟ فمن قال أن السلعة بذلك دخلت في ضمان المشتري، قال

(١) سبق تخريجه.

(٢) المغني ٩٠/٤.

(٣) ينظر: بدائع الصنائع ٥/٢٣٨، الموسوعة الفقهية ١٣/٢٧٢.

(٤) ينظر: المراجع السابقة.

إن التلف بأفة سماوية، يحسب على المشتري، ومن قال لم يدخل قال: يفسخ البيع، وقد جاء عن بعض السلف التفصيل في المسألة، فقال: من ابتاع شيئاً وبت به، فأراد المبتاع أن يقبضه، فقال البائع: لا أعطيكه حتى تقضييني، فهلك، فهو من مال البائع، لأنه ارتنه، فإن قال: خذ متاعك، فقال: «دعه حتى أرسل إليك من يقبضه، فهلك، فهو من مال المبتاع»^(١).

فعلى هذا القول يمكن تفصيل القول في المسألة كالتالي: «بأنه لا يخلو إما أن يكون عدم القبض بتفريط أو امتناع من البائع، أو من المشتري، أو ليس من أحدهما، فأما الأول، فالذي يظهر للباحث أنه من ضمان البائع باتفاق الفقهاء كما تقدم، وإن كان التفريط من المشتري في القبض فإنه يقع الضمان على المشتري، ويذهب الثمن للبائع؛ لأنه مفرط في القبض بعد لزوم العقد، والمفرط أولى بالخسارة، وهذا هو الأصح عند الشافعية، جاء في مغني المحتاج: إن وَضَعَهُ - أي: وضع البائع المبيع - بين يدي المشتري عند امتناعه؛ برئ في الأصح كما في الروضة»^(٢).

وإن لم يقع التفريط من أحدهما، فإن الأصل الذي جاء به الشرع، هو وضع الجوائح^(٣)، وأن الهلاك يقع على البائع، ويفسخ البيع؛ لأن هذه سلعته، وقد تلفت كما لو تلفت قبل البيع، بالنسبة إليه؛ ولتعذر تسليم المبيع، فتعذر وجود البيع، فتم فسخه.

المسألة الثانية: أن يكون الهلاك قبل القبض بفعل أجنبي:

ويتأتى عل هذه المسألة تحرير محل النزاع المتقدم، وللفقهاء تفصيل في هذه المسألة:

(١) روي عن طاووس وقتادة وسفيان الثوري رحمهم الله، ينظر: مصنف عبدالرزاق ٤٦/٨، كتاب

اليوع، باب المصيبة في البيع قبل القبض، برقم (١٥٣١٦).

(٢) مغني المحتاج ٤٥٦/٢.

(٣) سبق تخريجه.

فذهب المالكية^(١) إلى أن أرش ما جنى الأجنبي للبائع ولو كان الخيار لغيره، وإذا أخذ البائع أرش الجناية فالمشتري حينئذ بالخيار، إما أن يأخذ المبيع معيبا مجانا، وإما أن يرد البيع ولا شيء عليه - أي لا ثمن عليه.

وذهب الحنفية^(٢)، والشافعية^(٣): أنه إن تلف المبيع بفعل أجنبي فعليه ضمانه، والمشتري بالخيار، إن شاء فسخ البيع وأتبع البائع الجاني بضمان ما أتلّفه، وإن شاء اختار البيع وأتبع (أي المشتري) الجاني بالضمان وعليه جميع الثمن.

ووافق الحنابلة^(٤) الحنفية والشافعية، قولهم في المبيع إذا كان مكيبا ونحوه، أما ما عدا المكيل والموزون - عند الحنابلة -، فليس للمشتري الخيار في الفسخ، وإنما يتبع المتلف بالضمان.

الترجيح:

يظهر - والله أعلم - أنه لا خلاف بين الفقهاء في وجوب ضمان المتلف على المتلف، لكن الخلاف حول: من يطالب بالضمان هل هو البائع، باعتبار السلعة لم تقبض، أم أنه المشتري باعتبار السلعة في حكم المقبوض، فمن قال بالأول جعل الضمان على البائع، وأعطى للمشتري الخيار في فسخ البيع، أو إمضائه، ومن قال بالقول الآخر لم يجعل للمشتري الخيار.

ويرجح الباحث قول الحنفية والشافعية وهو مقتضى - قول المالكية - فإنهم أعطوا المشتري الخيار لاحقا - في ذلك - وسبب الترجيح هنا يرجع إلى سبب الترجيح في المسألة قبلها.

(١) ينظر: حاشية الدسوقي ٣/١٤٧، التاج والإكليل ٦/٤٢١.

(٢) ينظر: بدائع الصنائع ٥/٢٤١، ابن عابدين ٤/٤٦.

(٣) ينظر: المجموع ٩/٢٦٢، مغني المحتاج ٢/٤٥٦.

(٤) ينظر: المغني ٤/٩٠، كشف القناع ٣/٢٤٢.

المسألة الثالثة: أن يكون الهلاك قبل القبض بفعل البائع:

اتفق الفقهاء من المذاهب الأربعة، أنه إذا هلك المبيع قبل القبض بفعل البائع، فهو من ضمانه^(١).

لكن يرى الحنابلة أن العقد لا يفسخ، ويجب على البائع أن يضمن المبيع للمشتري، لكونه المتلف، بينما يرى الجمهور أن العقد يفسخ، كما لو هلك بأفة سماوية. على مامضى- تقريره في المسألة الأولى.

الفرع الثاني: هلاك المبيع كله بعد القبض:

اتفق الفقهاء - من حيث الجملة - على أن تلف كل المبيع بعد القبض لا يفسخ به البيع، والهلاك يكون على المشتري وعليه الثمن، لأن البيع تقرر بقبض المبيع فتقرر على المشتري الثمن؛ سواء أكان التلف بأفة سماوية أم بفعل المشتري، وإذا كان التلف بفعل أجنبي فإنه يرجع المشتري على الأجنبي بضمانه^(٢).

المطلب الثاني**هلاك المعقود عليه في الإجارة**

المعقود عليه، في صكوك إجارة الأعيان، هو العين المؤجرة، وعليه: فقد اتفق الفقهاء على أن العين المؤجرة أمانة في يد المستأجر، فإن تلفت أو ضاعت بغير تعد منه ولا تفريط فلا ضمان عليه، أما إذا تعدى أو فرط في المحافظة عليها فإنه

(١) ينظر: بدائع الصنائع ٥/ ٢٤١، ابن عابدين ٤/ ٤٦، حاشية الدسوقي ٣/ ١٤٧، التاج والإكليل

٦/ ٤٢١، المجموع ٩/ ٢٦٢، مغني المحتاج ٢/ ٤٥٦، المغني ٤/ ٩٠، كشف القناع ٣/ ٢٤٢.

(٢) ينظر: بدائع الصنائع ٥/ ٢٣٩، حاشية الدسوقي ٣/ ١٠٤، روضة الطالبين ٣/ ٤٥١، ٤٥٢،

مغني المحتاج ٢/ ٧٣، تحفة المحتاج ٤/ ٣٩٦، كشف القناع ٣/ ٢٠٦، ٢١٠.

يكون ضامناً لما يلحق العين من تلف أو نقصان، وكذلك الحكم إذا تجاوز في الانتفاع بها حقه فيه فتلفت عند ذلك^(١).

المطلب الثالث

هالك المعقود عليه في المساقاة والمزارعة

اتفق الفقهاء من المذاهب الأربعة على أن العامل في المساقاة والمزارعة، أمين لا يضمن إلا بالتعدي أو التفريط^(٢). جاء في المبسوط: «المزارع أمين في نصيب رب الأرض، ولهذا لو أصاب الزرع آفة لم يغرم له شيئاً»^(٣). وفي الدر المختار: «ومثله في الحكم المساقاة فإن يد العامل يد أمانة»^(٤). وجاء في الشرح الصغير: «ولو اختلفا فقال رب الحائط: لم تدفع لي الثمرة، وقال العامل: بل دفعتها لك، صدق العامل لأنه أمين»^(٥). وجاء في المجموع: «العامل - في المساقاة - أمين فيما يدعي من هلاك المال في يده»^(٦). وقال ابن قدامة: «والعامل أمين والقول قوله فيما يدعيه من هلاك أو ما يدعي عليه من خيانة؛ لأن رب المال

(١) ينظر: بدائع الصنائع ٤/ ٢١٠ وما بعدها، وحاشية الدسوقي ٤/ ٢٤، ٢٨، مغني المحتاج ٢/ ٣٥١ وما بعدها، كشف القناع ٤/ ١٥، ١٨، ٣٣، ٣٤. قال ابن قدامة في المغني ٥/ ٣١١: ولا نعلم في هذا خلافاً.

(٢) ينظر: المبسوط ٢٣/ ١٢٧، حاشية ابن عابدين ٦/ ٢٨٣، الفتاوى الهندية ٥/ ٢٦١. المدونة ٣/ ٥٧٢، حاشية الدسوقي ٣/ ٥٣٩، المجموع ١٥/ ٢٩٥، ط/ دار الفكر ١٩٩٩م، الغرر البهية ٣/ ٣٠٨، المغني ٥/ ٢٣٦، شرح منتهى الإرادات ٢/ ٢٣٧.

(٣) المبسوط ٢٣/ ١٢٨.

(٤) الدر المختار شرح تنوير الأبصار للحصكفي ٦/ ٥٨٢، ط/ دار الكتب العلمية، ٢٠٠٢م.

(٥) الشرح الصغير مع حاشية الصاوي ٣/ ٧١١.

(٦) المجموع ١٥/ ٢٩٥.

اتّمنه بدفع ماله إليه فهو كالمضارب»^(١). وجاء في شرح منتهى الإرادات: «وعامل في مساقاة ومزارعة كمضارب فيما يقبل قوله فيه أو يرد، فيقبل قوله: أنه لم يتعد ونحوه؛ لأن رب المال اتّمنه دون رد الثمرة والزرع»^(٢).

فعلى هذا لو هلك الثمر في الشجر، أو الزرع، من غير أن يتعدى العامل فلا ضمان عليه.

* * * * *

(١) المغني ٥/٢٣٦.

(٢) شرح منتهى الإرادات ٢/٢٣٧.

المبحث الثالث هالك المال

وفيه مطلبان:

المطلب الأول

هالك المال في عقود المعاوضات

والمقصود بالمال هنا هو الثمن الذي يمثل - غالباً - النقد، ويتصور هلاكه في الصكوك، بأن تكسد النقود، أو يلغى العمل بها، أو أن يعلن البنك المستقبل لأموال المكتتبين، إفلاسه، فما الحكم في هذه الحال؟ في المسألة تفصيل:

أولاً: إذا كانت النقود معينة، - عند من قال بأن النقود تتعين بالتعيين^(١) - فالحكم فيها كهلاك المعقود عليه، وقد تقدم بحثه.

ثانياً: إذا كانت النقود غير معينة، وهو الغالب في العقود المعاصرة؛ إذ كان للتعيين أثر في الماضي، بأن تكون جديدة، معلوم صحة سبكها، وسكتها، أما في الزمن المعاصر فالنقود الورقية، يتساوى فيها الجديد والقديم.

وبناء عليه فإن للعلماء في تلف أو كساد الثمن في العقود، تفصيل:

أولاً: عند الحنفية: جاء في المبسوط: «لو اشترى فاكهة بالفلوس وأقبض ما اشترى ثم كسدت الفلوس قبل أن ينقدها فالبيع ينتقض - استحساناً؛ لأنها تبدلت معنى حين خرجت عن أن تكون ثمناً وماليتها كانت بصفة الثمنية ما دامت رائجة فبفوتها تفوت المالية؛ فلهذا يبطل العقد ويرد ما قبضه إن كان قائماً أو قيمته إن كان هالكا»^(٢). جاء في

(١) اختلف الفقهاء في صحة تعين النقود بالتعيين في عقود المعاوضات، وبحث هذه المسألة فيه خروج عن الموضوع. ينظر: الفتاوى الهندية ٣/١٣، وحاشية ابن عابدين ٤/١٢٨، ١٦٦، والأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٧٥ نشر - دار الفكر، والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٣/١٥٥، ٤٤٥، والفروق ٣/٢٥٥، والمنتقى ٤/٢٦٨، والمغني ٤/٤٣ - ٥٠.

(٢) المبسوط ١٤/٢٨.

فتح القدير: «وإذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت؛ بطل البيع عند أبي حنيفة رحمته الله خلافا لأبي يوسف ومحمد بن الحسن»^(١).

ثانيا: عند المالكية: جاء في المدونة: قلت: «فإن بعته سلعة بفلوس ففسدت الفلوس قبل أن أقبضها منه؟ قال: قال مالك: لك مثل فلوسك التي بعت السلعة بها الجائزة بين الناس يومئذ وإن كانت الفلوس قد فسدت فليس له إلا ذلك»^(٢).

ثالثا: عند الشافعية: جاء في الأم: «ومن سلف فلوسا أو دراهم أو باع بها ثم أبطلها السلطان فليس له إلا مثل فلوسه أو دراهمه التي أسلف أو باع بها»^(٣). وجاء في المجموع: «إذا باع بنقد معين أو بنقد مطلقاً وحملناه على نقد الملك فأبطل السلطان المعاملة به قبل القبض قال أصحابنا: لا يفسخ العقد ولا خيار للبائع وليس له إلا ذلك النقد المعقود عليه كما لو اشترى حنطة فرخصت قبل القبض أو أسلم فيها فرخصت قبل المحل فليس له غيرها هكذا قطع به الجمهور»^(٤).

رابعا: عند الحنابلة: وفي الفروع: «..اشترى شاة بدينار فبلعته إن قلنا يتعين الدينار بالتعيين وينفسخ العقد بتلفه قبل قبضه انفسخ هنا وإن لم نقل بأحدهما لم ينفسخ أو كل عوض ملك بعقد ينفسخ بهلاكه كبيع»^(٥).

يتضح مما سبق: أنه إذا تم الاكتتاب في الصكوك، وأودعت في البنك، وتم إبرام عقد معاوضة، فتلفت النقود بأي سبب كان، فإنه يمكن رد أقوال للفقهاء في المسألة إلى قولين:

(١) فتح القدير ١٥٦/٧.

(٢) المدونة ٣/٥٠. وينظر: الإقتان والإحكام شرح تحفة الحكام ٢٧/٢.

(٣) الأم ٣/٣٣.

(٤) المجموع ٩/٣٤١.

(٥) الفروع ٤/١٣٩، وينظر: الإنصاف ٤/٤٦٨.

الأول: أن العقد صحيح، ويلزم تسليم الثمن ولو كان لا قيمة له، وإن تلف يعوض مثله.

الثاني: أن العقد يفسخ، لفوات الثمن؛ لأنه أحد العوضين فينفسخ بفواته قبل القبض كالعوض الآخر.

وهذا القول هو الذي يميل إليه الباحث في المسألة، قياساً على العوض الآخر إذا تلف بأمر خارج عن إرادة العاقدین، لاسيما في الصكوك، فإنه لو تصور حدوث مثل هذا الأمر، فإن إلزام حملة الصكوك، بدفع قيمة أخرى، فيه ضرر عليهم، والفسخ أهون الضررين، كما أن المعلوم من نصوص الشريعة ومقاصدها، أنه لا يجوز البيع إلا عن تراض ولا يجل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه، وإلزام البائع ببيع سلعته وقبض ثمن لاقية له، أو تالف؛ فيه مخالفة ظاهرة لتلك النصوص والمقاصد.

المطلب الثاني

هالك المال في عقود المشاركات

تقدم أن المضارب أمين باتفاق الفقهاء^(١)، لا يضمن رأس المال، ولا الأرباح إلا ما تلف بتعد أو تفريط، وما سوى ذلك فلا يضمنه المضارب، وقد نص الفقهاء على أحوال معينة، يُضمن فيها رأس مال المضاربة:

الحال الأولي: إذا تلف بعض رأس المال، فإنه يجبر من الربح؛

وهذا باتفاق الفقهاء من المذاهب الأربعة في الجملة.

جاء في تبين الحقائق: «وما هلك من مال المضاربة فمن الربح؛ لأنه تابع ورأس المال أصل لتصور وجوده بدون الربح لا العكس، فوجب صرف الهالك إلى التبع لاستحالة بقائه بدون الأصل كما يصرف الهالك إلى العفو في الزكاة، فإن زاد الهالك على الربح لم

(١) يرجع إلى الحاشية رقم (١) ص ١١١.

يضمن المضارب؛ لأنه أمين فلا يكون ضميماً للتنافي بينهما في شيء واحد^(١).

وجاء في الموطأ: «قال مالك في رجل دفع إلى رجل مالا قراضاً فهلك بعضه قبل أن يعمل فيه، ثم عمل فيه فربح فأراد أن يجعل رأس المال بقية المال بعد الذي هلك منه قبل أن يعمل فيه. قال مالك: لا يقبل قوله ويجبر رأس المال من ربحه ثم يقتسمان ما بقي بعد رأس المال على شرطهما من القراض»^(٢).

وفصل الشافعية، في المسألة، جاء في أسنى المطالب: «ونقص المال الحاصل بخسران وعيب حادث فيه، وكذا تلف بعضه بعد التصرف فيه، ولو كان تلفه بعدوان من أجنبي تعذر أخذ بدله من المتلف، يجبر بالربح؛ لأنه وقاية لرأس المال، ولأنه تصرف في رأس المال فلا يأخذ شيئاً من الربح حتى يرد إلى المالك مثل ما تصرف فيه فإن لم يتعذر أخذ بدله استمر القراض فيه.

ولو تلف بعضه قبل التصرف في المال بالبيع والشراء لم يجبر التالف بالربح، بل يصير الباقي رأس مال؛ لأن العقد لم يتأكد بالعمل، فإن كان رأس المال ألفين فتلف منهما ألف قبل التصرف فيه صار رأس المال ألفاً وإن تلف الكل أو البعض ولو بفعل العامل قبل التصرف أو بعده انفسخ القراض فيه؛ لأن التلف إن كان بأفة سهاوية أو بإتلاف المالك فظاهر؛ إذ لا بدل أو بإتلاف العامل، فلأنه وإن وجب عليه بدله فلا يدخل في ملك المالك إلا بقبضه منه وحينئذ يحتاج إلى استئناف القراض»^(٣).

ووافق الحنابلة الشافعية، في هذا التفصيل بين تلف بعض المال قبل التصرف وبعده، فجاء في كشاف القناع: «ولا ربح لعامل حتى يستوفي رأس المال أي: يسلمه لربه؛ لأن الربح هو الفاضل من رأس المال وما لم يفضل فليس بربح، فإن ربح في إحدى سلعتين

(١) تبين الحقائق ٦٧/٥.

(٢) الموطأ مع شرحه المنتقى ١٥٦/٥.

(٣) أسنى المطالب ٣٨٨/٢.

وخسر- في الأخرى، أو ربح في إحدى سفرتين وخسر- في الأخرى أو تعيبت سلعة وزادت أخرى، أو نزل السعر أو تلف بعض المال بعد عمل عامل في المضاربة فالوضيعة في بعض المال تجبر من ربح باقيه قبل قسمة الربح ناضاً.... وتنفسخ المضاربة فيما تلف من مالها قبل عمل العامل في مالها ويصير الباقي رأس المال؛ لأن التصرف بالعمل لم يصادف إلا الباقي فكان هو رأس المال بخلاف ما تلف بعد العمل؛ لأنه دار بالتصرف فوجب إكماله لاستحقاقه الربح لأنه مقتضى الشرط»^(١).

الحال الثاني: إذا تصرف المضارب في المال بغير إذن رب المال- سواء أكان الإذن عام أم خاصاً-، كما لو دفع المال مضاربة إلى غيره:

فإنه يضمن باتفاق الفقهاء، قال ابن قدامة رحمه الله: «وليس للمضارب دفع المال إلى آخر مضاربة، من غير إذن رب المال وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ولا أعرف عن غيرهم خلافهم. فإن فعل فلم يتلف المال ولا ظهر فيه ربح رده إلى مالكه ولا شيء له ولا عليه وإن تلف أو ربح فيه هو في الضمان والتصرف كالغاصب ولرب المال مطالبة من شاء منهما برد المال إن كان باقياً وبرد بدله إن كان تالفاً»^(٢).

فإذا تلف المال، من غير تعد ولا تفريط من قبل المضارب، فإن العقد ينفسخ، باتفاق الفقهاء فيما أعلم^(٣).

(١) شرح منتهى الإرادات ٢/ ٢٢٢-٢٢٣.

(٢) المغني ٥/ ٢٨-٢٩، وكذا عند مالك رحمه الله، جاء في المدونة ٣/ ٦٤٤، قال مالك: إذا قارض المقارض بغير إذن رب المال أضمن.

(٣) ينظر: بدائع الصنائع ٦/ ١١٣، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٣/ ٥٢٨-٥٢٩، مغني المحتاج ٢/ ٣١٩، ونهاية المحتاج ٥/ ٢٣٦، كشف القناع ٣/ ٥١٨.

المبحث الرابع

تعذر إتمام العقد بعد إتمام بيع الصكوك

صورة المسألة: بعد اكتمال الاكتتاب في الصكوك، ومباشرة العاقدين تنفيذ العقد، قد يحدث أمر يمنع إتمام هذا التعاقد منعاً كلياً، بحيث يصل تنفيذ العقد إلى درجة كونه من المحال، وذلك لأسباب عدة، منها ما هو قانوني، كما لو صدر نظام جديد يلغي هذا النوع من العقود، أو صدور أمر من صاحب المسؤولية، يمنع من تنفيذ العقد، بسبب كون محل العقد، يرجع إلى القطاع العام، ولا يجوز استثماره - ونحوه -، وقد يرجع التعذر إلى أسباب خارجية، كحوادث الحروب، والزلازل، والكوارث، التي قد تؤدي إما إلى اختلال منافع العقود عليه، اختلالاً يمنع الانتفاع به كلياً، وإما إلى عدم قدرة العاقد على التنفيذ، وإما إلى ظروف طارئة تؤدي إلى ذهاب الجدوى الاستثمارية في العقد، بحيث يصبح الاستمرار في تنفيذ العقد من الطرفين، غير مجدي استثمارياً.

وبناء عليه يمكن تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول

حكم تعذر إتمام العقد بسبب الظروف الطارئة

وفيه فرعان:

الفرع الأول: المقصود بالظروف الطارئة ونتيجتها قانوناً، وشروط تطبيقها:

وفيه ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: المقصود بالظروف الطارئة:

الظرف الطارئ هو كل حدث عام، لاحق لتكوين العقد، وغير متوقع الحصول عند التعاقد، ينجم عنه اختلال بيّن في المنافع المتولدة عن عقد يتراخى تنفيذه إلى أجل أو آجال، ويصبح تنفيذ العقد لالتزامه كما أوجبه العقد؛ يرهقه إرهاقاً شديداً، ويتهدده بخسارة فادحة، تخرج عن الحد المألوف في خسائر التجار^(١). وذلك كخروج سلعة تعهد

(١) ينظر: نظرية الالتزام في القانون المدني، للدكتور أحمد حشمت أبو سبت ١/١٣٦.

العاقِد بتوريدها من التسعيرة المحددة وارتفاع سعرها ارتفاعاً فاحشاً غير مألوف أو متوقع^(١).

المسألة الثانية: نتيجة الظروف الطارئة على العقد قانوناً:

إن الظروف الطارئة إذا وقعت أثناء تنفيذ العقد، تجعله متعذر التنفيذ، إلا بوقوع ضرر بالغ على أحد العاقدين، وهذا مما دعى فقهاء القانون إلى إنشاء ما يسمى بنظرية الظروف الطارئة، التي تقوم على أن للقاضي أن يوزع تبعه الحادث الطارئ، على طرفي العقد، وله الحق أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، الذي يطبق العاقِد تنفيذه دون مشقة ظاهرة^(٢). وبالتالي فإن للقاضي أن يسقط كثيراً من الشروط، أو النصوص العقدية، وله تعديلها، بما يتواءم وإزالة الضرر عن العاقدين أو أحدهما.

وبهذا تكون نتيجة الظروف الطارئة على العقد، أحد أمرين:

(١) تعديل العقد، وذلك بإعادة التوازن له؛ برفع أو تقليل بعض الالتزامات الناتجة عنه.

(٢) إيقاف تنفيذ العقد، إلى زوال الظرف الطارئ إن كان يرجى زواله.

ويجب التنبيه هنا، في أن أي تعديل يقوم القاضي بعمله بموجب نظرية الظروف الطارئة، يعطي الخيار، للطرف الذي تم التعديل على حسابه، في أن يستمر في العقد أو يفسخه^(٣). وهذا مبدأ ذكره بعض فقهاء القانون، ويرى الباحث، أن هذا الخيار ليس على إطلاقه، فللقاضي أن يلزم بالتعديل المراد، إذا كان فيه دفع للضرر أو تقليله، وذلك إذا كان في إعطاء العاقِد الآخر حق الفسخ؛ ضرر مثل أو أكبر من الضرر الناتج عن الظرف الطارئ.

(١) ينظر: الوسيط في شرح القانون المدني للدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري ١/ ٧٠٥.

(٢) المرجع السابق ١/ ٧٠٦.

(٣) ينظر: الوسيط في شرح القانون المدني للدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري ١/ ٧٢٧.

المسألة الثالثة: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة على العقد:

اشترط فقهاء القانون لتطبيق نظرية الظروف الطارئة ثلاثة شروط هي كالتالي:

الشرط الأول: أن تجدد بعد إبرام العقد، حوادث استثنائية عامة: مثل زلزال يضرب بلد محل العقد، أو نشوء حرب، أو ارتفاع باهظ في الأسعار، أو نزول فاحش فيها، أو وباء ينتشر، أو آفة تطغى، ونحو ذلك^(١).

الشرط الثاني: أن تكون الحوادث الاستثنائية العامة، ليس في الوسع توقعها - أثناء إبرام العقد - ولا دفعها - أثناء تنفيذ العقد، فإن أمكن توقعها أو دفعها فلا مجال لتطبيق نظرية الظروف الطارئة.

الشرط الثالث: أن تجعل هذه الحوادث تنفيذ العقد مرهقا لا مستحيلا، فهو يلزم أحد العاقلين، بالتزام يفوق قدرته واستطاعته، بسبب هذه الحوادث أو الظروف الطارئة^(٢).
وثمة شرط رابع يرى الباحث اشتراطه لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، ألا وهو أن يكون الضرر الأكبر الناتج عن الظروف الطارئة، واقعا على أحد العاقلين، دون الآخر، إذ لو كان واقعا على كلا العاقلين، لم يعد لهما مصلحة من الاستمرار في تنفيذه، فيكون الفسخ أو التوقف عن التنفيذ أولى لهما، وفي حال التوقف فإنه لا يلزم الرفع إلى القضاء، وذلك لكون الضرر عليهما جميعا، فليس من مصلحتها مواصلة تنفيذ العقد.

الفرع الثاني: حكم نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي:

تقدم أن مقتضى - الظروف الطارئة، هو إما تعديل العقد، أو إيقافه، أو فسخه، والإيقاف سيأتي بيان حكمه عند الكلام على نظرية القوة القاهرة وبناء عليه يلزم بيان حكم كل واحد من النتيجيتين الأخريتين (التعديل، والفسخ):

(١) المرجع السابق / ١ / ٧٢٠.

(٢) المرجع السابق / ١ / ٧٢٣.

أولاً: حكم تعديل القاضي للعقد:

إن قواعد الفقه الإسلامي، تنص على فحوى هذه النظرية، وتجزئ للقاضي رفع الضرر الحاصل بالعقد، ومن هذه القواعد:

(١) قاعدة: «الضرر يزال»^(١): فالضرر ظلم وغدر والواجب عدم إيقاعه. وإقرار الظالم على ظلمه حرام وممنوع أيضاً فيجب إزالته^(٢) وهنا في هذه المسألة، وقع ضرر على أحد المتعاقدين يجب رفعه، وإزالته، طبقاً لهذه القاعدة، المبنية على قاعدة أعظم وأكبر وهي قاعدة نبوية: (لا ضرر ولا ضرار)^(٣)، فإن التمسك بالحق الذي أعطاه العقد إياه، فيه إضرار بالغير تأباه الشريعة. جاء في مطالب أولي النهى: ويزيل بائع أرض، عروق زرع كانت فيها قبل العقد؛ لأنها تضر بالمشتري والضرر يزال^(٤).

(٢) قاعدة: «الزيادة توجب الرد إلى العادة»^(٥): فالزيادة الواقعة على أحد المتعاقدين؛ توجب الرد إلى العادة، وهو ما يحقق التوازن المالي للعقد، بحيث يرتفع الضرر الناتج بسبب الظرف الطارئ.

(٣) التخريج على الشفعة، وهي: تمليك البقعة جبراً على المشتري بما قام عليه. أو هي حق تملك قهري يثبت للشريك القديم على الحادث فيما ملك بعوض^(٦).

(١) سبق تخريجه.

(٢) ينظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٣٨ / ١.

(٣) سبق تخريجه.

(٤) مطالب أولي النهى ١١١ / ٣.

(٥) ينظر: تبين الحقائق ٥٩ / ١، فتح القدير ١٧١ / ١، البحر الرائق ٢١٥ / ١.

(٦) ينظر: رد المحتار على الدر المختار ١٤٢ / ٥ ط إحياء التراث، التاج والإكليل شرح مختصر خليل ٣١٠ / ٥ ط دار الفكر، شرح مختصر خليل للخرشي ١٦١ / ٦ ط دار صادر، نهاية المحتاج ١٩٢ / ٥ ط مصطفى الحلبي ١٣٥٧ هـ، وعرفها في المغني ١٧٨ / ٥ بأنها: «استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المنتقلة عنه من يد من انتقلت إليه». اهـ وجوازها مجمع عليه، قال ابن المنذر: «أجمع أهل العلم على إثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم أفيما بيع من أرض أو دار أو حائط». الإجماع لابن المنذر، ص ١٣٦.

ووجه التخريج: أن أحد الشريكين إذا أراد أن يبيع نصيبه وتمكن من بيعه لشريكه وتحليصه مما كان بصده من توقع الخلاص والاستخلاص فالذي يقتضيه حسن العشرة أن يبيعه منه ليصل إلى غرضه من بيع نصيبه وتحليص شريكه من الضرر فإذا لم يفعل ذلك وباعه لأجنبي أسلط الشرع الشريك على صرف ذلك إلى نفسه^(١). ففيها إرغام للعاقِد أن يتعاقد، مع شخص معين، وإبطال بيعه للأول، وهذا تعديل للعقد، جاء به الشرع من أجل دفع ضرر العاقِد، فيأبطل العقد الأول، وصرفه إلى عقد آخر، مع متعاقد آخر، أشد من تعديل بعض شروط أو بنود العقد لأجل دفع الضرر، وتتفق المسألتان في جواز تعديل العقد، بجامع دفع الضرر الحاصل باستمرار العقد.

ثانياً: حكم تقرير حق فسخ العقد:

دل على ذلك نصوص الشرع وأُفرع الفقهاء على تلك النصوص:

(١) التراضي في العقد: فقد أمر الله سبحانه وتعالى أن تكون التجارة، والعقود بصفة عامة خاضعة لشرط التراض، كما قال سبحانه: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبُطْلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾^(٢)، ووجود الضرر اللاحق بغير سبب من العاقِد يقدح في جانب الرضى.

(٢) وضع الجوائح: وقد أمر النبي ﷺ بوضع الجوائح^(٣)، وذلك بفسخ العقد، لرفع الضرر الحاصل باستمراره.

(٣) العذر عن الحنفية: فهم يرون جواز فسخ الإجارة لحدوث عذر بأحد العاقدين، ولا يبقى العقد لازماً ويصح الفسخ، إذ الحاجة تدعو إليه عند العذر؛ لأنه لو لزم العقد حيثئذ للزم صاحب العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد. فكان الفسخ في الحقيقة امتناعاً من التزام الضرر،

(١) المغني ٥/ ١٧٨.

(٢) سورة النساء، الآية [٢٩].

(٣) سبق تخرجه.

وله ولاية ذلك. وقالوا: «إن إنكار الفسخ عند تحقق العذر خروج عن الشرع والعقل؛ لأنه يقتضي أن من اشتكى ضرره، فاستأجر رجلاً ليقلعها، فسكن الوجع، يجبر على القلع. وهذا قبيح شرعاً وعقلاً»^(١). جاء في رد المحتار على الدر المختار: «كل عذر لا يمكن معه استيفاء المعقود عليه إلا بضرر يلحقه في نفسه أو ماله يثبت له حق الفسخ»^(٢).

ويقرب منهم المالكية في أصل جواز الفسخ بالعذر، إذ قالوا: لو كان العذر بغصب العين المستأجرة أو منفعتها أو أمر ظالم لا تناله الأحكام بإغلاق الحوانيت المكتراة، أو حمل ظئر - لأن لبن الحامل يضر الرضيع - أو مرضها الذي لا تقدر معه على رضاع، حق للمستأجر الفسخ أو البقاء على الإجارة^(٣).

المطلب الثاني

حكم تعذر إتمام العقد بسبب القوة القاهرة

وفيه فرعان:

الفرع الأول: تعريف القوة القاهرة، والفرق بينها وبين نظرية الظروف الطارئة

وفيه ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: تعريف القوة القاهرة:

تقدم أن القوة القاهرة تعرف: بأنها الحدث الذي لا يمكن توقعه أو تجنبه، وصفته أن يترك الإرادة البشرية دون أي قدرة، ويكون هذا الحدث سبباً للإعفاء من المسؤولية العقدية^(٤).

(١) ينظر: المبسوط للسرخسي ٢/ ١٦، بدائع الصنائع ٤/ ١٩٨، الفتاوى الهندية ٤/ ٤٥٨ ط دار الفكر.

(٢) رد المحتار على الدر المختار ٥/ ٤٩.

(٣) ينظر: الشرح الصغير ٤/ ٥١ ط دار المعارف.

(٤) يرجع إلى المسألة الأولى من الفرع الأول من المطلب الثاني من المبحث الخامس من الفصل الثاني من الباب الأول من هذا الكتاب.

فعند ما يصبح تنفيذ العقد مستحيلا لسبب أو لآخر فنحن أمام حالة القوة القاهرة La force majeure. وهذه الظاهرة التي تسمى أيضا بالحادث الجبري أو المفاجيء تعبر عن مفهوم غير شخصي؛ لأنه حدث لا يتصل بتصرف شخص ما أو مجموعة أشخاص، ويتخذ الحادث هذه الصفة وهذا التكيف عندما يكون غير متوقع لا يمكن مقاومته، وسببه أجنبي، بمعنى أنه لا دخل لإرادة طرفي العقد فيه، فهو يستبعد فكرة الخطأ في تنفيذ الالتزامات. ومن المتوقع كثيرا أن يتعرض طرفي العقد على السواء، البائع أو المشتري، لحالات القوة القاهرة. ويتج عن ذلك استحالة تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد بشكل مؤقت أو بصورة نهائية^(١). ومن هذا يتبين أن نتيجة القوة القاهرة، إما إيقاف العقد إلى حين زوالها، أو فسخ العقد.

المسألة الثانية: الفرق بين نظرية الظرف الطارئ والقوة القاهرة:

تقدم أن الظرف الطارئ، هو ذلك الحادث الذي لا يجعل تنفيذ العقد مستحيلا كما هو الحال في القوة القاهرة، ولكنه ممكن التنفيذ، إلا أن تنفيذه بالشروط التي جاءت بها نصوص العقد تحمل الملتزم بالتنفيذ أعباء مالية وخسارة جسيمة و باهضة النتائج. فهو ينتج عن تغيير جذري بوضع التعاقد بفعل الظروف المحيطة بتنفيذ العقد سواء أكانت اقتصادية، أم اجتماعية، أم سياسية، لها أثر مباشر على التوازن الأساسي للعقد، ومن ثم تقود إلى الإخلال بالتوازن الاقتصادي الذي يجب أن يتمتع به العقد خلال مدة تنفيذه. ولكن يقترب الظرف الطارئ مع القوة القاهرة باعتباره وضعاً جديداً لا دخل لإرادة طرفي العقد في إنشائه، وإنما مصدره أجنبي عنهما، ولا يختص مطلقاً بتصرفاتهما أو سلوكهما المرافق لتنفيذ التزاماتهما. فآثار الظرف الطارئ هي أقل وطأة على حياة العقد من آثار القوة القاهرة. فهو يجعل تنفيذ العقد مرهقا ماليا باهض الثمن بحيث يؤدي إلى خسارة فادحة للملتزم بالتنفيذ بسبب انقلاب توازن العقد. إلا إن هذا الظرف لا يؤثر

(١) ينظر: الوسيط في نظرية العقد "د. عبد المجيد الحكيم" الجزء الأول في انعقاد العقد، شركة الطبع والنشر الأهلية - بغداد ١٩٦٧، ص. ٣٦٢.

على مبدأ استمرار تنفيذ العقد. فبالرغم من التغيير الجذري الذي طرأ على التوازن الاقتصادي للعقد، على الملتزم أن لا يتوقف عن تنفيذ التزاماته طبقاً لما نصت عليه شروط العقد وإلا اعتبر إخلالاً بالعقد توجب عليه المسؤولية. غير أن مبدأ العدالة يقضي - بإعادة النظر في التزامات العاقد لغرض تحقيق الموازنة العقدية و التوفيق بين مصلحة الطرفين. أما القوة القاهرة، فإنها تؤدي إلى تعليق تنفيذ العقد بشكل مؤقت أحياناً، أو بشكل دائم أحياناً أخرى؛ بسبب استحالة التنفيذ المطلقة ومن آثارها انقضاء العقد^(١).

الفرع الثاني: حكم تطبيق نظرية القوة القاهرة على العقد في الفقه الإسلامي؛

تشارك القوة القاهرة مع الظرف الطارئ، في الحكم الفقهي، عند تقرير حالة فسخ العقد، في الحكم، لوقوع الضرر على الجانبين، وبالتالي فإن الواقع والعقل يلزم طرفي العقد الاتفاق على فسخ العقد، فاستمراره يستلزم الضرر عليهما، وبناء عليه يمكن تخريج هذه النظرية - إضافة إلى ما تقدم حكم الظرف الطارئ - على مبدأ الإقالة في العقد^(٢)، فالعاقدان إذا رأيا أن من غير المصلحة الاستمرار في العقد، فالحق في ذلك لهما لا يعدوهما. وبناء عليه فإذا كان من حقهما الاتفاق على الفسخ، فمن باب أولى إعطاء الحق لهما في وقف آثار العقد، إلى حين زوال الحادث المانع، إن كان يرجى زواله، ويمكن تخريج هذه المسألة على قول الجمهور، المتقدم ذكره في خيار السلم، عند تعذر تسليم المسلم بسبب جائحة ونحوها، وفيه: بأن المسلم بالخيار بين أن يصبر إلى أن يوجد فيطالب به أو بين أن يفسخ العقد ويرجع بالثمن إن كان موجوداً أو بمثله إن كان مثلياً وإلا قيمته^(٣).

(١) ينظر: النظرية العامة للالتزام للدكتور أنور سلطان ١/ ٣٨٢.

(٢) يرجع إلى الحاشية رقم (١) ص ٢٠٦.

(٣) يرجع إلى الطريق الثاني من المسألة الأولى من الفرع الأول من المطلب الثاني من المبحث الأول، من الفصل الأول، من الباب الثالث.

الخاتمة



الخاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، وأشهد ألا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمدا عبده ورسوله، صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم تسليما كثيرا، أما بعد:

فلله الحمد أولا وآخرا وما بين ذلك، على ما يسر في إنجاز هذا البحث، وهو المسؤول سبحانه أن يقبل ما كان فيه من صواب، ويتجاوز عن الخطأ والنسيان، وأن يجعل هذا البحث من العمل الصالح الذي ينفع العبد، بعد مزاييلته هذه الدار، إلى دار القرار.

وفي ختام هذا البحث "العقود المبتكرة للتمويل والاستثمار بالصكوك الإسلامية" أشير إلى أبرز النتائج التي توصلت إليها، ثم أنه ببعض التوصيات، التي هي جهد مقل.

فأما أبرز النتائج فهي كالتالي:

- (١) المقصود بالعقود المبتكرة: هي العقود الجديدة المعاصرة، التي لم يسبق تناولها عند الفقهاء السابقين.
- (٢) التعريف المختار للصكوك الإسلامية أنها: إثباتات (قيود أو وثائق) متساوية عند إصدارها، تمثل حصصا شائعة في ملكية أعيان أو منافع أو خدمات على سبيل الانفراد أو الاجتماع بينها أو بين بعضها، مبنية على مشروع استثماري مباح شرعا يدر دخلا.
- (٣) أحكام المعايير العامة للصكوك:
- (أ) حكم التوزيع الدوري على حملة الصكوك المبني على المؤشرات الدولية: أنه لا يجوز.
- (ب) حكم ضمان استرداد رأس المال: يجوز أن يتعهد مصدر الصكوك بشرائها بالشروط الآتية:

١- أن يكون التعهد أو الالتزام في الصكوك القابلة للتداول.

٢- أن يكون التعهد بشراء ما يعرض عليه من قبل حاملي الصكوك.

- ٣- أن يكون الشراء بالقيمة السوقية، أو بما يتفقان عليه.
- ٤- أن يكون الشراء بعد إتمام عملية الإصدار.
- ٥- أن يكون بعقد مستقل عن نشرة الإصدار.
- ٦- ألا يتضمن التعهد بالشراء أي إلزام لحامل الصك ببيعه سواء صراحة أو ضمناً، كأن يقترن التعهد بتاريخ معين.
- (ب) حكم اشتراط الحافز لمدير العملية: يكيف شرعاً بأنه من باب الجعالة. ويمكن تقسيم الصكوك من حيث اشتراط الحافز لمدير العملية إلى قسمين:
- ١- صكوك بيع أعيان أو منافع: فلا وجه لاشتراط حافز له.
 - ٢- صكوك تمثل شراكة أو وكالة بأجرة: يجوز اشتراط الحافز فيها.
- (ج) حكم اشتراط القرض عند نقص الربح عن النسبة المعينة: الراجح هو المنع منه.
- (د) حكم تعهد المدير بشراء الأصول بالقيمة الاسمية: ينقسم تعهد مصدر الصكوك بشراء الأصول بالقيمة الاسمية إلى قسمين:
- القسم الأول: أن يتعهد بشراءها (استردادها) مطلقاً؛ سواء وجد التعدي والتقصير أو لم يوجد، فلا تخلو الصكوك من أحد نوعين:
- الأول: صكوك المشاركة والمضاربة والوكالة بالاستثمار والمرابحة والسلم والمساواة والمزارعة: فهذه الصكوك لا يجوز تعهد المدير بشراء الأصول بالقيمة الاسمية باتفاق أهل العلم المعاصرين.
- ثانياً: صكوك الإجارة: إن هذه الصورة من صكوك الإجارة هي من العينة المحرمة شرعاً.
- القسم الثاني: أن يضمن استردادها بالقيمة الاسمية عند التعدي والتقصير: - وحكم اشتراط الضمان عند التعدي أو التفريط موافق لمقتضى العقد ومؤكد له.

٤) التعريف المختار لعقد البناء والتشغيل والإعادة (B.O.T) هو: - اتفاق بين طرفين أحدهما مالك العقار والآخر يتولى إقامة مشروع عليه، مقابل تملكه لمنفعته مدة معلومة.

٥) أن عقد (B.O.T) لا بد فيه من أربعة أركان: الأول) التعاقدان: وهما طرفا العقد فالأول هو الجهة المالكة لمحل إقامة المشروع سواء أكان الحكومة أم الناظر على الوقف أم أي شخصية أخرى؛ سواء أكانت حقيقية أم معنوية. والثاني: هو الجهة التي تقوم ببناء المشروع وتشغيله والاستفادة من ريعه مدة العقد وتسمى "مدير المشروع". الثاني: الأرض محل المشروع. الثالث: المشروع: وهو الإنشاءات المحددة في العقد. الرابع: الصيغة: وهي الألفاظ التي يصاغ بها العقد.

٦) الراجح في تكييف عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة: أنه عقد استصناع، وأن الاستصناع جائز شرعا.

٧) أن صور تصكيك عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة: يمكن حصرها في صورتين:

الصورة الأولى: إصدار صكوك امتياز البناء والتشغيل والإعادة قبل البدء في المشروع: وفيها يتم إصدار الصكوك عن طريق وسيط مالي يتولى جمع الأموال الناتجة عن هذه الصكوك، ويكون نائبا عن حملة الصكوك في تسليم هذه الأموال وإثبات حقوق المكتتبين في المشروع، كما يكون نائبا عن الشركة المنفذة في القبض، وبهذه الأموال تؤدي الشركة المنفذة التزاماتها في عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة، وتكيف هذه الصورة، على أنها عقد مضاربة.

الصورة الثانية: إصدار صكوك امتياز البناء والتشغيل والإعادة بعد اكتمال المشروع، ويمكن تقسيم هذه الصورة إلى شكلين:

الأول: بعد اكتمال المشروع وقبل التشغيل والإدارة، ويترجح للباحث -والله أعلم - أن العقد بين المكتبتين والجهة الصانعة، في هذا الشكل، يعد عقد بيع مستحدث.

الثاني: بعد اكتمال المشروع وبعد التشغيل والإدارة وفي أثناء المدة، والقول في تكييف البعض كالقول في تكييف الكل.

(٨) أن حكم تصكيك عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة: هو الجواز.

(٩) حكم اشتراط إيداع الدخل في حساب خاص بالصكوك: أنه يوافق مقتضى عقد المضاربة وهو وجوب حفظ المضارب لمال المضاربة والعناية بذلك؛ لذلك فهو جائز.

(١٠) حكم اشتراط الصيانة على الجهة الصانعة وفيه ثلاث مسائل: يرى الباحث أنه لا مانع من اشتراط هذا الشرط.

(١١) حكم اشتراط الضمانات في عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة:

اشتراط حملة الصكوك على الجهة الصانعة ضمان حسن العمل والتشغيل حسب المواصفات والشروط المذكورة في العقد الأساس مع الجهة المستصلحة: يرى الباحث أن هذا الشرط يقتضيه العقد، وبالتالي فلا ريب في جوازه.

أما اشتراط خطاب ضمان بنكي لكل أو بعض قيمة الصكوك عند سحب المشروع بسبب تقصير الجهة الصانعة: - فحكمه لا يخلو من حالين:

الحال الأول: أن يترتب على الجهة الصانعة مصاريف ونفقات مالية كثيرة بسبب هذا الشرط، فلا يخلو أيضا أن تكون هذه المصاريف إما قبل حصول التعدي أو بعده، فحكمه - أيضا - لا يخلو من حالين :

أولا: أن تكون المصاريف والنفقات المالية - بسبب الشرط - قبل وقوع التعدي أو التفريط: فيترجح للباحث أن هذا الشرط فاسد.

ثانيا: أن تكون المصاريف والنفقات المالية - بسبب الشرط - بعد وقوع التعدي أو التفريط.

فإذا كانت المصاريف لا تقع على عاتق المضارب إلا بعد وقوع التعدي أو التفريط منه، فإن الباحث يرى صحة الشرط.

الحال الثاني: ألا يترتب عليه مصاريف ونفقات مالية كثيرة: إذا لم يترتب على خطاب الضمان نفقات مالية كثيرة أو مؤثرة، سواء أكان ذلك الخطاب مجانا أم كان عليه رسوما بسيطة، فإنه يصح هذا الشرط.

(١٢) الشروط في الصورة الثانية من عقد إصدار صكوك التمويل بعقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة:

أولاً: اشتراط حملة الصكوك على الجهة الصانعة تشغيل المشروع وصيانته: هذه المسألة تخرج على مسألة اشتراط نفع البائع في المبيع، أو هو من اشتراط عقد معاوضة في عقد معاوضة، وهو جائز على الراجح.

ثانيا: اشتراط الجهة الصانعة (البائع) على حملة الصكوك أجرة التشغيل والصيانة بخصمها جزئياً من دخل المشروع: يرى الباحث أن هذا الشرط صحيح.

ثالثاً: اشتراط حملة الصكوك الضمانات:

١ - اشتراط حملة الصكوك ضامناً بإتمام تشغيل المشروع إلى نهاية مدة العقد: وانتهى الباحث إلى صحة هذه الشرط.

٢ - اشتراط حملة الصكوك رهناً بقيمة الصكوك أو جزءاً منها: وانتهى الباحث إلى صحة هذه الشرط.

٣ - اشتراط حملة الصكوك ضماناً بنكياً إلى نهاية العقد: وانتهى الباحث إلى صحة هذه الشرط، أيضاً.

(١٣) حكم تداول الصورة الأولى من صكوك عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة:

لا يخلو تداول الصك من حالين:

الأول: أن يكون قبل البدء في المشروع، وقبل أن تصرف الأموال في تنفيذ المشروع، بأن تكون الأموال مازالت نقداً، فالصك في هذه الحال، يمثل نقوداً فتداوله لا يخلو من قسمين:

القسم الأول: أن يتم تداوله - انتقال ملكيته - بغير معاوضة: وهو قسمين أيضاً:

١- تبرع محض: فلا خلاف بين الفقهاء في جواز التبرع بالمال؛ سواء أكان صكاً أم غيره.

٢- قرض: وعلى هذا، فبذل الصك كقرض لا يراد لذاته بل لقيمته، وقيمته لا تحصل إلا بالمعاوضة، فينبني صحة إقراضه على صحة التصرف فيه بالمعاوضة باستفادة المقرض من القيمة.

القسم الثاني) أن يتم تداوله بعقد معاوضة: وينقسم - أيضاً - إلى قسمين:

الأول) بيعه بغير نقد: فلا يخلو أيضاً من نوعين:

١- أن يباع بورقة مالية: فيجوز.

٢- أن يباع بأعيان مثل عقار أو مركبة، فيجوز أيضاً.

القسم الثاني: أن يتم بيعه بنقد: فبيعه بنقد مثله، يجعله عقد صرف، يشترط فيه ما يشترط في الصرف.

الحال الثاني: أن يكون بعد البدء في المشروع، ودخول النقود في تمويل المشروع:

وحكمه حكم بيع الشريك نصيبه في الشركة وهو جائز.

(١٤) حكم تداول الصكوك من الصورة الثانية من صكوك التمويل والاستثمار بعقد

امتياز البناء والتشغيل والإعادة: يرى الباحث جواز تداول الصك في هذه الصورة.

(١٥) الاسترداد بالبيع ويمكن تقسيمه إلى قسمين:

١- الاسترداد الأصلي بالبيع: والمقصود به أن يكون الاسترداد بين المصدر وحملة الصكوك - فهما العاقدان الأصليان -، وحكمه إذا جاز تداول الصك فإنه يجوز استرداده بالبيع.

٢- الاسترداد التبعية بالبيع: والمقصود به أن يكون استرداد الجهة الصانعة - مصدر الصكوك - ناشئ عن قيام الجهة المستصلحة، باسترداد المشروع قبل نهاية مدته. وتقوم جهة الإدارة بناء على ذلك بإدارة المرفق بالطريق المباشر، وتعويض المتعهد التعويض المرضي، وبناء على ذلك تقوم الجهة الصانعة باسترداد الصكوك بشرائها من أصحابها.

(١٦) الاسترداد بالفسخ، وعند فسخ العقد؛ فإن الرد يكون بالثمن الذي اكتتب به ابتداء، وهو القيمة الاسمية أو القيمة المشتراة بها. وللفسخ سببان:

١- الاتفاق أو التراضي.

٢- شرط الخيار. ويكون دخل المشروع أثناء مدة الخيار، معلقا حتى انتهاء مدة الخيار، ما لم يحدث ما يستوجب تحمل الجهة الصانعة لتكاليف ناشئة عن المبيع أثناء مدة الخيار، فيكون لها الدخل.

(١٧) الاسترداد بالإقالة في صكوك التمويل والاستثمار بعقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة، للإقالة فيها نوعان:

الأول: الإقالة الأصلية: وتكون بين حملة الصكوك والجهة الصانعة: ويتحقق الاسترداد بالإقالة في الصورة الثانية من صكوك التمويل والاستثمار بعقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة، وذلك لأن الإقالة تكون في العقود اللازمة التي تلزم بالدخول فيها وتقبل الفسخ بالخيار، أما العقود الجائزة - كما في الصورة الأولى وهي المضاربة -، فلا تدخلها الإقالة.

الثاني: الإقالة التبعية: وهي تكون بين الجهة الصانعة وحملة الصكوك تبعا للإقالة بين الجهة الصانعة والجهة المستصلحة.

(١٨) الراجع أن الاسترداد بالإقالة: يكون بالقيمة المشتراة بها، فإن كانت الإقالة في بداية الاكتتاب فهي بالقيمة الاسمية، وإن كانت بعد التداول فهي بالقيمة المشتراة بها.

(١٩) أن تكييف انتهاء عقد امتياز البناء والتشغيل وإعادة القوة القاهرة: هو بما ورد في السنة وفي كلام الفقهاء، تسميته بالجوائح.

(٢٠) أن مسؤولية طرفي عقد صكوك امتياز البناء والتشغيل وإعادة عند وجود القوة القاهرة في الصورة الأولى: يخسر- رب المال وهم حملة الصكوك رأس مالهم، ويخسر- المضارب جهده وعمله.

(٢١) أن مسؤولية طرفي عقد صكوك امتياز البناء والتشغيل وإعادة عند وجود القوة القاهرة في الصورة الثانية: يمكن قياسها على الجائحة التي تصيب المقائي والباذنجان، والبطيخ، والخضر- الورقية، بعد بيعها، وبناء عليه، فإن الهلاك- في صكوك عقد امتياز البناء والتشغيل وإعادة في الصورة الثانية - يكون على البائع، في المنفعة المستقبلية دون ماضى وقبض حملة الصكوك دخله، فتقيم المنفعة المتبقية بسعر الشراء، وتطرح من القيمة الكلية، وتعاد لحملة الصكوك.

(٢٢) تنتهي صكوك التمويل والاستثمار بعقد امتياز البناء والتشغيل وإعادة بانتهاء المدة المتعاقد عليها.

(٢٣) المفهوم العام للتوريق- كأداة مالية حديثة- يركز على محورين:

الأول: وجود ديون ذات عوائد، غالبا ماتكون مضمونة برهن وأصول مالية قائمة، يشجع المستثمرين على الإقبال عليها. وهذه الديون - في الواقع - هي قروض آجلة الدفع، عليها فوائد شهرية أو سنوية، يسددها المقترض للجهة المقرضة.

الثاني: سبك هذه الديون في أوراق مالية قابلة للتداول.

وتشكل المنشأة ذات الغرض الخاص spv حلقة الوصل بين مالك الدين وهي البنوك غالباً، وبين مشتري الأوراق المالية التي تمثل هذه الديون.

(٢٤) من أساليب التوريق: نقل الأصول بحوالة الحق، نقل الأصول (الديون) عن طريق التجديد، المشاركة الفرعية.

(٢٥) من مخاطر التوريق: التأخر والعجز عن الوفاء، مخاطر ضعف السيولة، مخاطر ارتفاع سعر الفائدة، مخاطر الضمانات، مخاطر إفلاس المؤسسات المالية الضامنة، أو المؤسسات العاملة في التوريق.

(٢٦) إجراءات التوريق الإسلامي للديون (تصكيك الديون أو صكوك التوريق) تتم عبر طريقتين:

الطريق الأول: التوريق الإسلامي للديون الحالية.

الطريق الثاني: التوريق الإسلامي للديون المستقبلية.

(٢٧) أن تكييف التوريق التقليدي للديون هو أنه عبارة عن مبادلة نقد بنقد أكثر منه مؤجل، وهو عين الربا الذي حرمه الله ورسوله وأجمعت الأمة على حرمة.

(٢٨) أن تكييف التوريق الإسلامي للديون الحالية: هو أنه بيع دين بعرض.

(٢٩) أن تكييف التوريق الإسلامي للديون المستقبلية، هو أنها تخرّج على عقد المضاربة.

(٣٠) أن حكم تداول صكوك التوريق التقليدي: محرم تبعا لحرمة ذات الصكوك.

(٣١) حكم تداول صكوك التوريق الإسلامي للديون الحالية، إذا كان بغير عقد

معاوضة فهو جائز.

فإن كان بعقد معاوضة، فلا يخلو تداول هذه الصكوك بأحد الطرق التالية:

الطريق الأول: أن تكون في مقابل منفعة كأجرة لبيت أو أجرة عامل ونحوه: فإذا دفعت في مقابل منفعة، فهذا عقد إجارة، فإن كانت المنفعة مؤجلة، فالراجح جواز تداولها.

الطريق الثاني: أن تكون في مقابل نقد: وتداول الصك على هذا النحو محرم شرعاً مطلقاً.

الطريق الثالث: أن تكون في مقابل سلعة: فلا تخلو السلعة من حالين:

١- أن تكون حالة ففي هذه الحال يخرج تداول هذا النوع من الصكوك، على أنه بيع بضمن مؤجل، لا محذور فيه.

٢- أن تكون مؤجلة ففي هذه الحالة لا يصح؛ لأنها من باب السلم الذي يشترط فيه، قبض رأس مال السلم في مجلس العقد، ورأس المال - يمثله الصك - مؤجل.

(٣٢) حكم تداول صكوك التوريق الإسلامي للديون المستقبلية بعد الدخول في العمل التجاري: إن تم تداولها ببيعها بسلعة، فعلى التفصيل المتقدم، وإن كان بنقد، فيشترط فيه ما يشترط في المصارفة.

(٣٣) التوبة من التوريق التقليدي بناء على خاصية الاسترداد: في السندات التي تتمتع بخاصية الرد يمكن لحامل السند، من رد السند بالقيمة الاسمية، أو أقل منها، فله أن يسترد رأس ماله الذي دفعه بموجب تلك الخاصية، وإذا استرد السند بأقل من قيمته الاسمية أو أقل من القيمة التي دفعها، فيزيد مانقص من الفوائد التي أخذها، حتى يكون بالقدر الذي يسترد فيه كامل رأس ماله دون زيادة أو نقص.

(٣٤) الاسترداد بخاصية الرد في التوريق الإسلامي للديون الحالية: تبين مما سبق أن التوريق الإسلامي للديون الحالية كيف على أنه بيع، والبيع من العقود اللازمة التي يلزم

الطرفين موجبها، وبالتالي فإن اشتراط رد البيع عند الطلب سواء كان من قبل المصدر أو حامل الصك، يخرج على أنه من باب شرط الخيار في البيع، وعند إطلاق الخيار؛ فالراجع أنه يصح العقد ويعدل الشرط، فالخيار المطلق أو المؤبد هنا يخول القاضي تحديد المدة المألوفة في العادة لاختبار مثل السلعة التي هي محل العقد. وأما تصرف المشتري بالسلع في زمن الخيار، فيضمنه، باتفاق الفقهاء.

(٣٥) يصح تطبيق خيار الرد في التوريد الاسلامي للديون المستقبلية، وله حالين:
الحال الأول: تطبيق خيار الرد قبل الشروع في العمل: وفي هذه الحال، يلزم الفسخ ويرد لرب المال (حامل الصك) مادفعه.
الحال الثاني: تطبيق خيار الرد بعد الشروع في العمل: أي بعد أن يتحول رأس المال إلى دين، ففي هذه الحال لا يخلو من أمرين:

١- أن يتحول جميع رأس المال إلى دين: فلا يخلو أيضا أن يكون الدين حالا فيجب على العامل المطالبة وفسخ العقد مع الطالب للرد أو يكون الدين مؤجلا فعندها لا يصح أن يستخدم خيار الرد، لأن الفسخ لا يمكن إذ رأس المال دين مؤجل، ولا يمكن إلا بشراء المصدر لنصيب طالب الرد، وهذا من الربا كما تقدم؛ لما فيه من بيع نقد حال بنقد مؤجل.
٢- أن يكون خيار الرد عند تحول بعض رأس المال إلى دين دون البعض الآخر، فبناء على أن نصيب حامل الصك مشاع، فبالإمكان عده من رأس المال الذي لم يتحول، إذا كان كافيا يطبق فيه خيار الرد، فإن لم يكن غير المتحول كافيا لرد رأس مال حملة الصكوك، فإن الحكم يرجع إلى الأمر الأول.

(٣٦) لا يجوز الاسترداد بخاصية الاستدعاء في التوريد الاسلامي للديون الحالية.
(٣٧) إذا جاز بيع الصك - بجواز تداوله - صح الاسترداد بخاصية الاستدعاء في التوريد الاسلامي للديون المستقبلية.

٣٨) الاسترداد بطريق الإقالة، ينطبق على التوريق الإسلامي للديون الحالية، دون المستقبلية، ولا يخلو من حالين:

الحال الأول: أن يكون طلب الإقالة قبل التصرف في السلع بالبيع: فالإقالة في هذه الحال صحيحة.

الحال الثاني: أن يكون طلب الإقالة بعد التصرف في السلع، فالراجع: صحة الإقالة بعد التصرف في المثل، بشروط:

١- ألا يتوصل بذلك إلى محذور شرعي، كإباحة مسألة ربوية، بأن يبيعه سلعة معينة، ثم يتصرف فيها، ثم يقلبه منها بثلث مؤجل.

٢- ألا يوجد اتفاق على الإقالة قبل البيع؛ لأن هذا الاتفاق يُصير البيع سوريا.

٣- ألا يوجد ما يخل بجانب التراضي في المسألة، كأن يضطر البائع إلى أحد أمرين، إما قبول الإقالة أو ضياع ماله، سيما في البيوع المؤجلة الثمن. وذلك لأن مبنى تصحيح الإقالة هو التراضي بين الطرفين، فإن وقع فيه خلل، لم تصح الإقالة.

٣٩) صكوك التوريق الإسلامي للديون الحالية؛ تنتهي باستلام حامل الصك أقساط المديونية، في آخر أجل لها.

٤٠) انتهاء صكوك التمويل والاستثمار بعقد التوريق الإسلامي للديون المستقبلية: يمكن استخدام طريقتين لإنهاء الصك:

الطريقة الأولى: بالفسخ بعد انتهاء الدروة التجارية، واسترداد الأموال من المدينين.

الطريقة الثانية: يمكن تحديد تاريخ معين لانتهاء الصك - يحتاط فيه - بحيث لا يبلغه إلا بعد عودة رأس المال والأرباح، ويتم قسمتها على ما هو مثبت في نشرة الإصدار.

٤١) الامتياز التجاري (الفرنشايز) هو: عقد بين طرفين يلتزم أحدهما بتمكين الطرف

الآخر من الانتفاع بحق معنوي مقابل عوض مالي خلال مدة محددة.

٤٢) العلامة التجارية هي: ما يوضع على منتج معين بهدف تمييزه عن غيره.

٤٣) يستند المحل في عقد الامتياز التجاري على عناصر أساسية، تكون الباعث

الحقيقي لازدهاره وتقدمه، ويمكن تقسيم المحل المعقود عليه إلى ثلاثة عناصر:

العنصر-الأول: الأسرار التي تستند إليها الطرق والأساليب المتبعة لهذا النشاط

(المعرفة الفنية).

العنصر الثاني: المساعدة التقنية. العنصر الثالث) عناصر الملكية الفكرية.

٤٤) يتضمن العوض في عقد الامتياز التجاري أمرين: الأول: رسم الدخول الثابت،

نسبة من العائدات.

٤٥) عقد الامتياز التجاري يقوم في الغالب على ثلاثة أمور: الأول: الحق المعنوي

ويمثل العلامة التجارية، أو براءة الاختراع ونحوهما. الثاني: الخدمات، أو الخامات،

الثالث: المساعدة التقنية والفنية.

٤٦) كيف الحق المعنوي، بأنه عين وليس منفعة، وله حكم الأموال.

٤٧) تكيف الخامات، أو المنتجات، أو السلع على أنها من قبيل المبيع في عقد البيع، وقد

تكون في حكم المستأجرة.

٤٨) تكيف المساعدة التقنية والفنية: بأنها إما من توابع المعقود عليه، أو أنها من باب

الشروط في العقد لمصلحة العاقد.

٤٩) يختلف تكيف الامتياز التجاري، باختلاف أنواعه.

٥٠) تنوع صكوك الامتياز التجاري إلى نوعين: أ) صكوك امتياز تجاري تحت

التأسيس، وتكييفها مثل تكيف العلاقة بين طرفي عقد امتياز تجاري. ب) صكوك عقد

امتياز تجاري قائم، وتكيف على أنها إما أن تكون شركة عنان أو مضاربة.

٥١) أن تداول صكوك امتياز تجاري تحت التأسيس، يختلف حسب نوع الامتياز وتكييفه الشرعي، فإن كان عقد بيع، كعقد امتياز التوزيع، فإن حكم تداوله حكم التصرف بالمبيع الموصوف قبل قبضه مثل التصرف في المسلم فيه قبل قبضه.

وإن كان يمثل عقد إجارة، كامتياز الخدمات، فإن الراجح جواز إجارة المشاع لغير الشريك؛ لذلك يصح تداول هذا النوع من الصكوك.

٥٢) لآمانع شرعي من تداول صكوك امتياز تجاري قائم.

٥٣) لاسترداد صكوك التمويل والاستثمار بعقد امتياز تجاري تحت التأسيس، بالبيع له صورتان:

الصورة الأولى: بيع العقد لجهة ثالثة بالسعر الذي يتفق عليه.

الصورة الثانية: استحواذ الشركة أو الجهة مالكة الامتياز التجاري على عقد الامتياز التجاري الفرعي، بالسعر الذي يتفق عليه. وبناء عليه عند الاتفاق على السعر العادل، يقوم مصدر الصكوك ببيع المشروع إلى الجهة المانحة، ثم يتم تحديد سعر الصك، ثم تتم المرحلة الأخيرة وهي استرداد الصكوك جميعها.

٥٤) يجوز استرداد صكوك التمويل والاستثمار بعقد امتياز تجاري تحت التأسيس بالفسخ، عندما يتبين أن السلع المقدمة من قبل المانح تحتوي عيوباً ظاهرة، أو خفية تضعف تسويق تلك السلع، أو عند تخلف المانح عن تنفيذ التزاماته الواردة في العقد، بناء على الراجح من أقوال الفقهاء، بجواز الفسخ عند تقصير الطرف الآخر في تنفيذ التزاماته. والفسخ خاضع بالدرجة الأولى للنظر المصلحي، مع توافر الإحاطة القانونية، والاقتصادية التامة، بالمشروع، وما ينبغي التصرف به في هذه الحال، من الاستمرار، أو الفسخ، مع المطالبة بالتعويض.

٥٥) يصح استرداد صكوك التمويل والاستثمار بعقد امتياز تجاري قائم، بالبيع والفسخ، لكن أقوال الفقهاء متفقة - عند التحقيق - على منع استخدام الحق في الفسخ لأجل الإضرار بالطرف الآخر، وأنه متى تبين ذلك منع منه.

٥٦) أن صكوك التمويل والاستثمار بعقد الامتياز التجاري تنتهي بانتهاء عقد الامتياز التجاري، الذي ينتهي إما بانتهاء الحماية القانونية، للحق المعنوي، أو بمضي المدة، فإن كان محدداً بمدة، فالصكوك تنتهي بانتهائها، وإن لم يكن فالأنظمة والقوانين المختصة، تحدد مدة الامتياز عرفاً. كما أن الصكوك تنتهي بانتهاء مدتها المحددة في نشرة إصدارها وإن كان العقد مستمراً.

٥٧) أن التعريف المختار لصكوك الوكالة بالاستثمار أنها: إثباتات (قيود أو وثائق) متساوية عند إصدارها، تمثل حصصاً شائعة في رأس مال يتم تنميته عن طريق استئابة جهة خبيرة على جهة الإطلاق أو التقييد.

٥٨) كيف صكوك الوكالة بالاستثمار بأنها عقد وكالة بأجر أو جعل، وهذا العقد جائز باتفاق المذاهب الأربعة.

٥٩) أن الحكم بلزوم عقد صكوك الوكالة بالاستثمار من عدمه راجع إلى العقد الذي اقترن بعقد الوكالة، فإن كان لازماً غلب جانب اللزوم؛ لقوة العقد اللازم، وإن كان جائزاً فهو كذلك، وذلك لاتفاق الفقهاء على أن عقد الوكالة عقد جائز، يحق لأي من طرفي العقد فسخه. وبناء عليه فهو إما أن يقترن بعقد الإجارة وهو لازم، أو بعقد جعالة وهو عقد جائز في الجملة.

٦٠) أبرز الشروط والضوابط اللازم توافرها في صكوك الوكالة بالاستثمار:

الشرط الأول: أن يبذل الموكل الوسع والجهد والعناية اللازمة لنجاح عملية

الاستثمار.

الشرط الثاني: أن يلتزم الوكيل بإنشاء سجل خاص بحركة استثمار أموال المكتتبين، وتوثيقها لدى مكتب محاسب قانوني معتمد من الموكل (حملة الصكوك) وتزويد الموكل بتلك المعلومات.

الشرط الثالث: الالتزام بنقل آثار العقد إلى الموكل.

الشرط الرابع: تحديد المعاملات الآجلة بمبلغ معين.

الشرط الخامس: ضمان الوكيل للموكل، التزام المتعاقد معه الوفاء بالتزاماته.

(٦١) الراجع عدم جواز التأمين التجاري.

(٦٢) جواز صيغة الصكوك التأمينية التي ابتكرها الباحث.

(٦٣) تداول صكوك الوكالة بالاستثمار العادية، إذا كانت تمثل نقدا له حكم الصرف، وإن كانت تمثل موجودات وأعيانا وديونا، والموجودات أغلب فيجوز تداولها بالمعاوضات، ما لم تكثر الديون فينطبق عليها حكم تداول الديون سواء أكانت نقدا، أم سلعا.

(٦٤) يجوز تداول صكوك الوكالة بالاستثمار التأمينية، بعد دخول أموال المكتتبين في الاستثمار.

(٦٥) يتم استرداد صكوك الوكالة بالاستثمار بالبيع، أو الفسخ الذي قد يكون بالشرط في الوكالة بالاستثمار اللازمة، وقد يكون من طرف واحد في الوكالة بالاستثمار الجائزة.

(٦٦) يصح الاسترداد بالإقالة في الوكالة بالاستثمار اللازمة، بالقيمة الاسمية.

(٦٧) تنتهي صكوك الوكالة بالاستثمار بمضي المدة المحددة التي يجب أن يراعى فيها؛ إن كان الاستثمار في مشروع معين، أو غير معين.

(٦٨) ينبغي أن يجمع في صكوك الوكالة بالاستثمار التأمينية بين أمرين:

(أ) تحديد المدة عندما يكون العقد لازماً؛ لأن العمل في هذه الحال يكون مطلقاً، في جميع التجارات.

(ب) أن تكون تلك المدة طويلة نوعاً ما؛ لأجل أن تتمكن هذه الصكوك من أداء دورها التأميني، وانتفاع حملة الصكوك بها.

٦٩) تعرّف الشركة المساهمة بأنها شركة عقد على مال وعمل بقصد الربح، ذات رأس مال كبير، مقسم إلى أسهم متساوية القيمة، قابلة للتداول، ولا يسأل المساهم إلا بقدر أسهمه، ويتولى إدارتها وكلاء منتخبون من قبل مالكي الأسهم.

٧٠) تكييف التحول أو الاستبدال بأسهم في الصكوك القابلة لذلك: إذا وقعت عملية التحول أو الاستبدال، في الصكوك القابلة لذلك فإنه يتم مبادلة الصك - وهو من جملة الأموال كما تقدم - بالسهم وهو عرض مالي أيضاً، وبناء عليه، يصدق على هذه العملية: أنها عقد من عقود البيع الجائزة.

٧١) يكيف خيار الاستبدال أو التحويل في الصكوك القابلة لذلك: أنه من قبيل اشتراط عقد معاوضة في عقد معاوضة، والراجح جوازه. ويمكن تخريجه على مسألة: من باع جارية وشرط على المشتري إذا أراد بيعها، أن يبيعها على البائع بالثمن الذي أخذها به منه. لأن في كلا المسألتين شرط بالبيع للبائع في عقد معاوضة، فالصك قد اشترط المشتري أن له حق تحويل أو تبديل (بيع) صكه بأسهم، كشرط بائع الجارية إذا أراد المشتري بيعها، أن يبيعها له بمثل الثمن الأول.

٧٢) التعريف المختار لصكوك السلم أنها: إثباتات (وثائق أو قيود الكترونية) متساوية القيمة، تمثل سلعا مؤجلة موصوفة في الذمة، معجلة الثمن.

٧٣) يجوز تأخير تسليم رأس مال السلم تأخيراً يسيراً عرفاً.

(٧٤) أن الراجع في مسألة اشتراط تأجيل المسلم فيه، هو صحة السلم الحال.

(٧٥) الراجع أنه لا يشترط وجود المسلم فيه وقت العقد.

(٧٦) أن مكان إيفاء المسلم فيه إذا تم تعيينه في العقد، يلزم الوفاء فيه. وأن النظر في

اشتراط مكان الإيفاء يخضع لواحد من شيئين:

١ - مصلحة العقد، التي التزامها يدفع ضرر المنازعة والمخاصمة، فإن كانت مصلحة

العقد تستلزم تعيين المكان، لزم ذلك واشترط، وإلا فلا.

٢ - مقتضى العرف؛ لأن الشرع لم ينص على الوجوب من عدمه، بل سكت عنه،

وسكوت الشارع عنه، يرجع فيه إلى العرف.

(٧٧) أن الإيجاب والقبول عند طرح إصدار صكوك السلم لا يخلو من طريقتين:

(أ) طريق العرض: وهذه الطريقة هي الأكثر والأشهر وهي: أن تكون صياغة نشرة

الإصدار لمجرد العرض، والتعريف بالإصدار وشروطه، وحقوق والتزامات كل طرف

من أطراف الإصدار، فبناء على مذهب الأحناف، يكون الاكتتاب في الصكوك بمثابة

الإيجاب، وموافقة الجهة المصدرة على تخصيص الصكوك للمكتبتين بمثابة القبول. أما على

مذهب الجمهور فإن القبول هنا يتقدم على الإيجاب كونه صادرا من المملك للسلعة،

وهم جمهور المكتبتين، والإيجاب يكون عند موافقة الجهة المصدرة على تخصيص الصكوك.

(ب) طريقة الإيجاب المباشر: وهي أن يكون طرح الجهة المصدرة لنشرة الإصدار،

للاكتتاب وليس للعرض، فيكون هذا الطرح بمثابة الإيجاب، والاكتتاب فيها بمثابة

القبول.

(٧٨) أن الراجع هو جواز هبة الدين، وبالتالي يصح تداول صكوك السلم، عن طريق

الانتساب.

(٧٩) الراجح أنه يجوز بيع المسلم فيه لغير المسلم إليه قبل قبضه بشرطين:

(أ) ألا يكون المسلم فيه طعاما.

(ب) ألا يربح فيه، بأن يبيعه بأكثر من ثمن المثل.

وبالتالي يصح بيع صكوك السلم - إن كانت تمثل المسلم فيه - بهذين الشرطين.

(٨٠) إن كان تداول الصك كان بعرض لا بنقد فيجوز تداوله؛ بأن يقيم المسلم فيه -

لا الصك، لأن التداول على الصك قد يرفع قيمته أو يخفضها عن الأشياء التي يمثلها وهي المسلم فيه - بسعر السوق، وقت التبائع، ثم يتم البيع على وفقه.

(٨١) لا مانع أن يذكر في نشرة الإصدار أن للمكتتب الحق في استرداد قيمة الصك

(المدفوعة) خلال مدة ثلاثة أيام مثلا، بشرط أن يكون المبلغ المدفوع في الصك عند أمين

غير المسلم إليه، كوكيل الإصدار، ولا يتم التصرف فيه، حتى ينقضي - زمن الخيار، وذلك

خروجا من المحذور الذي أشار إليه المالكية بالأيقنم النقء: لئلا يكون ذريعة لسلف

وبيع، أو قرض جر نفعا.

(٨٢) الراجح أنه يثبت للمسلم الخيار إذا تعذر تسليم المسلم فيه عند المحل، وبالتالي

يعطى حملة الصكوك الخيار - عند تعذر تسليم المسلم فيه - بين استرداد الصك بالفسخ، أو

الصبر لحين توفر المسلم فيه.

(٨٣) يجوز الاسترداد بالإقالة، في صكوك السلم.

(٨٤) أن الاعتياض عن المسلم فيه بغيره جائز بشروط أربعة:

(أ) أن يكون المسلم فيه مما يباع قبل قبضه.

(ب) أن يكون العوض عن المسلم فيه، مما يجوز أن يسلم فيه رأس المال.

(ج) أن يكون العوض معجلا، غير مؤجل.

(د) أن يكون بيع المسلم فيه بسعر وقت البيع.
وبالتالي يصح أن يذكر في نشرة الإصدار: أن للمكتب أن يطلب استبدال أو تحويل الصك إلى أسهم بمعدل تحويل كذا، وبسعر تحويل كذا، وذلك بعقد جديد مستقل عن عقد السلم، يلزم فيه الاتفاق بين الأطراف، قبل قبض المسلم فيه، وبعد تاريخ كذا..

(٨٥) تنتهي صكوك السلم بأحد أربعة أمور:

(أ) الفسخ.

(ب) الإقالة.

(ج) استبدال المسلم فيه بعوض حاضر.

(د) إيفاء المسلم فيه: ويتحدد ذلك، بتاريخ الاستحقاق المثبت في نشرة الإصدار، وهو الأجل المعلوم، الذي يجب فيه تسليم المسلم فيه، لحملة الصكوك (أرباب السلم)، ويلزم في هذا التاريخ إحضار المسلم فيه على الصفة المشروطة باتفاق الفقهاء.

(٨٦) التعريف المختار لصكوك المساقاة أنها: إثباتات (قيود أو وثائق) متساوية عند

إصدارها، تمثل عقد عمل للعناية بأشجار، مقابل جزء من الثمرة.

(٨٧) الراجح أن المساقاة مشروعة مطلقاً في كل شجر ذي نفع.

(٨٨) أن هناك طريقان لتصكيك عقد المساقاة:

الطريق الأول: أن يكون المصدر لتلك الصكوك وهو صاحب الأرض (مالكها أو

مالك منافعها) التي فيها الشجر، والمكتتبون فيها يمثلون العامل أو المساقى في عقد

المساقاة، وحصيلة الاكتتاب هي تكاليف العناية بالشجر.

الطريق الثاني: أن يكون المصدر هو المساقى (صاحب العمل) والمكتتبون هم أصحاب

الأرض، ويستحق حملة الصكوك الحصة المتفق عليها مما تنتجه الأشجار.

٨٩) وبتطبيق ركن الصيغة على الطريقتين السابقين لتصكيك عقد المساقاة، فإن الباحث يتوصل إلى أن الصيغة في الطريق الأول: هي نشرة الإصدار، وفي الطريق الثاني: هي عقد المساقاة، وأما نشرة الإصدار فتتضمن توكيل كل من حملة الصكوك لمدير الإصدار، وتوكيل الشركة الخبيرة للشركة ذات الغرض الخاص بكافة العمليات اللاحقة.

٩٠) الراجع أن المساقاة عقد جائز غير لازم.

٩١) الشروط في عقد إصدار صكوك المساقاة، وأحكامها:

أولاً: يجوز اشتراط تسويق الثمر الناتج عن المساقاة على العامل.

ثانياً: لا يجوز اشتراط دفع الالتزامات على الأرض، للجهات الحكومية، ويقع هذا الالتزام على رب الأرض.

ثالثاً: يجوز اشتراط رب المال على العامل نوعية الأسمدة، وطريقة حماية الأشجار والثمار، كاشتراط السجاد والوقاية العضوية.

٩٢) حكم تداول صكوك المساقاة في الطريق الأول، فلا يخلو ممايلي:

أولاً: أن يكون تداول الصك، قبل العمل أو بالأحرى قبل التعاقد مع الشركة الخبيرة، أو قبل التصرف بأموال الصكوك، ففي هذه الحال، الصك يمثل نقداً، فيخضع لشروط التعامل بالنقد، كما تقدم.

ثانياً: أن يكون بعد الشروع في العمل، أو بعد تعيين الشركة الخبيرة، والتعاقد معها، أو بعد التصرف في الأموال أو بجزء منها، فالصك - في هذا الطريق من صكوك المساقاة - له ثلاثة أحوال:

الحال الأولى: قبل ظهور الثمرة: يحتمل القول بجواز تداول الصك بقيمته الاسمية (المبلغ الذي دفعه حامل الصك عند الاكتتاب)، قبل ظهور الثمرة.

الحال الثانية: بعد ظهور الثمرة، وقبل بدو الصلاح، فلا يجوز التداول إلا بشرط القطع، وهو متعذر.

الحال الثالثة: بعد ظهور الثمرة وبعد بدو الصلاح، فإن الصك أصبح يمثل نصيب العامل (حملة الصكوك) من الثمرة، وقد بدا صلاحه، فإنه يصح بيعها، وبالتالي يصح تداول الصك.

٩٣) حكم تداول صكوك المساقاة في الطريق الثاني: يجوز تداول صكوك المساقاة بعد قفل باب الاكتتاب وتخصيص الصكوك وبدء النشاط إذا كان حملة الصكوك مالكي الأرض.

٩٣) استرداد صكوك المساقاة بالبيع، له حالان:

الحال الأولى: الاسترداد بالبيع لغير مالك الأرض: بناء على أنه إذا جاز تداول الصك بالبيع، جاز مع المصدر وغيره، فإنه يجوز استرداد صكوك المساقاة، إذا جاز تداولها على التفصيل المتقدم.

الحال الثانية: الاسترداد بالبيع لمالك الأرض: وهذا يقع في الطريق الأول من صكوك المساقاة، وبما أن الراجح من أقوال الفقهاء، أنه يصح بيع الثمر، من غير شرط القطع إذا كان لمالك الأرض، فإنه يصح للعامل (حملة الصكوك) بيع الثمرة بعد خروجها وقبل بدو الصلاح، للمصدر، وهذا يقتضي جواز استردادها في هذه الحال.

٩٤) استرداد صكوك المساقاة بالفسخ:

الفسخ يتأتى على مذهب القائلين بعدم لزوم عقد المساقاة، ويمكن تقسيم الفسخ إلى قسمين:

القسم الأول: الفسخ قبل ظهور الثمرة: فإن كان الذي فسخ هو العامل فلا شيء له. وإن كان الفسخ من المالك فعليه أجر المثل للعامل.

القسم الثاني: الفسخ بعد ظهور الثمرة: لا يصح الاسترداد بعد ظهور الثمرة، إلا بطريق الإقالة.

٩٥) الاسترداد بالإقالة عند من قال بلزوم عقد المساقاة بعد العمل وقبل ظهور الثمرة، فلا شيء للعامل سواء أكانت الإقالة من قبل العامل أم مالك الأرض. وهذا، يُرجَّح أن عقد المساقاة عقد جائز.

٩٦) الاسترداد بالإقالة في الطريق الثاني من صكوك المساقاة: يتم عبر أربعة مراحل: المرحلة الأولى: مرحلة وقوع الإقالة.

المرحلة الثانية: مرحلة استئجار من يقوم على الشجر حتى يثمر.

المرحلة الثالثة: مرحلة بيع الثمر.

المرحلة الرابعة: مرحلة بيع الأرض أو الشجر، واسترداد الصك، بمجموع ثمن البيعين.

٩٧) تصح الإقالة على قول أو الفسخ على القول الآخر، بعد حصول الثمرة ويلزم منه أمران:

(أ) أن حق العامل في الثمرة لا يسقط.

(ب) أنه يلزم العامل إتمام العمل، فإن لم يعمل حسبت أجرة العمل من نصيبه، وهذا المفهوم من الإلزام، فإن كان ثمة شروط في العقد، فإنها تسقط بالفسخ، ويرجع فيه إلى الأصل في عقد المساقاة.

٩٨) تنتهي صكوك المساقاة بأحد أمرين:

الأول: إن كانت محددة المدة، فتنتهي بمضي المدة، ويشترط في المدة أن تكون إلى وقت الإدراك.

الثاني: إن لم تكن محددة المدة، فلا يخلو إما أن تقع على عمل متعلق بالثمر كالجذاذ، أو تسويق المنتج فيصح، وتنتهي إليه، وإما أن يقع إلى غير مدة فينصرف الإنتهاء إلى:

(أ) أول الثمرة كما عند الحنفية.

(ب) إلى الجذاذ كما عند المالكية والحنابلة، وهو الذي يرجحه الباحث؛ لأن المساقاة شركة في الثمر، وقبل الجذاذ لم يتحقق المقصود منها.

٩٩) التعريف المختار لصكوك المزارعة أنها: إثباتات (قيود أو وثائق) متساوية عند إصدارها، تمثل عقد عمل في أرض، مقابل جزء مشاع، مما يخرج منها.

١٠٠) الراجع من أقوال الفقهاء، جواز عقد المزارعة مطلقاً.

١٠١) في المزارعة الراجع عدم اشتراط كون البذر من أحد من العاقلين.

١٠٢) هناك طريقتان لتصكيك عقد المزارعة:

الأول: المصدر لتلك الصكوك هو صاحب الأرض، مالکها أو مالک منافعها، والمكتتبون فيها هم المزارعون في عقد المزارعة أصحاب العمل بأنفسهم أو بغيرهم، وحصيلة الاكتتاب هي تكاليف الزراعة.

الطريق الثاني: أن يكون المصدر هو المزارع (صاحب العمل) والمكتتبون هم أصحاب الأرض (المستثمرون الذين اشترت الأرض بـ حصيلة اكتتابهم)، ويملك حملة الصكوك الحصة المتفق عليها مما تنتجه الأرض.

١٠٣) يترجح للباحث: أن عقد المزارعة عقد جائز.

١٠٤) يترجح للباحث جواز اشتراط الحصاد والرفع إلى البدر، والدياس، والتذرية ونحوها على العامل.

١٠٥) يترجح للباحث جواز اشتراط تسويق المحصول الناتج، على المزارع أو على مالک الأرض.

(١٠٦) يترجح للباحث جواز اشتراط مخلفات الزراعة، كالتبن ونحوه لأحد العاقدين.

(١٠٧) لا يجوز اشتراط الضمان على العامل باتفاق الفقهاء من المذاهب الأربعة.

(١٠٨) إذا كان حملة الصكوك يمثلون مالكي الأرض في عقد المزارعة فيجوز تداولها بعد قفل باب الاكتتاب وتخصيص الصكوك وبدء النشاط.

(١٠٩) إذا كان حملة الصكوك يمثلون المزارع: فلا يجوز أن يبيع الصك بأكثر من قيمته الاسمية.

(١١٠) تنتهي صكوك المزارعة، بانتهاء مدة الصكوك، أو بانتهاء الدورة الزراعية أو إلى الحصاد أو الجذاذ.

(١١١) أن الراجح فقها والمعمول به نظاماً أن الدعوى ترفع في مكان المدعى عليه.

(١١٢) يجوز باتفاق الفقهاء من المذاهب الفقهية الأربعة، تخصيص القاضي بنوع معين من الخصومات، أو إطلاقها.

(١١٣) اختصاص الفصل في قضايا الصكوك بين جميع الأطراف ذوي العلاقة، يرجع إلى أحد نوعين:

الأول: المحاكم التجارية، إذا كان النزاع بسبب:

١- شراكة: لأن حملة الصكوك يعدون شركاء في العقد الذي يمثله الصك.

٢- عمل تجاري أصلي: وهو الذي تمثله العقود التي يبنى عليها الصك، وهدفها الربح.

الثاني: المحاكم العامة، إذا كان النزاع بسبب:

١- عقار، فالنزاعات المتعلقة بالعقارات، لا تدخل ضمن الأعمال التجارية، وإن كانت

تهدف إلى الربح، بناء على نص المادة الثالثة من نظام المحكمة التجارية.

- ٢- عمل زراعي بين المزارع ورب الأرض، بناء على نص المادة المذكورة.
- (١١٤) إذا أفلس مصدر الصكوك، وقد ترتب في ذمته أموال حملة الصكوك، أو لمن يجري التعامل معهم بالعقود المختلفة، فإنه يتم إعلان إفلاسه، والحجر عليه، وتستوفي حقوق الدائنين من موجودات الشركة، وأصولها، وديونها.
- (١١٥) هلاك المبيع كله قبل القبض بأفة سماوية، لا يخلو إما أن يكون عدم القبض بتفريط أو امتناع من البائع، أو من المشتري، أو ليس من أحدهما، فأما الأول، فالذي يظهر للباحث أنه من ضمان البائع، وإن كان التفريط من المشتري في القبض فإنه يقع الضمان على المشتري، ويذهب الثمن للبائع، وإن لم يقع التفريط من أحدهما، فإن الأصل الذي جاء به الشرع، هو وضع الجوائح وأن الهلاك يقع على البائع، ويفسخ البيع.
- (١١٦) الراجح أن تلف المبيع بفعل أجنبي فعليه ضمانه، والمشتري بالخيار.
- (١١٧) إن كان الهلاك قبل القبض بفعل البائع فهو من ضمانه.
- (١١٨) أن تلف كل المبيع بعد القبض لا يفسخ به البيع، والهلاك يكون على المشتري وعليه الثمن؛ سواء أكان التلف بأفة سماوية أم بفعل المشتري، وإذا كان التلف بفعل أجنبي فإنه يرجع المشتري على الأجنبي بضمانه.
- (١١٩) اتفق الفقهاء من المذاهب الأربعة على أن العامل في المساقاة والمزارعة، أمين لا يضمن إلا بالتعدي أو التفريط.
- (١٢٠) إذا تم الاكتتاب في الصكوك، وأودعت في البنك، وتم إبرام عقد معاوضة، فتلفت النقود بأي سبب كان، فإن العقد يفسخ، لفوات الثمن؛ لأنه أحد العوضين فيفسخ بفواته قبل القبض كالعوض الآخر.
- (١٢١) إذا تلف بعض رأس المال، في عقود الشركة؛ فإنه يجبر من الربح، قبل القسمة.

(١٢٢) إذا تصرف المضارب في المال بغير إذن رب المال - سواء أكان الإذن عاما أم خاصا-، كما لو دفع المال مضاربة إلى غيره؛ فإنه يضمنه باتفاق الفقهاء.

(١٢٣) نتيجة الظروف الطارئة على العقد، أحد أمرين:

(أ) تعديل العقد، وذلك بإعادة التوازن له؛ برفع أو تقليل بعض الالتزامات الناتجة عنه.

(ب) إيقاف تنفيذ العقد، إلى زوال الظرف الطارئ إن كان يرجى زواله.

ويجب التنبيه هنا، في أن أي تعديل يقوم القاضي بعمله بموجب نظرية الظروف الطارئة، يعطي الخيار، للطرف الذي تم التعديل على حسابه، في أن يستمر في العقد أو يفسخه، ويرى الباحث، أن هذا الخيار ليس على إطلاقه، فللقاضي أن يلزم بالتعديل المراد، إذا كان فيه دفع للضرر أو تقليله، وذلك إذا كان في إعطاء العاقد الآخر حق الفسخ؛ ضرر مثل أو أكبر من الضرر الناتج عن الظرف الطارئ.

(١٢٤) شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة على العقد:

الشرط الأول: أن تجدد بعد إبرام العقد، حوادث استثنائية عامة.

الشرط الثاني: أن تكون الحوادث الاستثنائية العامة، ليس في الوسع توقعها - أثناء

إبرام العقد - ولا دفعها أثناء تنفيذ العقد.

الشرط الثالث) أن تجعل هذه الحوادث تنفيذ العقد مرهقا لا مستحيلا.

(١٢٥) يرى الباحث مشروعية تطبيق نظرية الظروف الطارئة على العقد.

(١٢٦) يجوز تطبيق نظرية القوة القاهرة على العقد في الفقه الإسلامي.

وأختتم هذه النتائج لهذا البحث ببعض التوصيات، ومنها:

(١) من خلال هذا البحث، حاولت أن أشق الطريق، للباحثين وطلبة العلم، أن

يبتكروا الجديد من العقود الشرعية، على أن نتجاوز عقدة الطرق الاقتصادية الربوية؛ لذا

أوصي الفقهاء والباحثين بالشأن الاقتصادي، المضي - قدما في بحث كثير من المسائل التفصيلية التي تركت التعمق فيها، في ثنايا هذا البحث لتشعبها.

(٢) إن مسائل الصكوك، من أكثر المسائل التي لم تبحث - في رأي الباحث - بحثا معمقا، ولم تصل إلى درجة تفصيل وتخطيط هيكلية الإصدار، بما لا يدع سبيلا للخروج بعقد الصكوك من الحقيقة إلى الصورية؛ لذا فإن الباحث يوصي بأن يتم دراسة الصكوك دراسة تخصصية معمقة لكافة تفاصيل الإصدار وجميع الأطراف المشاركين فيه، والمتعلقين به، وبحث جميع الشروط والتمويلات المصاحبة له، قبل البدء بتطبيقه ولأمانع من أن تنشأ لذلك هيئات متخصصة بالصكوك الإسلامية تابعة لهيئات الأسواق المالية.

(٣) من المسائل التي أوصي أن تفرد بأبحاث ورسائل منفردة - فيما يتعلق بالصكوك - ما يسمى بحوكمة الصكوك، فهو نظام فاعل في تحقيق الإطمئنان لدى المتعاملين في الصكوك الإسلامية لاسيما ما يتصل بشرعيتها.

(٤) إن حجم إصدارات الصكوك في تزايد مستمر محليا وعالميا؛ لذا فإنه بات من الضروري إصدار نظام خاص، يعين المستثمر وطالب التمويل في معرفة الحقوق والواجبات التي يلتزمها كل مشارك في عملية الإصدار.

(٥) أوصي بمراجعة الكثير من إصدارات الصكوك، من الناحية الشرعية، وفي الحلال ما يغني عما حرم الله، كما أوصي بإنشاء وتفعيل الهيئات الرقابية على الصكوك من الناحية الشرعية والمالية، وألا يكتفى بلجنة الفتوى بجواز الإصدار.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه

وسلم.

الملاحق



الملاحق

وتتضمن:

(١) هياكل الصكوك الواردة في الرسالة.

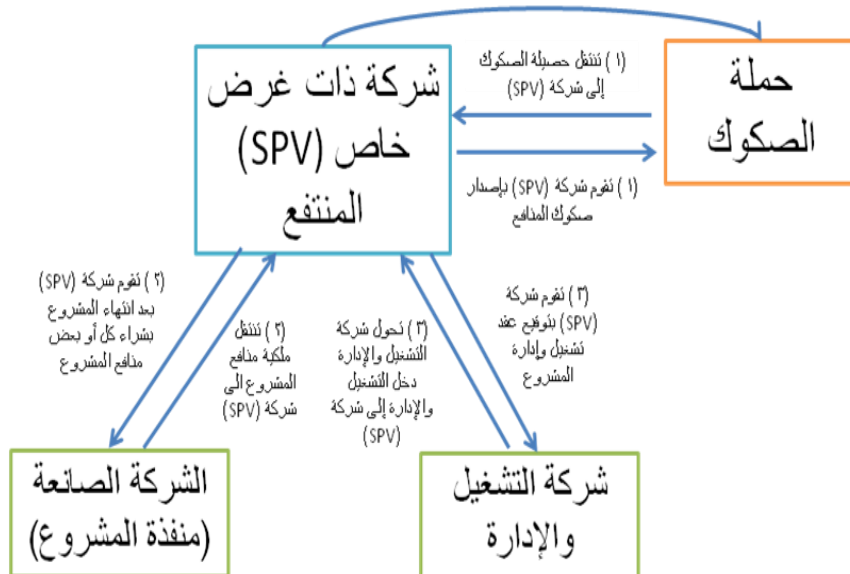
(٢) نسخة من نشرة إصدار صكوك السلم الحكومية الصادرة من حكومة البحرين و

العقود التابعة لها.

هياكل الصكوك الواردة في الرسالة

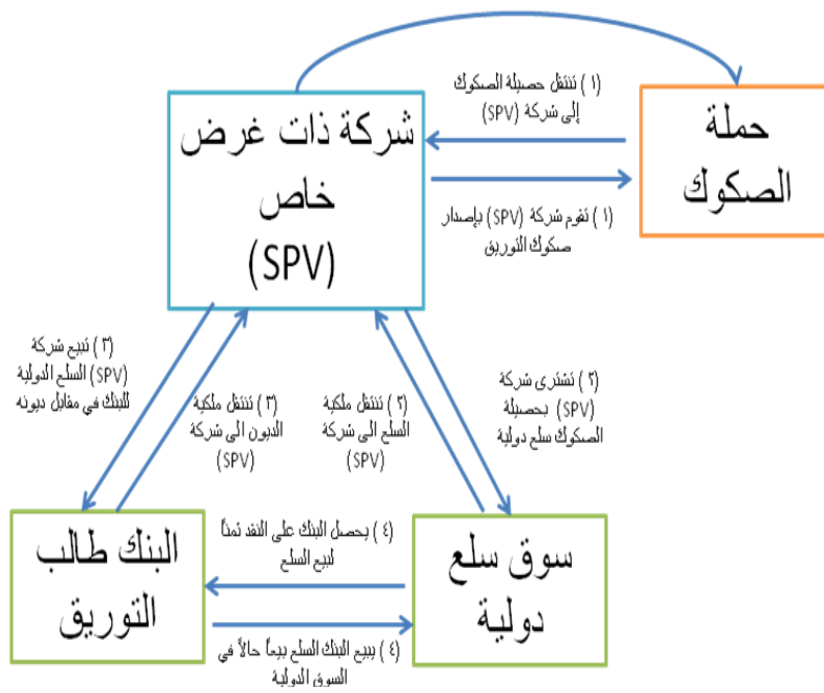
تصديق عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة (الصورة الثانية)

(٤) تقوم شركة (SPV) بدفع صافي دخل التشغيل والإدارة بشكل دوري
لحملة الصكوك



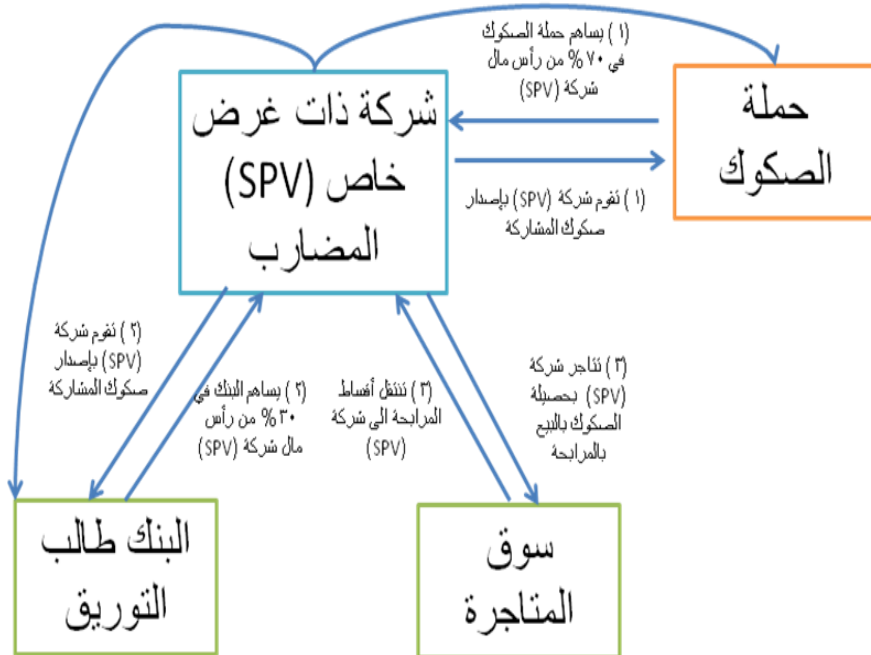
توريق الديون الحالية

(٥) نفوم شركة (SPV) يدفع الديون المحصلة دورياً لحملة الصكوك



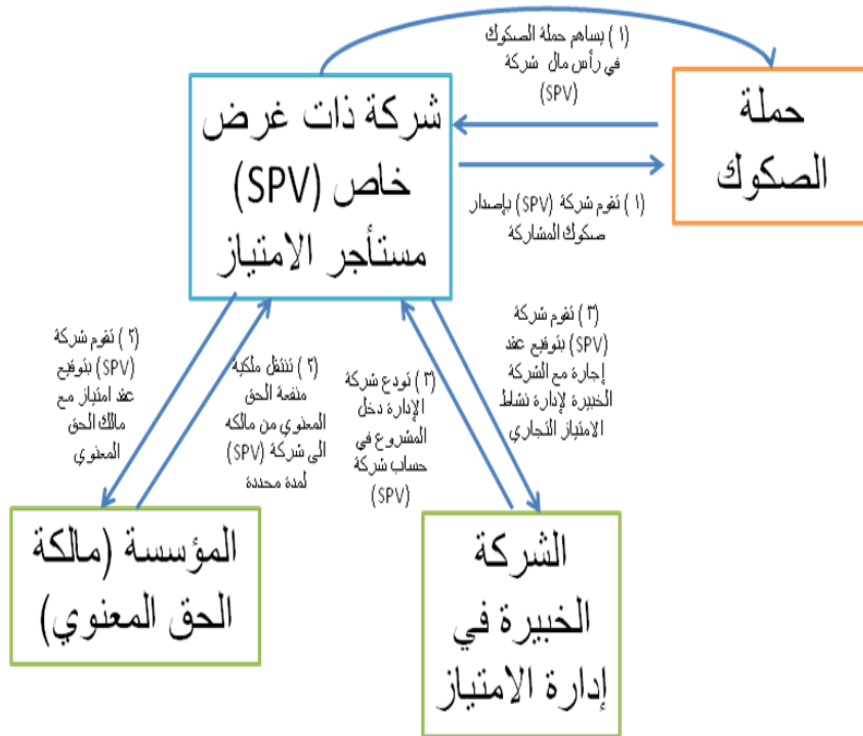
توريق الديون المستقبلية

(٤) تقوم شركة (SPV) بدفع أرباح المتاجرة دورياً لحملة الصكوك والبنك حسب نسبة الربح المتفق عليها



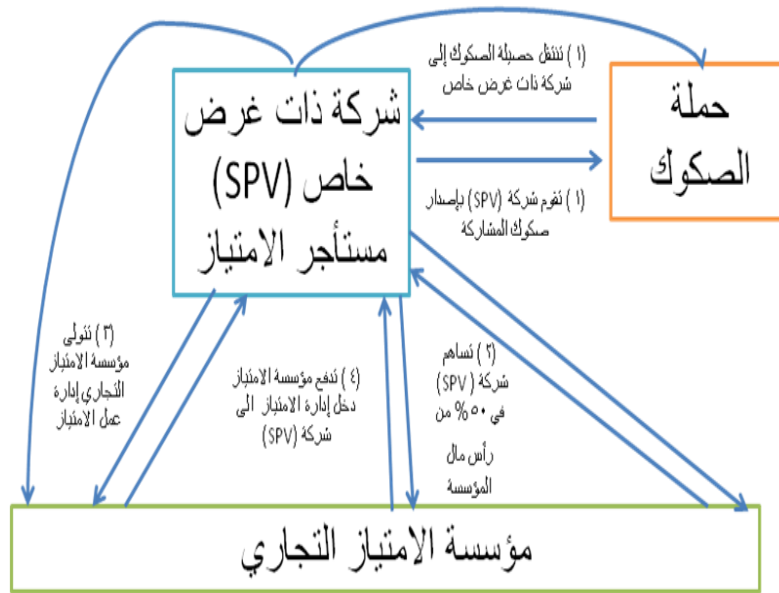
تصكيك عقد امتياز تجاري جديد

(٤) تقوم شركة (SPV) بدفع صافي أرباح استئجار وإدارة الامتياز دورياً لحملة الصكوك



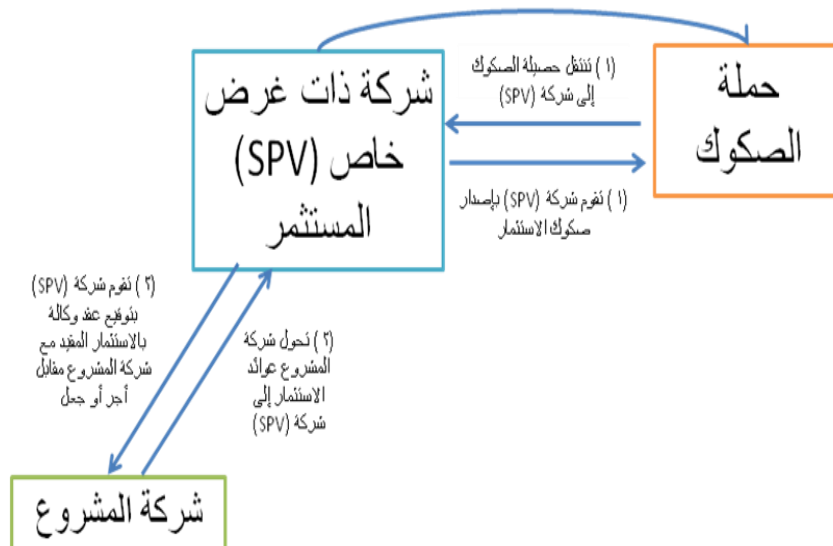
تصكيك عقد امتياز تجاري قائم

(٥) تقوم شركة (SPV) بدفع صافي أرباح استئجار وإدارة الامتياز دورياً
حسب نسب الأرباح المنفق عليها إلى حملة الصكوك ومؤسسة الامتياز



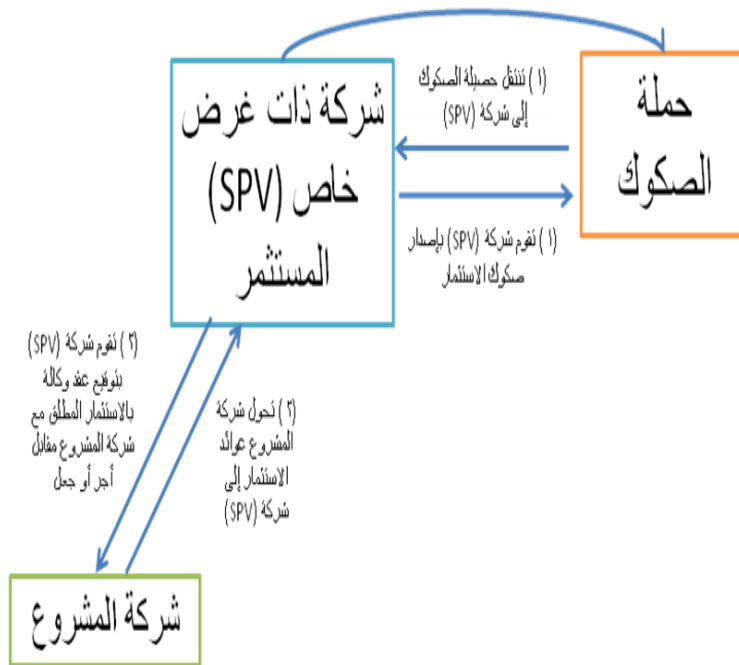
صدار الخاص في صكوك الوكالة بالاستثمار

(٣) نفوم شركة (SPV) بدفع صافي عوائد الاستثمار لحملة الصكوك



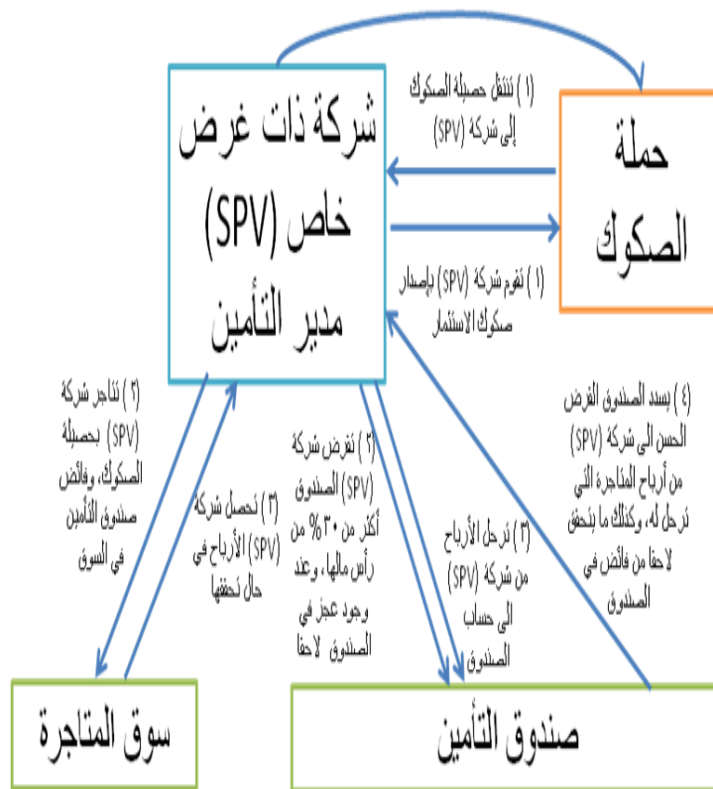
الإصدار العام في صكوك الوكالة بالاستثمار

(٣) نفوم شركة (SPV) يدفع صافي عوائد الاستثمار لحملة الصكوك

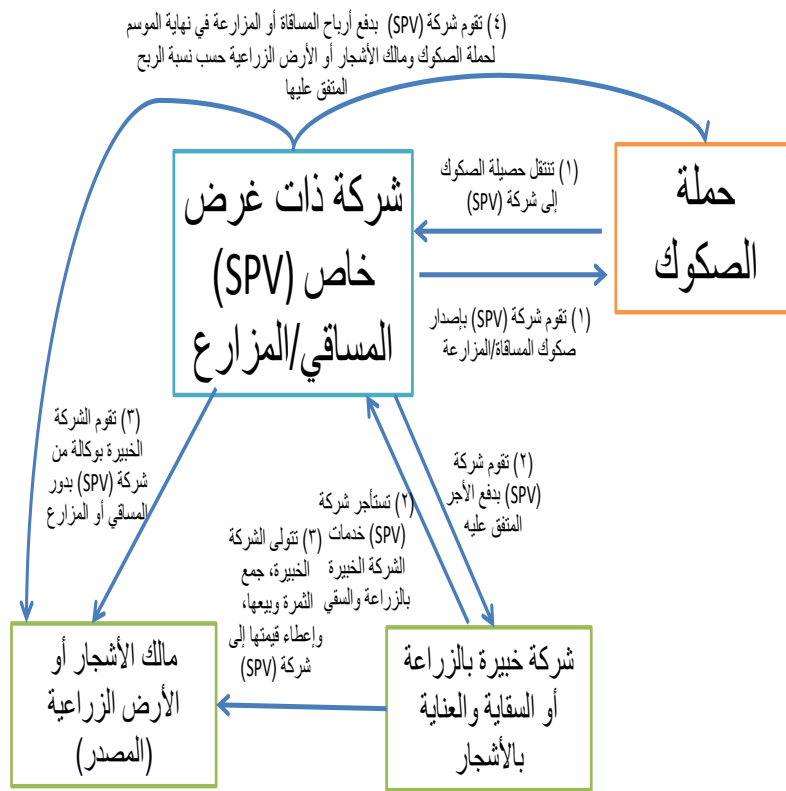


هيكـل تمويل عقد التأمين بصكوك الوكالة بالاستثمار

(٥) تقوم شركة (SPV) بصفتها مديرًا للتأمين بتوفير التغطية التأمينية لحملة الصكوك وللتأمين التغطية حسب معدل أرباح المتاجرة، ويوجد عجز/فائض في صندوق التأمين

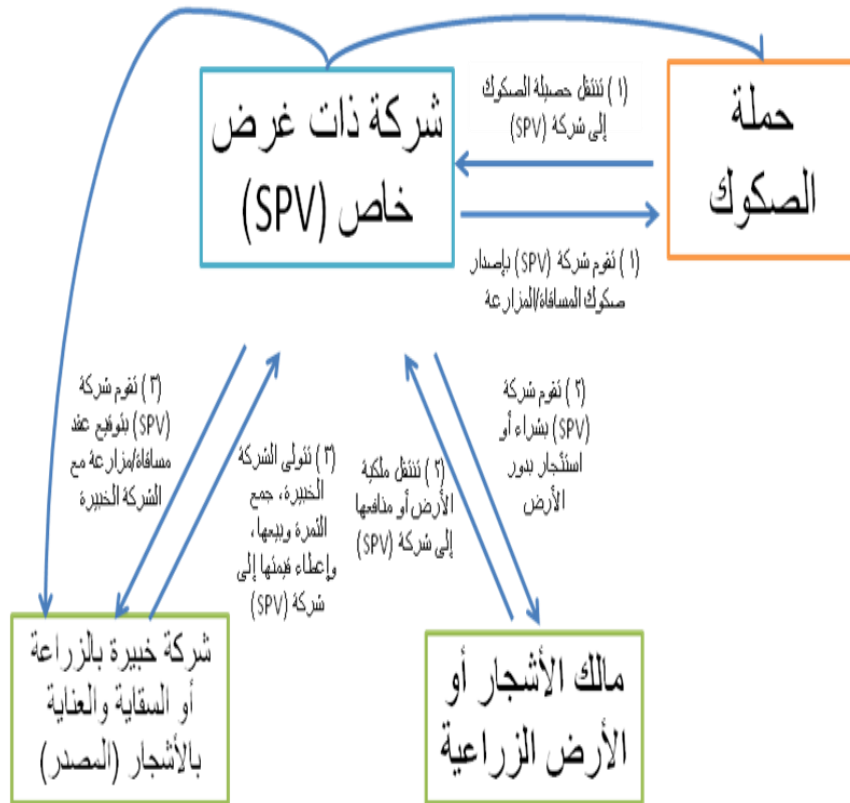


تصكيك عقد المساقاة أو المزارعة (الطريقة الأولى)



تصكيك عقد المساقاة أو المزارعة (الطريقة الثانية)

(٤) تقوم شركة (SPV) بتفويض أرباح المساقاة أو المزارعة في نهاية الموسم لحملة الصكوك والشركة الخبيرة حسب نسبة الربح المتفق عليها



الحمد لله والصلاة والسلام على نبينا محمد ، وعلى آله وصحبه أجمعين

"الصكوك الإسلامية الحكومية"

بيان الإصدار رقم (2)

صكوك السلم الإسلامية الحكومية غير القابلة للتداول

قيمة الإصدار (25 مليون دولار أمريكي)

تاريخ الإصدار: 2001/7/11م

تاريخ الاستحقاق: 2001/10/10م

إصدار

مؤسسة نقد البحرين

نيابة عن

حكومة دولة البحرين

دولة البحرين
"صكوك السلم الإسلامية الحكومية"
(غير قابلة للتداول)

ضوابط وشروط الإصدار رقم (2)

1- طبيعة الصكوك وأساسها الشرعي :-

صكوك السلم الإسلامية الحكومية ، هي أداة تمثل أصولاً (المنيوام خام) موصوفة في الذمة مؤجلة التسليم ، تصدرها حكومة دولة البحرين بغرض إيجاد مجالات جديدة لإستثمار فائض الموارد المالية في المجتمع ولتمويل الإنفاق والإحتياجات قصيرة الأجل لمشروعات التنمية المختلفة . وتقوم حكومة دولة البحرين بموجب هذا الإصدار ببيع سلع سيتم تسليمها في المستقبل ، إلى المستثمرين في هذا الإصدار بإعتباره وعاءاً إستثمارياً مشتركاً بينهم بنسبة ما أكتتب به كل منهم . ويتم الشراء بثمن عاجل هو قيمة إصدار الصكوك ، كما يتم الإحتفاظ بالصكوك إلى موعد التسليم ، وتمكين المستثمر من قبض قيمة السلع المستحقة له ، الناتج عن بيعها إلى طرف إلى طرف مستقل غير مملوك للبائع لا كلياً ولا جزئياً بثمن يزيد عن ثمن الشراء بالسلم وقيام مؤسسة نقد البحرين بتنظيم الإكتتاب وما يترتب عليه من إجراءات وتصرفات .

2- العائد المتوقع :-

وعدت حكومة دولة البحرين - بصفتها وكلياً عن حملة الصكوك بعقد توكيل منفصل عن السلم - ببيع السلعة موضوع السلم إلى طرف مستقل غير مملوك لها لا جزئياً ولا كلياً بربح متوقع بنسبة (...%) .

3- تاريخ ومدة الإصدار وتاريخ الإستحقاق :-

يتم إصدار هذه الصكوك في (2001/7/11م) ويحل أجل تسليم السلع في (2001/10/10م) وهو تاريخ إستحقاق هذه الصكوك .

4- سعر الإصدار :-

تصدر الصكوك بكامل قيمتها الإسمية .

5- حجم الإصدار :-

يبلغ حجم الإصدار (25 مليون دولار أمريكي) .

6- الحد الأدنى للإكتتاب :-

الحد الأدنى للإكتتاب (10,000 دولار أمريكي) .

7- الإكتتاب بقيمة تزيد عن حجم الإصدار :-

في حالة تجاوز قيمة الإكتتاب قيمة الإصدار ، سوف تقوم مؤسسة نقد البحرين بتخصيص توزيع الصكوك على مقدمي الطلبات بالنسبة المئوية ما لم تقرر جهة الإصدار (حكومة دولة البحرين) رفع حجم الإصدار برفع كمية السلع المزمع بيعها بالسلم .

8- صيغة الإصدار :-

يتم تسجيل الصكوك التي تم تخصيصها بإسم مقدم الطلب في سجل خاص بذلك الغرض لدى مؤسسة نقد البحرين ويلتزم حامل الصك بإخطار المؤسسة بأي تغيير في عنوانه .

9- تقديم طلبات الإكتتاب :-

يجب تقديم طلبات الإكتتاب عن طريق الإرسال بالتلكس ، أو بالفاكس في يوم الإكتتاب الإثنين 2001/7/9م وينتهي موعد التسلم في الساعة (العاشرة صباحاً) من نفس اليوم .

10- رفض طلبات الإكتتاب :-

للمؤسسة الحق المطلق في رفض أي طلب إكتتاب كلياً أو جزئياً دونما إعطاء أية أسباب لذلك الرفض .

11- دفع القيمة :-

يتم الدفع بالدولار الأمريكي عن طريق تحويل قيمة الصكوك المخصصة للمكتتب في حساب مؤسسة نقد البحرين التالي :

Chase Manhattan Bank, New York
Swift ID: CHASU33
CHIPS ABA: 0002
FED WIRE: 021000021

A/C Gulf International Bank New York
Account No: 400-057271
CHIPS UID: 159997
For further credit to Bahrain Monetary Agency , Bahrain
Account No: 1326622410

دفع ثمن البيع :-

تدفع المؤسسة ثمن البيع لمالكي الصكوك في حساباتهم بالدولار الأمريكي في يوم الإستحقاق .

13- المستثمرين المؤهلون :-

يحق الإستثمار في هذه الصكوك لكل من البنوك التجارية والمؤسسات المالية الإسلامية المرخصة بدولة البحرين .

14- القانون المطبق :-

يخضع هذا الإصدار وكافة المستندات التابعة له لأحكام الشريعة الإسلامية الغراء وتكون محاكم دولة البحرين هي الجهة المختصة للنظر في أي خلاف قد يطرأ حول هذا الإصدار .

15- تأكيد شرعية الإصدار :-

بموجب الإجازة الصادرة في 1421/2/18هـ الموافق 2000/6/1م عن اللجنة الشرعية الإقتصادية المعينة من الأمانة العامة لمجمع الفقه الإسلامي الدولي بجده في هـ الموافق م ، والفتوى الشرعية التوضيحية الصادرة عن اللجنة الشرعية للصكوك الإسلامية الحكومية المعينة من مؤسسة نقد البحرين والمكونة من أصحاب الفضيلة الواردة أسماؤهم أدناه :

1. فضيلة الشيخ د . عبد الستار أبوغدة

2. فضيلة الشيخ عبد الله بن سليمان المنيع

3. فضيلة الشيخ عبد الحسين العصفور

4. فضيلة الشيخ محمد نقي العثماني

فقد تم بيان الإصدار شرعية هذا الإصدار وعدم تعارضه مع أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية الغراء .

16- اللجنة الشرعية المتابعة للإصدار :-

تقوم اللجنة الشرعية للصكوك الإسلامية الحكومية المعينة من المؤسسة والمكونة من أصحاب الفضيلة الواردة أسماؤهم أعلاه بمتابعة الإصدار للتأكد من شرعية الإجراءات المتبعة في التنفيذ .

17- عنوان الجهة المصدرة :-

يمكن توجيه أي إستفسارات خاصة بهذا الإصدار إلى مؤسسة نقد البحرين على العنوان التالي :

إدارة الخدمات المصرفية

مؤسسة نقد البحرين

ص . ب 27

المنامة - دولة البحرين

هاتف : 547752

فاكس : 532050

تلكس : 9144

مستند إكتتاب

في الإصدار رقم (2)
لصكوك السلم الحكومية

إسم المستثمر : _____

العنوان : _____

رقم حساب المستثمر لدى مؤسسة نقد البحرين (إن وجد) : _____
 لقد إطلعت على نشرة الإصدار رقم (2) لصكوك السلم الحكومية ،
 والمعلومات الواردة في هذا المستند ووافقت على الإكتتاب في هذا
 الإصدار وفقاً لما يلي :

عدد الصكوك المطلوبة : _____

القيمة الاسمية لكل صك : _____

إجمالي قيمة الصكوك المطلوبة : _____

وبموجب هذا المستند ، أكون أنا الموقع أدناه قد وافقت على إعطاء
 _____ صلاحية التعاقد مع حكومة دولة البحرين بشأن إصدار صكوك
 السلم الحكومية رقم (2) والتوقيع على عقد الشراء بالسلم وتسلم المسلم
 فيه (فعلياً أو حكماً بالتمكين من القبض) وتوكيلها ببيع الصفقة على
 طرف مستقل غير مملوك لها لا كلياً ولا جزئياً .

التوقيع : _____

إسم المفوض بالتوقيع : _____

بسم الله الرحمن الرحيم
الحمد لله ، والصلاة على نبينا محمد ، وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد
التوكيل بالبيع وقبض ثمن المبيع

فإنه في يوم ... /... /1422هـ الموافق ... /... /2001م أبرم هذا
العقد بين كل من :

- 1- بنك بالأصالة عن نفسه وبالوكالة عن حملة
صكوك السلم الحكومية في الإصدار رقم (2) ، ويشار إليه فيما
بعد بـ "الطرف الأول" .
- 2- حكومة دولة البحرين ، وتمثلها مؤسسة نقد البحرين ويشار إليها
فيما بعد "بالطرف الثاني" .

تمهيد :

حيث أن الطرف الثاني قد وعد الطرف الأول وعداً ملزماً بتسويق
السلعة (الألمنيوم خام) المبينة في الوعد المبرم بتاريخ ... /... /2001م .
وحيث إن الطرف الأول يرغب في بيع صفقة الألمنيوم التي تسلمها
وفقاً لعقد الشراء بالسلم ، وبناءً عليه فقد تم التعاقد برضا واختيار كل من
الطرفين على ما يلي :

- 1- وكل الطرف الأول الطرف الثاني القابل لذلك بتسويق السلعة
المشار إليها أعلاه .
- 2- قبل الطرف الثاني أن يقوم بتسويق السلعة المشار إليها أعلاه ،
بصفتها وهيئتها المسلمة بها على أن يتم البيع لطرف مستقل
مختلف كلياً وجزئياً عن البائع بالسلم مع الحصول على إبراء
من المشتري لذمة الطرف الأول من أي عيب في المبيع .

- 3- تم تحديد ثمن البيع للسلعة المشار إليها بمبلغ إجمالي قدره دولار أمريكي .
 - 4- وكل الطرف الأول الطرف الثاني بقبض ثمن الصفقة المحددة في البند السابق .
 - 5- يلتزم الطرف الثاني عند إكمال البيع بسداد كامل ثمن البيع في حسابات حملة الصكوك المبينة في طلبات الإكتتاب بالبحرين .
 - 6- يستحق الطرف الثاني عن الوكالة أجرة قدرها (100) مائة دولار أمريكية قابلة للتنازل عنها .
 - 7- يخضع هذا العقد من جميع النواحي للشرعية الإسلامية الغراء طبقاً لما تقرره اللجنة الشرعية للصكوك الإسلامية الحكومية المشرفة على الإصدار وتكون محاكم دولة البحرين هي الجهة المختصة للنظر في أي خلاف قد يطرأ حول هذا التوكيل .
- حرر هذا التوكيل من نسختين أصليتين بيد كل طرف منهما نسخة موقعة من الطرفين وبالتاريخ وبيد كل طرف نسخته الأصلية للعمل بمقتضاها .

المفوض بالتوقيع
(الطرف الثاني)

المفوض بالتوقيع
(الطرف الأول)

الإسم :

الصفة : نيابة عن مؤسسة نقد
البحرين

الإسم

الصفة

وعد بالبيع على طرف مستقل مختلف كلياً وجزئياً عن البائع بالسلم
الحمد لله، والصلاة والسلام على نبينا محمد ، وعلى آله وصحبه أجمعين
وبعد :

فقد تحرر هذا الوعد في يوم ... /... / 1422 هـ الموافق ... / ... /
2001م بين كل من :

- 1- حكومة دولة البحرين بصفتها واعداً وتمثلها مؤسسة نقد
البحرين ويشار إليها فيما يلي بالطرف الأول :
- 2- بنك وبالأصالة عن نفسه وبالنيابة عن بقية
حملة صكوك السلم الحكومية في الإصدار رقم (2) وبصفته
مستفيداً من الوعد ، ويشار إليه فيما بعد بـ "الطرف الثاني".

مقدمة :

لما كان الطرف الثاني مالكا في ذمة الطرف الأول بموجب عقد السلم ،
صفقة الألمنيوم المشار إليها بنشرة بيان الإصدار رقم (2) ويرغب في
بيعها بعد تسلمها ، وحيث أن الطرف الأول مختص في تسويق السلعة
التي سوف يتسلمها الطرف الثاني بصفته المذكورة في هذه المقدمة ، فقد
تم التوقيع على هذا الوعد وفقاً للشروط والأحكام الآتية :

المادة (1)

تعتبر المقدمة السابقة جزء لا يتجزأ من هذا الوعد .

المادة (2) الوعد بالشراء :

أعطى الطرف الأول (الواعد) للطرف الثاني (الموعد) وعداً ملزماً
بالقيام بمهمة الوكيل عن الطرف الثاني ببيع السلع التي سوف يتسلمها
الطرف الثاني بموجب عقد الشراء بالسلم المبرم بينه وبين الطرف الأول
وفقاً لنشرة إصدار صكوك السلم الحكومية رقم (2) ، شريطة أنه :

بعد قبض الطرف الثاني للسلعة المبينة في نشرة الإصدار لصكوك السلم الحكومية وتنفيذاً للوعد الملزم للطرف الأول ، يقوم الطرف الثاني بإصدار توكيل للطرف الأول خلال يومي عمل من تاريخ تسلم الطرف الثاني للسلعة فعلاً أو حكماً ، ويتم بموجب هذا التوكيل بيع الطرف الأول تلك السلعة إلى طرف مستقل كلياً أو جزئياً عن البائع بالسلم بثمن إجمالي وقدره (.....دولار أمريكي) .

المادة (3)

العنوان المبين بصدر هذا الوعد لكل طرف هو عنوانه النظامي والذي يتم تبليغه عن طريقة تجميع المكاتبات والإخطارات والأوراق المتعلقة بتنفيذ هذا الوعد وكل ما يخصه أو يترتب عليه ، عن طريق البريد المسجل أو الممتاز أو التلكس أو الفاكس المعزز بأصل الخطاب ، ولا يعتد بتغير هذا العنوان إلا بموجب إخطار كتابي ومسجل يسلم عن طريق البريد الممتاز لباقي الأطراف .

المادة (4) القوانين والأنظمة التي يخضع لها هذا الوعد :

يخضع تنفيذ هذا الوعد من جميع النواحي لأحكام الشريعة الإسلامية الغراء طبقاً لما تقرره اللجنة الشرعية للصكوك الإسلامية الحكومية وتكون محاكم دولة البحرين هي الجهة المختصة للنظر في أي خلاف يطرأ حول هذا الإصدار .

المادة (5) توقيع الوعد :

حرر هذا الوعد من نسختين متطابقتين وموقعتين من الطرفين ، وقد تسلم كل طرف نسخته للعمل بموجبه .

المفوض بالتوقيع
(الطرف الأول)

المفوض بالتوقيع
(الطرف الثاني)

حكومة دولة البحرين
تمثله مؤسسة نقد البحرين

الاسم :.....
الصفة : المدير التنفيذي للعمليات
المصرفية

الاسم
الصفة

عقد الشراء بالسلم

الحمد لله والصلاة على نبينا محمد ، وعلى آله وصحبه أجمعين ، وبعد

فإنه وبعون الله وتوفيقه جرى الإتفاق في يوم/...../1422هـ الموافق/...../2001م بين كل من :

1- بنك بالأصالة عن نفسه وبالتياابة حملة صكوك السلم الحكومية في الإصدار رقم (2) ، ويشار إليه فيما بعد بـ "الطرف الأول".

و

2- حكومة دولة البحرين ، وتمثلها مؤسسة نقد البحرين ويشار إليها فيما بعد بـ "الطرف الثاني" على ما يلي :

1- يشتري الطرف الأول بموجب هذا العقد من الطرف الثاني القابل لذلك صفقة سلم (ألمنيوم خام) لكمية طن ، بقيمة دولار أمريكي بعدد صك يخص كل صك قيمة 10,000 دولار أمريكي وفقاً لنشرة بيان إصدار رقم (2) .

2- يدفع الطرف الأول رأس مال السلم (..... دولار أمريكي) نقداً إلى الطرف الثاني بتوقيع تاريخ هذا العقد ، مع مراعاة المدد المغتفرة في الدفع بالقيود المصرفية طبقاً لقرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم 53(4/6) .

3- يلتزم الطرف الثاني بتسليم السلعة موضوع هذا العقد بتاريخ/...../2001م بموقع شركة ألمنيوم البحرين . كما يلتزم الطرف الثاني بأنه إن لم يسلم السلعة المسلم فيها في الموعد المحدد فإنه يعيد رأس مال المسلم مضافاً إليه 5% كصديقة

ليصرفها الطرف الأول في وجوه البر بمعرفة اللجنة الشرعية
لمتابعة صكوك السلم .

- 4- يخضع هذا العقد من جميع النواحي الشرعية الإسلامية الغراء
طبقاً لما تقرره اللجنة الشرعية للصكوك الإسلامية الحكومية
المشرفة على الإصدار وتكون محاكم دولة البحرين هي الجهة
المختصة للنظر في أي خلاف قد يطرأ حول هذا الإصدار .
- 5- حرر هذا العقد من نسختين أصليتين وقع طرفا العقد عليهما
وتسلم كل واحد منهما نسخة للعمل بموجبها .

والله ولي التوفيق

المفوض بالتوقيع:

المفوض بالتوقيع :

المدير التنفيذي للعمليات

المصرفية

الطرف الثاني : نيابة عن مؤسسة نقد

البحرين

الطرف الأول :

وعد بالبيع على طرف مستقل مختلف كلياً وجزئياً عن البائع بالسلم
الحمد لله، والصلاة والسلام على نبينا محمد ، وعلى آله وصحبه أجمعين
وبعد :

فقد تحرر هذا الوعد في يوم ... /... /1422 هـ الموافق ... /... /
2001م بين كل من :

3- حكومة دولة البحرين بصفتها واعداً وتمثلها مؤسسة نقد
البحرين ويشار إليها فيما يلي بالطرف الأول :

4- بنك وبالأصالة عن نفسه وبالنيابة عن بقية
حملة صكوك السلم الحكومية في الإصدار رقم (2) وبصفته
مستفيداً من الوعد ، ويشار إليه فيما بعد بـ "الطرف الثاني".

مقدمة : -

لما كان الطرف الثاني مالكا في ذمة الطرف الأول بموجب عقد السلم ،
صفقة الألمنيوم المشار إليها بنشرة بيان الإصدار رقم (2) ويرغب في
بيعها بعد تسلمها ، وحيث أن الطرف الأول مختص في تسويق السلعة
التي سوف يتسلمها الطرف الثاني بصفته المذكورة في هذه المقدمة ، فقد
تم التوقيع على هذا الوعد وفقاً للشروط والأحكام الآتية :

المادة (1)

تعتبر المقدمة السابقة جزء لا يتجزأ من هذا الوعد .

المادة (2) الوعد بالشراء :

أعطى الطرف الأول (الواعد) للطرف الثاني (الموعد) وعداً ملزماً
بالقيام بمهمة الوكيل عن الطرف الثاني ببيع السلع التي سوف يتسلمها
الطرف الثاني بموجب عقد الشراء بالسلم المبرم بينه وبين الطرف الأول
وفقاً لنشرة إصدار صكوك السلم الحكومية رقم (2) ، شريطة أنه :

المفوض بالتوقيع
(الطرف الثاني)

المفوض بالتوقيع
(الطرف الأول)
حكومة دولة البحرين
تمثله مؤسسة نقد البحرين

الإسم

الإسم :

الصفة

الصفة : المدير التنفيذي للعمليات
المصرفية

بسم الله الرحمن الرحيم
الحمد لله والصلاة على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين

اجتمعت اللجنة الشرعية للصكوك الإسلامية الحكومية لدولة البحرين
المكونة من أصحاب الفضيلة الآتية أسماؤهم :

1. فضيلة الشيخ د . عبد الستار أبوغدة

2. فضيلة الشيخ عبد الله بن سليمان المنيع

3. فضيلة الشيخ عبد الحسين العصفور

4. فضيلة الشيخ محمد تقي العثماني

وبحضور السيد المدير التنفيذي للعمليات المصرفية ، و مستشار
الشئون الإقتصادية ، وذلك في يوم الخميس 29 ربيع أول 1422هـ
الموافق 21 يونيو 2001م . وقد كان الهدف من الاجتماع الوقوف على
تجربة الإصدار والبت في الموضوعات المختلفة التي تم طرحها لتسهيل
الإجراءات بالنسبة للإصدارات القادمة .

وبعد تداول اللجنة الشرعية للموضوعات التي تم طرحها ، إنتهت إلى
المقررات التالية :

مقررات اللجنة الشرعية :

- 1- بدلاً عن دخول كل مستثمر في الإصدار بعقد سلم منفصل عن
الآخر . ولكي يأخذ الإصدار الصفة الملائمة للصكوك ، فقد
تقرر تكوين وعاء مشترك تنظمه مؤسسة نقد البحرين بحيث
تكون هنالك جهة واحدة تناط بها صلاحية تمثيل بقية

المستثمرين في التعاقد بالسلم مع حكومة دولة البحرين ، بحيث يدخل كل مستثمر في الوعاء بعدد معين من الصكوك. وقد تمخض عن ذلك ضرورة وضع النموذج المرفق لمستند الإكتتاب والذي يتضمن موافقة صريحة من الجهة المستثمرة على تفويض تلك الجهة المعينة بصلاحية التوقيع مع مؤسسة نقد البحرين على كافة العقود والمستندات الخاصة بالإصدار الذي يمثل وعاء الصكوك ، شريطة أن تكون قابلة لذلك التفويض ، بموجب رسالة توضح ذلك للجهة المنظمة للإصدار وهي مؤسسة نقد البحرين .

2- إستناداً إلى ضعف الشروط الجزائية المترتبة على التأخير في تسليم حسبا جاء بعقد الشراء بالسلم ، فقد تقرر وضع شرط جزائي يقوم بإلزام البائع بأن يعيد فوراً رأس المال مضافاً إليه 5% كصدقة يقوم المستثمر بصرفها في وجوه البر بمعرفة اللجنة الشرعية المالية لإصدارات صكوك السلم .

3- نظراً للتعقيدات المترتبة على قيام طرف مختلف عن البائع وغير مشارك بالإصدار لتقديم الوعد بالشراء ، وحيث أن الوعد (الضمان) يقع ضمن الإجراءات الفرعية ولا ينقص من عقد السلم شيئاً ، ولما كان المقصود أن يتحمل المستثمر مخاطر حكومة دولة البحرين وليست مخاطر سواها ، فقد تقرر إلغاء الوعد بالشراء وكذلك عقد البيع الذي كان مقرراً تفعيله مع الواعد بالشراء في حال عدم وفاء الحكومة بوعدها بالبيع من جهة مستقلة عنها مملوكة لها لا كلياً ولا جزئياً .

- 4- استكمالاً للأطر الشرعية ، فقد تم توجيه مؤسسة نقد البحرين
المنامة لإصدارات السلم بضرورة مراعاة الترتيب في توقيع
عقد الشراء بالسلم قبل الوعد بالبيع إلى طرف مستقل الصادر
عن حكومة مملكة البحرين .
- 5- حيث أن الإصدار قد أصبح وعاء مشتركاً لوحدة استثمارية
"الصكوك" فقد تقرر إصدار شهادات صكوك وفقاً للصياغة
المرفقة لشهادات صكوك السلم .
- 6- تعديل بيان الإصدار ، وعقد الشراء بالسلم ، والوعد بالبيع على
طرف مستقل مختلف كلياً وجزئياً عن البائع بالسلم ، والتوكيل
بالبيع وقبض المبيع ، وذلك بناءً على المقررات الواردة أعلاه .
- والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات .

أعضاء اللجنة الشرعية للصكوك الإسلامية الحكومية

.....	
فضيلة الشيخ د. عبد الستار أبو غدة	فضيلة الشيخ عبدالله بن سليمان
.....	
فضيلة الشيخ عبد الحسين العصفور	فضيلة الشيخ محمد تقي العثماني

الفهارس

وتشمل:

- فهرس المصادر والمراجع.
- فهرس الموضوعات.



فهرس المصادر والمراجع

أولاً: القرآن العظيم وكتب التفسير وعلومه:

- القرآن العظيم.
- أحكام القرآن لأبي بكر بن العربي، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، ط/ دار الكتب العلمية، ١٤٢٤هـ، ٢٠٠٣م.
- أحكام القرآن لأبي بكر أحمد بن علي الرازي المعروف بالخصاص ط/ دار الفكر، دمشق سوريا، ١٩٩٦م.
- أضواء البيان في تفسير القرآن، للشيخ محمد الأمين بن محمد المختار الشنقيطي، ط/ مكتبة ابن تيمية، القاهرة مصر، ١٤١٣.
- البحر المحيط في التفسير، لأبي حيان محمد بن يوسف بن علي بن يوسف بن حيّان، ط/ دار الفكر، دمشق سوريا.
- التحرير والتنوير لمحمد طاهر ابن عاشور، ط/ دار سحنون، تونس، ١٩٩٧م.
- تفسير آيات أشكلت على كثير من العلماء، لشيخ الاسلام أحمد بن عبدالحليم تيمية، تحقيق: عبد العزيز بن محمد الخليفة، طبعة مكتبة الرشد بالرياض، الطبعة الأولى - ١٤١٧.
- تفسير البغوي، المسمى "معالم التنزيل" لمحيي السنة، أبي محمد الحسين بن مسعود البغوي، ط/ دار طيبة للنشر والتوزيع، الطبعة الرابعة، ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م.
- تفسير الرازي، المسمى "مفاتيح الغيب" لأبي عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي الملقب بفخر الدين الرازي. ط/ دار إحياء التراث العربي، ١٩٩٢م.
- تفسير القرآن، لابن المنذر النيسابوري، تحقيق سعد السعد، ط/ دار المآثر، المدينة المنورة، السعودية، الطبعة الأولى، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م.
- تفسير القرآن العظيم، للإمام أبي الفداء إسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي، ط/ دار إحياء التراث العربي، ١٤٠٨هـ.
- تفسير اللباب في علوم الكتاب، لابن عادل الدمشقي الحنبلي، ط/ دار الكتب العلمية، ١٩٩٨م.
- جامع البيان عن تأويل آي القرآن للإمام محمد بن جرير الطبري، ط/ دار المعرفة سنة ١٩٩٠م.
- الجامع لأحكام القرآن، لأبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، ط/ دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى ١٤٠٨.
- روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، لمحمود شكري الألوسي، ط/ دار إحياء التراث العرب، ١٩٩٧.

- فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية في علم التفسير، للشيخ محمد بن علي الشوكاني، ط/ دار الكتب العلمية، ١٩٩٧م.
- **ثانياً: كتب السنة النبوية وعلومها:**
- إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، للشيخ: محمد بن ناصر الدين الألباني. ط/ المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق، الطبعة الثانية ١٤٠٥هـ.
- بلوغ المرام، للحافظ، أحمد بن علي بن محمد بن حجر الكناي العسقلاني. ط/ دار الكتب العلمية، ٢٠٠٣م.
- تغليق التعليق على صحيح البخاري، للحافظ، أحمد بن علي بن محمد بن حجر الكناي العسقلاني. ط/ دار عمار، عمان الأردن، الطبعة الأولى ١٤٠٥.
- تلخيص الخبر للحافظ، أحمد بن علي بن محمد بن حجر الكناي العسقلاني، ط مؤسسة قرطبة، وشركة الطباعة الفنية ١٣٨٤هـ.
- التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، للحافظ أبي عمر يوسف بن عبدالله بن محمد بن عبدالبر، ط/ المكتبة التجارية، مصطفى أحمد الباز، مكة المكرمة.
- حاشية ابن القيم على سنن أبي داود، لمحمد بن أبي بكر بن أيوب، المعروف بابن القيم، ط/ دار الفكر، ١٩٩٤م.
- الدراية في تخريج أحاديث الهداية. للحافظ، أحمد بن علي بن محمد بن حجر الكناي العسقلاني. ط/ دار المعرفة، بيروت لبنان.
- سلسلة الأحاديث الصحيحة، للشيخ محمد ناصر الدين الألباني، مكتبة المعارف، الرياض، السعودية، الطبعة الثانية ١٤٠٨.
- سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة، وأثرها السيء في الأمة للشيخ، محمد بن ناصر الدين الألباني، مكتبة المعارف، الرياض، السعودية، الطبعة الثانية ١٤٠٨.
- السنن، لأبي عبد الله محمد بن يزيد ابن ماجه القزويني، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، ط/ دار الحديث، القاهرة، مصر.
- السنن، لأبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني، ط/ دار الجيل، بيروت، لبنان، ١٤٠٨هـ-١٩٨٨م.
- السنن، لأبي الحسن علي بن عمر بن أحمد البغدادي الدارقطني، تحقيق عبد الله هاشم المدني، ط/ دار المحاسبة للطباعة، القاهرة، مصر.

- سنن الترمذي، والمسمى "الجامع المختصر من السنن عن رسول الله صلى الله عليه وسلم" لأبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة بن موسى الترمذي، ط/ دار الكتب العلمية، ١٩٩٤م.
- السنن الكبرى، لأحمد بن علي بن شعيب بن علي بن سنان النسائي، ط/ دار الفكر، ١٩٩٦.
- السنن الكبرى، لأبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، ط/ دار الفكر، دمشق سوريا.
- شرح صحيح مسلم، للإمام يحيى بن شرف بن مري بن حسن النووي، ط/ دار الفكر، ١٩٩٥م.
- شرح المعاني والآثار، لأحمد بن محمد بن سلامة ابن سليمان الأزدي الطحطاوي، ط/ دار الكتب العلمية، بيروت.
- صحيح البخاري: لأبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري.مراجعة وإشراف: الشيخ، صالح آل الشيخ. ط/ دار السلام، الطبعة الثانية.
- صحيح ابن حبان، المسمى "الأنواع والتقاسيم النافعة" لمحمد بن حبان بن أحمد بن حبان بن معاذ بن معبد التميمي أبو حاتم البستي، ط/ دار الفكر، دمشق سوريا.
- صحيح مسلم: لأبي الحسين مسلم بن الحجاج النيسابوري، مراجعة وإشراف: معالي الشيخ، صالح آل الشيخ. ط/ دار السلام، الطبعة الثانية.
- صحيح وضعيف الجامع الصغير وزيادته، للشيخ محمد ناصر الدين الألباني. ط/ المكتب الإسلامي.
- العلل المتناهية في الأحاديث الضعيفة والواهية، للحافظ جمال الدين بن محمد بن علي ابن الجوزي. ط/ الطبعة الهندية.
- فتح الباري بشرح صحيح البخاري، للحافظ، أحمد بن علي بن محمد بن حجر الكناي العسقلاني. ط/ دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ٢٠٠٣م.
- فتح المغيث بشرح ألفية العراقي في علوم الحديث لأبي عبد الله محمد السخاوي. ط/ وزارة الشؤون الإسلامية بالسعودية .
- فيض القدير شرح الجامع الصغير، لزين الدين محمد بن عبد الرؤوف الحدادي المناوي ط/ دار الكتب العلمية، ٢٠٠١م.
- الكامل في الضعفاء، للعلامة، أبي محمد عبد الله بن عدي بن عبد الله بن محمد ابن مبارك بن القطان الجرجاني ط/ دار الفكر، دمشق سوريا، ١٤١٧هـ.
- كشف الخفاء ومزيل الإلباس عما اشتهر من الأحاديث على ألسنة الناس، لأبي الفداء إسماعيل بن محمد بن عبد الهادي الجرحاحي العجلوني، ط/ دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ١٤٢٢هـ.

- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، لعلي بن أبي بكر بن سليمان الهيثمي ط/ دار الفكر، دمشق سوريا.
- المستدرک علی الصحیحین، للحافظ أبي عبد الله الحاكم النيسابوري، وبذيله التلخيص للذهبي، ط/ مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، سوريا.
- المسند، للإمام أبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني، ط/ دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- مسند الإمام أبي حنيفة، للإمام أبي نعيم أحمد بن عبد الله الأصبهاني. تحقيق وتعليق نظر محمد الفاريابي، ط/ بمكتبة الكوثر بالرياض سنة ١٤١٥ هـ.
- المسند، للمحدث أحمد بن عمرو بن عبد الخالق البصري البزار، ط/ مكتبة العلوم والحكم، ٢٠٠٣ م.
- المسند، لأبي محمد الحارث بن محمد بن داهر التميمي البغدادي الخصيب المعروف بابن أبي أسامة، هذبه واستخرج زوائده الهيثمي في "بغية الباحث عن زوائد مسند الحارث" تحقيق د. حسين أحمد صالح البكري، صدر عن مركز السنة والسيرة بالمدينة المنورة، سنة ١٤١٣ هـ.
- المسند، للمحدث، محمد بن سلامة الشهاب القضاعي، ط/ مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان.
- مشارق الأنوار على صحاح الآثار، للقاضي أبي الفضل عياض اليحصبي، ط/ المكتبة العتيقة، تونس.
- مشكل الآثار، لأبي جعفر، أحمد بن محمد بن سلامة ابن سليمان الأزدي الطحاوي، ط/ دائرة المعارف النظامية، حيدر آباد الهند، الطبعة الأولى، ١٣٣٣ هـ.
- مصباح الزجاجة في زوائد ابن ماجه، لأبي العباس أحمد بن أبي بكر ابن إسماعيل بن سليم البوصيري، ط/ دار العربية للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى ١٤٠٥ هـ.
- المصنف، للحافظ أبي بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي، ط/ المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى ١٣٩٢ هـ.
- المصنف، لعبد الله بن محمد بن أبي شيبه العبسي، ط/ دار الفكر، دمشق سوريا.
- معالم السنن شرح سنن أبي داود، للإمام أبي سليمان أحمد بن محمد الخطابي البستي، ط/ دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ١٤١١ هـ.
- المعجم الأوسط، للحافظ، أي القاسم سليمان بن أحمد بن أيوب الطبراني، ط/ دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، عمان الأردن.
- المعجم الكبير، للحافظ، أبي القاسم سليمان بن أحمد بن أيوب الطبراني، تحقيق: حمدي السلفي. ط/ مكتبة العلوم والحكم، الموصل العراق، الثانية ١٤٠٤ هـ.

- معرفة أصول الحديث وعلومه وكتبه، المطبوع باسم " معرفة علم الحديث " للحافظ: محمد بن عبد الله الصَّبِّي الطَّهْمَانِي النيسابوري الشهير بـ الحاكم. ط/ المكتبة العلمية، الرياض ١٤١٧هـ.
- المقاصد الحسنة في الأحاديث الجارية على الألسنة للحافظ محمد بن عبد الرحمن بن محمد أبي بكر بن عثمان بن محمد السخاوي. ط/ دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ١٤٠٧هـ.
- الموطأ، للإمام مالك بن أنس الأصبحي، تحقيق محمد الاسكندراني. ط/ دار الكتاب العربي، بيروت لبنان.
- نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية، لجمال الدين عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلعي، ط/ دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ١٩٩٦م.
- النهاية في غريب الحديث لأبي السعادات المبارك بن محمد الجزري المعروف بابن الأثير، ط/ المكتبة العلمية - بيروت، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م
- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، للشيخ محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني. ط/ دار الفكر، ١٩٩٤م.

ثالثاً: كتب الغريب واللفظة والمعاجم:

- تحرير ألفاظ التنبيه، للإمام يحيى بن شرف بن مري بن حسن النووي. تحقيق: د محمد رضوان الدايدة ود فايز الدايدة. ط/ دار الفكر المعاصر، بيروت لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٠هـ.
- التعريفات، لعلي بن محمد بن علي الجرجاني. ط/ دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ١٤٢٦هـ.
- حدود ابن عرفة، مطبوع مع شرحه لمحمد الأنصاري الرصاع، تحقيق أبو الأجنان، و الطاهر المعموري. ط/ دار الغرب الإسلامي، بيروت لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٩هـ.
- الصحاح، لإسماعيل بن حماد الجوهري. ط/ دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ.
- طلبه الطلبة في الاطلاحات الفقهية، لنجم الدين أبي حفص عمر بن محمد النسفي. ضبط وتخرير خالد العك. ط/ دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٦هـ.
- القاموس المحيط، لمحمد بن يعقوب الفيروز آبادي، ط/ مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان، الطبعة الخامسة، ١٤١٦هـ.
- لسان العرب لابن منظور، معجم مقاييس اللغة مقاييس اللغة، لأبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريّا، ط/ اتحاد الكتاب العرب عام ١٤٢٣هـ / ٢٠٠٢م.

- مختار الصحاح، لمحمد بن أبي بكر الرازي. ط/ مكتبة لبنان، بيروت لبنان، ١٩٨٦ م
- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، لأحمد بن محمد بن علي الفيومي. ط/ دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٤ هـ.
- المطلع على أبواب المقنع، لمحمد بن أبي الفتح البعلي. ط/ المكتب الإسلامي، الطبعة الأولى ١٣٨٥ هـ.
- معجم الاقتصاد، لكريستوفر باس وآخرين ترجمة عمر الأيوبي. ط/ أكاديمية، بيروت لبنان، ١٩٩٥ م.
- المعجم الوسيط، قام بإخراجه: إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، إشراف عبدالسلام هارون، مجمع اللغة العربية، الإدارة العامة للمجموعات وإحياء التراث، ط/ المكتبة الإسلامية، استانبول.
- معجم لغة الفقهاء، للدكتور محمد رواس قلعه جي. ط/ دار النفائس، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٦ هـ.
- معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء، للدكتور نزيه حماد. الدار العالمية للكتاب الإسلامي، والمعهد العالمي للفكر الإسلامي، ط/ الثالثة ١٤١٥ هـ.
- مقاييس اللغة، لأبي الحسن أحمد بن فارس بن زكريا، تحقيق عبدالسلام محمد هارون. ط/ دار الجيل، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، ١٣١١ هـ.
- رابعاً: كتب الفقه وأصوله:**
- إبطال الحيل، لأبي عبد الله عبيد الله بن محمد بن بطة العكبري الحنبلي، تحقيق: د. سليمان بن عبد الله العمير. ط/ مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، ١٤١٧ هـ.
- الإبهاج في شرح منهاج البيضاوي، لعبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي. ط/ دار الكتب العلمية.
- الإتيقان والإحكام شرح تحفة الحكام، لمحمد بن أحمد ميارة الفاسي المالكي، ط/ دار المعرفة، بيروت لبنان.
- الإجماع، لأبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، حققه أبو حماد الصغير، دار طيبة للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، الطبعة الأولى ١٤٢٠.
- إجماع الأئمة الأربعة، للوزير عون الدين أبي المظفر يحيى بن محمد بن هبيرة، تحقيق محمد الأزهرى. ط/ دار العلا للنشر والتوزيع.

- إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، لشيخ الإسلام محمد بن علي بن وهب تقي الدين ابن دقيق العيد، مطبعة السنة المحمدية.
- الأحكام السلطانية، لأبي يعلى محمد بن الحسين الفراء الحنبلي، صححه وعلق عليه، محمد حامد الفقي، ط/ دار الكتب العلمية بيروت لبنان. ١٤٠٣ هـ
- أسنى المطالب شرح روض الطالب، لأبي يحيى زكريا الأنصاري. ط/ دار الكتاب الإسلامي.
- الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، لزين العابدين بن إبراهيم بن نجيم. ط/ دار الكتب العلمية، بيروت لبنان.
- الأشباه والنظائر، لجلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد السيوطي. ط/ دار الكتب العلمية، بيروت لبنان.
- الإشراف على مسائل الخلاف، للقاضي عبد الوهاب بن علي بن نصر. البغدادى. ط/ دار ابن حزم، بيروت لبنان، الطبعة الأولى ١٤٢٠.
- إعلام الموقعين عن رب العالمين، لأبي عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعي المعروف بابن قيم الجوزية. ط/ دار الكتب العلمية بيروت لبنان.
- الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، للشيخ شرف الدين موسى الحجاوي المقدسي، المطبعة المصرية بالأزهر.
- الأم، لأبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي. ط/ دار المعرفة.
- البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لزين الدين بن إبراهيم بن محمد الشهير بابن نجيم. ط/ دار الكتاب الإسلامي.
- البحر المحيط، لبدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الشافعي الزركشي. ط/ دار الكتبي.
- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني. ط/ دار الكتب العلمية بيروت لبنان.
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، للشيخ محمد بن أحمد بن رشد القرطبي. طبعة المكتبة الأزهرية للتراث.
- بريقة محمودية في شرح طريقة محمدية، لأبي سعيد الخادمي. ط/ دار إحياء الكتب العربية.
- بلغة السالك لأقرب المسالك (حاشية الصاوي على الشرح الصغير)، لأحمد بن محمد الخلوئي الشهير بالصاوي. ط/ دار المعارف بمصر.

- البناية شرح الهداية، لأبي محمد محمود بن أحمد العيني. ط / دار الفكر للطباعة والنشر- والتوزيع، بيروت لبنان.
- البهجة في شرح التحفة، لعلي بن عبد السلام التسولي، تحقيق محمد عبدالقادر شاهين، ط / دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٨ هـ.
- البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرجة لابن رشد. ط / دار احياء التراث الاسلامي.
- التاج والإكليل لمختصر- خليل، لأبي عبد الله محمد بن يوسف العبدري الشهير بالمؤاَّق. ط / دار الكتب العلمية، بيروت لبنان.
- تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، للقاضي برهان الدين إبراهيم بن علي المعروف بابن فرحون. ط / دار الكتب العلمية بيروت لبنان.
- تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، لفخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي. ط / دار الكتاب الإسلامي.
- تحفة الحبيب على شرح الخطيب، المعروف " بحاشية البجيرمي على الخطيب " لسليمان بن محمد البجيرمي. ط / شركة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، الطبعة الأخيرة، ١٣٧٠ هـ.
- تحفة الفقهاء، لعلاء الدين السمرقندي. ط / دار التراث - القاهرة.
- تحفة المحتاج بشرح المنهاج، لشهاب الدين أحمد بن محمد بن حجر الهيتمي المكي. ط / دار إحياء التراث العربي.
- تخريج الفروع على الأصول، لشهاب الدين محمود بن أحمد الزنجاني. د محمد أديب صالح. ط / مؤسسة الرسالة، الطبعة الخامسة ١٤٠٧ هـ.
- التلويح على التوضيح، لسعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني. ط / مكتبة صبيح بمصر.
- تنقيح الفصول في علم الأصول، لشهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس المشهور بالقراقي. ط / دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت لبنان، ١٩٧٣ م.
- جواهر الإكليل شرح مختصر خليل لصالح بن عبدالسميع الآبي. ط: دار المعرفة، بيروت.
- الجوهرة النيرة، لأبي بكر بن علي بن محمد الحدادي العبادي. ط / المطبعة الخيرية.
- حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب، لسليمان بن محمد البجيرمي. ط / دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ١٤٢٠ هـ.

- حاشية الجمل على شرح منهج الطلاب، للشيخ سليمان الجمل. ط/ دار الفكر للطباعة والنشر. والتوزيع، بيروت لبنان.
- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لمختصر خليل للدردير، لشمس الدين محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي. ط/ دار إحياء الكتب العربية.
- حاشية العدوي على شرح الخرشي، لعلي الصعیدی العدوي. مطبوع مع شرح الخرشي.
- حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني، لعلي الصعیدی العدوي. ط/ دار الفكر للطباعة والنشر. والتوزيع، بيروت لبنان، ١٤١٢.
- حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح المحلى للمنهاج، للشيخ شهاب الدين القليوبي والشيخ عميرة. ط/ دار إحياء الكتب العربية.
- الحاوي الكبير، لأبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي. ط/ ط/ دار الكتب العلمية بيروت لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٤هـ.
- الاختيار لتعليل المختار، لعبدالله بن محمود الموصلي. ط/ دار الكتب العلمية، بيروت لبنان.
- الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، للشيخ علاء الدين علي بن محمد بن عباس البعلي. ط/ دار الكتب العلمية بيروت لبنان.
- درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، لعلي حيدر، تعريب فهمي الحسيني. ط/ دار الجيل، بيروت لبنان، الطبعة الأولى ١٤١١هـ.
- الدر المختار شرح تنوير الأبصار لمحمد بن علي الحصني الحصكفي. مطبوع حاشية ابن عابدين.
- دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات، لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتي. ط/ عالم الكتب.
- رد المحتار على الدر المختار في شرح تنوير الأبصار المعروف بـ (حاشية ابن عابدين)، لمحمد أمين بن عمر المشهور بابن عابدين. ط/ دار الكتب العلمية، ٢٠٠٢م.
- روضة الطالبين، للإمام يحيى بن شرف بن مري بن حسن النووي. ط/ دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٢هـ.
- السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، للشيخ محمد بن علي الشوكاني، تحقيق محمود إبراهيم زايد. ط/ دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى.
- شرح الزرقاني على مختصر خليل مع حاشية البناني عليه، لعبد الباقي بن يوسف الزرقاني. ط/ دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت لبنان، و مطبعة مصطفى محمد.

- الشرح الصغير، لأحمد بن محمد الدردير، مطبوع مع بلغة السالك.
- شرح الكوكب المنير، لمحمد بن أحمد بن عبد العزيز الفتوحي المعروف بابن النجار الحنبلي. ط/ مطبعة السنة المحمدية.
- شرح مختصر- خليل، لمحمد بن عبد الله الخرشي مع حاشية الشيخ علي العدوي. ط/ دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت لبنان.
- شرح منهاج الطالبين، لجلال الدين المحلي، مطبوع بهامش حاشية القليوبي وعميرة. ط/ دار إحياء الكتب العربية، و محمد علي صبيح ١٣٦٨ هـ.
- الطرق الحكمية، لأبي عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعي المعروف بابن قيم الجوزية. ط/ مكتبة دار البيان.
- عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة لجلال الدين عبد الله بن نجيم بن شاس. ط/ الغرب الإسلامي، الأولى، ١٤١٥ هـ.
- العقود، لشيخ الاسلام أحمد بن عبد الحليم تيمية، تحقيق محمد حامد الفقي. ط/ مكتبة السنة المحمدية، توزيع مكتبة ابن تيمية بالقاهرة.
- العناية شرح الهداية، لمحمد بن محمود الباري. ط/ دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.
- غاية المنتهى، للشيخ مرعي بن يوسف بن أبي بكر الكرمي. مطبوع مع شرحه مطالب أولي النهى.
- الغرر البهية شرح البهجة الوردية. لأبي يحيى زكريا بن محمد الأنصاري. ط/ المطبعة الميمنية.
- غمز عيون أولي البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر، لأحمد بن محمد الحموي، ط/ دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٩ هـ.
- فتاوى السبكي، أبي الحسن تقي الدين علي بن عبد الكافي السبكي. ط/ دار المعارف.
- الفتاوى السعدية، للشيخ عبدالرحمن بن ناصر السعدي. ط/ مكتبة المعارف، الرياض السعودية.
- الفتاوى الفقهية الكبرى، لشهاب الدين أحمد بن محمد بن حجر الهيتمي المكي، ط/ المكتبة الإسلامية.
- الفتاوى الهندية، الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند. ط/ دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٠٩ هـ.
- فتح العزيز شرح الوجيز (الشرح الكبير)، لعبد الكريم بن محمد الرافعي، تحقيق علي محمد معوض وعادل عبدالموجود. ط/ دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٥ هـ.

- فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب مالك، لأبي عبد الله محمد بن أحمد المشهور بالشيخ عlish. ط/ دار المعرفة، بيروت.
- فتح القدير، للشيخ كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام الحنفي. ط/ دار الفكر.
- فتوحات الوهاب بشرح منهج الطلاب، لزكريا الأنصاري، مطبوع مع حاشيته للبحريري.
- الفروع، لشمس الدين أبو عبد الله محمد بن مفلح المقدسي. ط/ عالم الكتب.
- الفروق، لشهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس المشهور بالقرافي، وبهامشه: أنوار البروق في أنواع الفروق، لأسعد النيسابوري. ط/ عالم الكتب.
- الفواكه البدرية في الأقضية الحكيمة، لبدر الدين محمد ابن الغرس الحنفي. مطبعة النيل، ١٣٢٦ هـ.
- الفواكه الدواني على رسالة أبي زيد القيرواني، لأحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوي المالكي. ط/ دار الفكر.
- قواعد الأحكام في مصالح الأنام، لأبي محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام الدمشقي، ط/ دار الكتب العلمية.
- القواعد الفقهية، لأبي الفرج عبد الرحمن بن أحمد المعروف بابن رجب الحنبلي. ط/ دار المعرفة.
- القواعد النورانية الفقهية، لشيخ الإسلام أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، تحقيق محمد حامد الفقي. ط/ مكتبة المعارف، الرياض، الطبعة الثانية ١٤٠٤ هـ.
- القوانين الفقهية، لأبي القاسم محمد بن أحمد بن جزى الغرناطي المالكي. ط/ دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.
- الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، لابن قدامة، لموفق الدين عبد الله بن أحمد المعروف بابن قدامة. ط/ المكتب الإسلامي، بيروت لبنان، الطبعة الخامسة، ١٤٠٨ هـ.
- كشف القناع عن متن الإقناع، لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتي. ط/ دار الكتب العلمية بيروت لبنان.
- كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، لعلاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري. ط/ دار الكتاب الإسلامي.
- اللباب شرح الكتاب، للشيخ عبد الغني الغنيمي، ط/ دار إحياء التراث، بيروت لبنان، ١٤١٢ هـ.
- المبدع في شرح المقنع، للشيخ أبي إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح الحنبلي، ط/ المكتب الإسلامي.

- المبسوط، لشمس الأئمة أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي. ط/ دار المعرفة، بيروت لبنان.
- مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر، لعبدالله بن محمد بن سليمان المعروف بداماد أفندي. الطبعة الأميرية بمصر.
- مجمع الضمانات، لأبي محمد غانم بن محمد البغدادي. ط/ دار الكتاب الإسلامي.
- مجموع الفتاوى، لشيخ الاسلام أحمد بن عبدالحليم تيمية، جمع وترتيب الشيخ عبدالرحمن بن قاسم. ط/ دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، ١٤١٢هـ.
- المحلى بالآثار، لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري. ط/ دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت لبنان.
- مختصر-المزني، لإسماعيل بن يحيى المزني. ط/ دار المعرفة، بيروت لبنان، توزيع مكتبة المعارف بالرياض.
- المدونة الكبرى، للإمام مالك بن أنس الأصبحي، رواية سحنون التنوخي عن ابن القاسم. ط/ دار الكتب العلمية بيروت لبنان.
- مطالب أولى النهى في شرح غاية المنتهى، للشيخ مصطفى السيوطي الرحباني. ط/ المكتب الإسلامي.
- معالم القرية في طلب الحسبة، لمحمد بن محمد القرشي المعروف بابن الأخوة، تحقيق إبراهيم شمس الدين، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ.
- معين الأحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، لعلاء الدين أبو الحسن علي بن خليل الطرابلسي. ط/ دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.
- المغني، لموفق الدين عبد الله بن أحمد المعروف بابن قدامة. ط/ دار إحياء التراث العربي.
- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، لشمس الدين محمد بن أحمد الشربيني الخطيب. ط/ دار الكتب العلمية، بيروت لبنان.
- المقدمات المهمات لبيان ماقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعية، للقاضي أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد. ط/ دار صادر بيروت.
- المنشور في القواعد، لبدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي. ط/ وزارة الأوقاف الكويتية.
- منح الجليل على مختصر العلامة خليل، لأبي عبد الله محمد بن أحمد المعروف بالشيخ عlish. ط/ دار صادر، بيروت لبنان.

- المنقح في فقه الإمام أحمد، لموفق الدين عبد الله بن أحمد المعروف بابن قدامة. ط/ مكتبة السوادي للتوزيع، جدة، الطبعة الأولى ١٤٢١هـ.
- المنتقى شرح الموطأ، لأبي الوليد سليمان بن خلف الباجي الأندلسي. ط/ دار الكتاب الإسلامي.
- منهاج الطالبين، للإمام يحيى بن شرف بن مري بن حسن النووي. مطبوع مع حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح المحلي له.
- المهذب، للشيخ أبي إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي. مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه بمصر.
- الموافقات، للإمام أبي إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المشهور الشاطبي بتعليق الشيخ عبد الله دراز ٢ / ١٥٩، ط/ المكتبة التجارية، القاهرة، ١٩٥٥ م.
- مواهب الجليل شرح مختصر خليل، لأبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الرعيني المعروف بالخطاب. ط/ دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.
- النكت والفوائد السنية على مشكل المحرر، لشمس الدين أبو عبد الله محمد بن مفلح المقدسي. ط/ دار الكتاب العربي.
- نهاية المحتاج إلى شرح ألفاظ المنهاج، لشمس الدين محمد بن أحمد الرملي المصري الشهير بالشافعي الصغير. ط/ دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.
- الهداية شرح بداية المبتدي، للشيخ أبي الحسن علي بن أبي بكر المرغيناني. ط/ المكتبة الإسلامية.
- خامسا: الكتب الفقهية والقانونية والاقتصادية المعاصرة:**
- أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة، للدكتور مبارك آل سليمان. ط/ كنوز إشيبيليا، الرياض، السعودية، الطبعة الأولى ١٤٢٦هـ.
- الأحكام العامة لعقد التأمين، دحسام لطفي. الطبعة الثالثة ٢٠٠١.
- أحكام عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي، د ناصر أحمد النشوي. ط/ دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية مصر، ٢٠٠٥ م.
- أحكام المعاملات الشرعية، للشيخ علي الخفيف. ط/ دار الفكر العربي، ٢٠٠٨ م.
- إدارة البنوك وصناديق الاستثمار وبورصات الأوراق المالية، د محمد سويلم. ط/ دار الهاني للطباعة.
- إدارة المخاطر باستخدام التوريق، منير إبراهيم هندي. ط/ المكتب العربي الحديث، ٢٠٠٩ م.
- إدارة البنوك والاستثمار وبورصات الأوراق المالية د محمد سويلم. ط/ دار الهاني للطباعة.
- أدوات وتقنيات مصرفية د. مدحت صادق. نشر دار غريب بالقاهرة ٢٠٠١ م.

- أساسيات الاستثمار العيني والمالي، د ناظم محمد الشمري، ود طاهر فاضل البياتي، وأحمد زكريا صيام. ط/ دار وائل، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، ١٩٩٩م.
- الأسهم والسندات وأحكامها في الفقه الإسلامي، د أحمد بن محمد الخليل. ط/ دار ابن الجوزي، الدمام، الطبعة الأولى ١٤٢٤هـ.
- الأسواق المالية وأدواتها المشتقة، محمد محمود حبش. ط/ مؤسسة الوراق، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، ١٩٩٨م.
- الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي، للدكتور محمد بن يوسف موسى. ط/ مطابع دار الكتاب العربي، القاهرة، الطبعة الأولى ١٣٧٢ هـ / ١٩٥٢ م.
- الأوراق المالية وأسواق رأس المال، د منير إبراهيم هندي. ط/ المكتب العربي الحديث ٢٠٠٩م.
- براءات الاختراع مابين التشريع الأردني والمصري والاتفاقات الدولية، د رأفت صلاح أبو الهيجاء ط/ عالم الكتاب الحديث ٢٠٠٦ م.
- البنك الدولي، تقرير عن التنمية في العالم ١٩٩٤م.
- البنية الأساسية من أجل التنمية. - البنك الدولي، ١٩٩٤م.
- التأمين وفقا للقانون الكويتي دراسة مقارنة مع القانونين المصري والفرنسي. د. جلال محمد إبراهيم. ط/ مطبوعات جامعة الكويت ١٩٨٩.
- التأمين في الشريعة الإسلامية والقانون د. غريب الجمال. ط/ دار الفكر العربي ١٩٧٠م.
- التأمين على الحياة د عبدود يحيى ص ٣٥ ط/ القاهرة عام ١٩٦٤م.
- الترخيص باستخدام العلامة التجارية لحسام الدين الصغير. ط/ القاهرة ١٩٩٣م.
- التوريق وأسواق المال مع الإشارة إلى التجربة اللبنانية" د أحمد سفر، ضمن بحوث في التوريق وإدارة الموجودات والمطلوبات والرهونات العقارية (سلسلة التوريق). ط/ بيروت: اتحاد المصارف العربية ٢٠٠٢، ٢٠٠٤.
- (التوريق) لمحمد أحمد غانم. ط/ المكتب الجامعي الحديث ٢٠٠٩م.
- التوريق د منير إبراهيم هندي. ط/ المكتب العربي الحديث، ٢٠٠٩م.
- توضيح المشكلات في قانون المرافعات، أحمد أفندي عفيفي، مطبعة المقتطف بالقاهرة، ١٨٨٥م.
- حماية العلامات التجارية لماهر فوزي حمدان. ط/ الجامعة الأردنية ١٩٩٩م.
- الخدمات الاستثمارية في المصارف وأحكامها في الفقه الإسلامي: "الصناديق والودائع الاستثمارية" للدكتور يوسف الشبيلي - دار ابن الجوزي الطبعة الأولى سنة ١٤٢٥هـ.

- دراسات الجدوى التجارية والاقتصادية والاجتماعية مع مشاريع BOT، لعبد القادر محمد عبد القادر عطية ط/ الدار الجامعية، الإسكندرية، الطبعة الثانية، ٢٠٠٠-٢٠٠١ م.
- دليل منظمة الامم المتحدة للتنمية الصناعية (اليونيدو) مطبوع باللغات التالية: الإنجليزية والفرنسية والاسبانية، سنة الطبع، ١٩٩٦ م.
- الاستثمار بالأسهم والسندات وتحليل الأوراق المالية، محمد صالح جابر. ط/ دار وائل للنشر- والتوزيع، ٢٠٠٥ م.
- سندات الإجارة والأعيان المؤجرة. د منذر قحف. ط/ المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، جدة، ٢٠٠٠ م.
- شرح قواعد الملكية الفكرية د نوري حمد خاطر. ط/ دار وائل للنشر ٢٠٠٥ م،
- الشرح الممتع على زاد المستقنع، للشيخ محمد بن صالح العثيمين. ط/ مؤسسة آسام الرياض، الطبعة الأولى، ١٤١٧ هـ.
- شركات الأموال، د مصطفى طه. ط/ دار الجامعة الجديدة للنشر ١٩٩٧.
- شركة المساهمة في النظام السعودي للدكتور صالح بن زابن المرزوقي. ط/ مركز البحث العلمي وإحياء التراث الإسلامي بجامعة أم القرى سنة ١٤٠٦ هـ.
- شركات المساهمة، د زيد أبو رضوان. ط/ دار الفكر العربي. تاريخ النشر: ١٩٧٦.
- صكوك الإجارة، د حامد ميرة. ط/ دار الميمان للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ١٤٢٩ هـ.
- العرف والعادة في رأي الفقهاء، لأحمد فهمي أبو سنة. ط/ دار البصائر للطباعة والنشر- والتوزيع، ٢٠٠٤.
- عقد امتياز المرفق العام b.o.t لإبراهيم الشهاوي ط ٢٠٠٣.
- عقد b.o.t، د إلياس ناصيف. توزيع المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس لبنان، ٢٠٠٦ م.
- عقد الامتياز التجاري د محمد محسن النجار ط/ دار الجامعة الجديدة ٢٠٠٧.
- عقد الفرنشايز (موجبات الفرقاء) جلول سيبل، ط/ مكتبة صادر الحقوقية.
- عقود التشييد والاستغلال والتسليم b.o.t دراسة في إطار القانون الدولي الخاص دكتور/ محمد الروبي. ط/ دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.
- العقود المالية المركبة د عبدالله العمراني. ط/ كنوز إشيبيليا، الرياض السعودية، الطبعة الأولى ١٤٢٧ هـ.

- الفرشاي: دراسة في القانون المقارن د نعيم مغغب. ط / منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى ٢٠٠٦م.
- القاموس القانوني الثلاثي لكل من: موريث نخلة، روجي البعلبكي، صلاح مطر ط / منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢م.
- القانون التجاري الأوراق التجارية-الإفلاس-العقود التجارية-عمليات البنوك، د مصطفى كمال طه، علي البارودي. ط / منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠١م.
- القانون التجاري السعودي لحمزة المدني. ط / دار المدني، جدة، السعودية.
- القانون التجاري، د أحمد محمد محرز - غير مذكور دار النشر - ط / ١٩٩٨ م.
- القانون التجاري السعودي، د محمد حسن الجبر. ط / الدار الوطنية الجديدة للنشر- والتوزيع بالخبر، الطبعة الثانية ١٤٠٨ هـ.
- القانون التجاري. د. عزيز العكيلي. ط / مكتبة دار الثقافة.
- قرارات مجمع الفقه الإسلامي. ط / وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية السعودية.
- الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية، ١٤٠٢ هـ - ١٩٨٣ م. الطبعة الرابعة ١٤٢٣ هـ.
- الاقتصاد الإسلامي أسس ومبادئ وأهداف، لعبدالله بن عبدالمحسن الطريقي. ط / مؤسسة الجريسي، الرياض، الطبعة السادسة، ٢٠٠٠م.
- ماذا تعرف عن الاستثمار في الأوراق المالية والبورصات والمستقات - المسار الأمريكي والبورصات الناشئة، د جلال البنا. ط / شركة الندى للطباعة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٦م.
- مباحث في الاقتصاد الإسلامي من أصوله الفقهية، د / محمد رواس قلعة جي. ط / دار النفائس، ٢٠٠٧م.
- المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية د صالح العوفي ط معهد الإدارة العامة ١٩٩٨م.
- مبادئ القانون التجاري، د زهير عباس كريم. ط / مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، الطبعة الأولى ١٩٩٥م.
- مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني، د أحمد العطيفي. ط / إدارة التشريع والفتوى المصرية.
- المدخل الفقهي العام، لمصطفى أحمد الزرقا. ط / دار القلم، دمشق سوريا، الطبعة الثانية، ١٤٢٥ هـ.
- مدخل إلى التنمية المتكاملة رؤية إسلامية، عبد الكريم بكار. ط / دار القلم، ١٤٢٠ هـ.
- المصارف الإسلامية والتنمية الصناعية لحسن يوسف داود، ط / دار الفكر العربي ١٩٩٨.

- المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الفقه والشرعية، ومحمد رواس قلعة جي. ط/ دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان الأردن.
- المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، ومحمد بن عثمان شبير. ط/ دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة السادسة ١٤٢٧هـ.
- المعايير الشرعية، صادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية والإسلامية، البحرين ط/ ١٤٣١هـ-٢٠١٠م.
- الملكية في الشريعة الإسلامية، للشيخ على الخفيف. ط/ دار النهضة العربية، القاهرة.
- الملكية في الشريعة الإسلامية، لعبد السلام العبادي. ط/ مكتبة الأقصى، الأردن.
- الموسوعة الاقتصادية، للدكتور راشد البراوي. ط/ دار النهضة العربية، مصر- الطبعة الرابعة، ١٤١٤هـ.
- موسوعة فقه ابن تيمية، ومحمد رواس قلعه جي. ط/ دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٩هـ.
- الموسوعة الفقهية الكويتية. إصدار وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بدولة الكويت. ط/ مطابع دار الصفوة بمصر، الطبعة الرابعة، ١٤١٤هـ.
- نظام التأمين حقيقته والرأي الشرعي فيه، مصطفى الزرقا: ط/ مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٨٤م.
- نظرية الدعوى في الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، أ. ومحمد نعيم ياسين. ط/ دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض السعودية، عام ١٤٢٣هـ.
- نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، د فتحي الدريني. ط/ مؤسسة الرسالة، الطبعة الثالثة ١٤٢٩هـ.
- النظرية العامة للعقود في الفقه الإسلامي والقانون، المجلد الأول: إبرام العقد، د بهاء الدين العلالي. ط/ دار الشواف، الرياض السعودية ١٤٢٦هـ- ٢٠٠٥م.
- النظرية العامة للالتزام د. حسام الدين كامل الأهواني. ط/ مطبعة أبناء وهبة حسان، ١٩٩٠.
- النظرية العامة للموجبات والعقود، جورج سيوفي. ط/ مكتبة الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى ١٩٦٠م.
- النظرية العامة للالتزام للدكتور د أنور سلطان. ط/ دار المعارف، مصر، ١٩٦٢م.
- النظرية العامة للالتزامات د: مصطفى الجمال. ط/ الدار الجامعية ١٩٨٧م.

- نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، للدكتور أحمد حشمت أبو سبت. ط/ مطبعة مصر، القاهرة، سنة ١٩٤٥ م.
 - الوجيز في القانون التجاري د مصطفى كمال طه. ط/ المكتب المصري الحديث ١٩٧١ م.
 - الوجيز في النظام التجاري السعودي د سعيد يحي. ط/ المكتب العربي الحديث.
 - الوسيط في القانون المدني د. للدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري: ط / دار إحياء التراث العربي ١٩٥٨ م.
 - الوسيط في القانون التجاري، د عبد القادر حسين العطير. ط/ مكتبة دار الثقافة، الطبعة الأولى، ١٩٩٨ م.
 - الوسيط في نظرية العقد د. عبد المجيد الحكيم، الجزء الأول في انعقاد العقد، ط/ شركة الطبع والنشر الأهلية - بغداد ١٩٦٧.
 - الوكالات التجارية في الفقه والنظام، د عبد المحسن الزكري. ط / دار الندوة العالمية للنشر والتوزيع، الدار الإسلامية للنشر والتوزيع.
- سادسا، القوانين والأنظمة:**
- القانون الأوربي للمناقبة الصادر عام ١٩٧٣ م.
 - القانون البلجيكي الصادر بتاريخ ٢٣/ حزيران/ ١٩٦١.
 - قانون التجارة المصري، رقم ١٧، لعام ١٩٩٩ م.
 - قانون الخدمات المالية البريطاني الصادر سنة ١٩٨٦.
 - القانون المدني الأردني، رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ م.
 - القانون المدني السوري بالمرسوم التشريعي رقم ٨٤ لعام ١٩٤٩.
 - القانون المدني الليبي، الصادر سنة ١٩٥٢ م.
 - القانون المدني المصري رقم ١٣١، لعام ١٩٤٨ م.
 - القانون المصري رقم ١٤٨ لسنة ٢٠٠١ بشأن التمويل العقاري.
 - قانون الموجبات والعقود اللبناني الصادر بتاريخ ٩/ ٣/ ١٩٣٢ م، مع ملاحقه وتعديلاته.
 - القانون ٩٥ لسنة ١٩٩٢ م عن سوق رأس المال في مصر.
 - نظام براءات الاختراع السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/ ٣٨ وتاريخ ١٤/ ٨/ ١٤٠٩ هـ.
 - المبنى على قرار مجلس الوزراء رقم (٥٦) وتاريخ ١٩/ ٤/ ١٤٠٩ هـ.
 - نظام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/ ٧٨، وتاريخ ١٩/ ٩/ ١٤٢٨.

- نظام الشركات السعودي (الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٦ بتاريخ ٢٢/٣/١٣٨٥هـ).
- نظام العلامات التجارية السعودي الصادر بالمرسوم الملكي الرقم: م/٢١ التاريخ: ٢٨/٥/١٤٢٣هـ بناءً على قرار مجلس الوزراء رقم (١٤٠) وتاريخ ٢٦/٥/١٤٢٣هـ،
- نظام المرافعات الشرعية السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٢١ وتاريخ ٢٠/٥/١٤٢١هـ.
- نظام المحكمة التجارية الصادر بالأمر الملكي رقم ٣٢ في ١٥/١/١٣٥٠هـ.
- سابعا: البحوث والمجلات الدورية والصحف اليومية ومواقع الانترنت:**
- بحث بعنوان: "إجارة العين لمن باعها"، دنزيه كمال حماد. مقدم للملتقى الفقهي الرابع، والذي نظمته شركة الراجحي المصرفية للاستثمار، والمنعقد في الرياض في الفترة ٢٣-٢٤/١٠/١٤٢٤هـ.
- بحث بعنوان: إدارة مخاطر الصكوك الإسلامية د: أشرف محمد دوابه، بحث منشور في الانترنت.
- بحث: أساليب البناء - التشغيل - الإعادة "BOT" سلاح المنافسة الجديد في صناعة البناء والتشييد، لخالد الدغثير مقدم إلى المؤتمر الهندسي السعودي الخامس، مكة المكرمة، جامعة أم القرى، ١٣-١٦ ذي القعدة ١٤١٩هـ.
- بحث "التأمين"، أعدته اللجنة الدائمة للإفتاء بالسعودية منشور في مجلة البحوث الإسلامية العدد ٢٠.
- بحث "التأمين"، للشيخ على الخفيف، منشور في مجلة الأزهر، ج ٨ السنة ٣٧، عام ١٩٦٦م.
- بحث بعنوان "التأمين التعاوني ماهيته وضوابطه ومعوقاته" د علي القره داغي. المقدم إلى المؤتمر الذي أقامته الهيئة الإسلامية العالمية للاقتصاد والتمويل عن التأمين بتاريخ ٢٣/١/١٤٣٠هـ.
- بحث بعنوان "تطبيق عقد البناء والتشغيل والإعادة (B.O.T) في تعمير الأوقاف والمرافق العامة" للدكتور أحمد محمد بخيت. مقدم لمجمع الفقه الإسلامي في دورته التاسعة عشرة بالشارقة.
- بحث بعنوان "تطبيق عقد البناء والتشغيل والإعادة (B.O.T) في تعمير الأوقاف والمرافق العامة" للدكتور أحمد محي الدين أحمد. مقدم لمجمع الفقه الإسلامي في دورته التاسعة عشرة بالشارقة.
- تعقيب د الصديق الضرير على بحث: اشتراط الإجارة في عقد البيع ينظر في بحث "اشتراط الإجارة في عقد البيع".
- بحث بعنوان "التنمية عن طريق الأدوات التمويلية". د سامي حسن حمود، من ضمن أعمال الندوة الفقهية الخامسة. التي أقامها بيت التمويل الكويتي، المنعقدة في الكويت، في فبراير ١٩٩٨م.
- بحث بعنوان: "التنمية بالسندات المشروعة لاستثمار متوسط وطويل الأجل" د عبدالستار أبو غدة، من ضمن أعمال الندوة الفقهية الخامسة، بيت التمويل الكويتي، ٢ - ٤ نوفمبر ١٩٩٨م.

- بحث بعنوان "التوريق المصرفي للديون الممارسة والإطار القانوني" د. حسين فتحي عثمان. بحث منشور في الدليل الإلكتروني للقانون العربي www.arablwinof.com.
- بحث بعنوان: "حقيقة نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية" للدكتورة ناهد السيد. مقدم لمجمع الفقه الإسلامي في دورته التاسعة عشرة بالشارقة.
- بحث بعنوان: خصخصة إدارة وبناء وتشغيل البنية التحتية في المملكة العربية السعودية لعبد الرحيم عبد الحميد الساعاتي، ندوة التعاون بين الحكومة والقطاع الأهلي في تمويل المشاريع الاقتصادية، جدة، جامعة الملك عبد العزيز، ٢-٤/٧/١٤٢٠هـ.
- بحث بعنوان: رهن المنفعة: للباحث خالد بن سعود الرشود. بحث تكميلي مقدم لنيل شهادة الماجستير من المعهد العالي للقضاء، قسم الفقه المقارن. غير مطبوع.
- بحث بعنوان "اشتراط الإجارة في عقد البيع" د عبد الله بن موسى العمار، مقدم إلى الملتقى الفقهي الرابع لشركة الراجحي المصرفية للاستثمار المنعقد بالرياض، ١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م.
- صحيفة الرياض العدد ١٤٥٥٢، بتاريخ الأحد ٢١ ربيع الآخر ١٤٢٩هـ - ٢٧ أبريل ٢٠٠٨م.
- صحيفة الوقائع المصرية.
- صحيفة الشرق الأوسط اللندنية.
- بحث بعنوان "الصكوك الإسلامية" للدكتورة صفية أبو بكر، مقدم لمؤتمر المصارف الإسلامية بين الواقع والمأمول المنعقد في دبي ٣١ مايو - ٣ يونيو ٢٠٠٩م.
- بحث بعنوان: "الصكوك الإسلامية وتطبيقاتها المعاصرة" للدكتور: علي القري مقدم للدورة التاسعة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي المنعقدة بالشارقة.
- بحث بعنوان "الصكوك الإسلامية (التوريق) وتطبيقاتها المعاصرة - أ. د. علي محيي الدين القره داغي د على القره داغي. مقدم لمجمع الفقه الإسلامي في دورته التاسعة عشرة بالشارقة.
- بحث بعنوان: الصكوك الإسلامية (التوريق) وتطبيقاتها المعاصرة للدكتور عبد الباري مشعل، مقدم للدورة التاسعة عشرة بمجمع الفقه الإسلامي.
- بحث بعنوان: الصكوك الإسلامية (التوريق) وتطبيقاتها المعاصرة، د فؤاد محيسن. مقدم للدورة التاسعة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي المنعقدة بالشارقة.
- بحث بعنوان "الصكوك الإسلامية بديل للسندات التقليدية"، عبد اللطيف عبد الرحيم جناحي. مقدم للدورة التاسعة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي المنعقدة بالشارقة.

- بحث بعنوان: "صكوك الاستثمار الإسلامي" للدكتور: حسين حامد حسان مقدم للدورة التاسعة عشرة بمجمع الفقه الإسلامي.
- بحث بعنوان "الصكوك وتطبيقاتها المعاصرة" للقاضي تقي الدين عثماني مقدم للدورة التاسعة عشرة في مجمع الفقه الإسلامي الدولي.
- بحث بعنوان "الصكوك وتمويل التنمية" د عبد الفتاح فرح. المجموعة العالمية للباحثين في الاقتصاد والمصارف الإسلامية.
- بحث بعنوان: "عقد البناء والتشغيل وإعادة الملك" للدكتور عبد الوهاب أبو سليمان. مقدم لمجمع الفقه الإسلامي في دورته التاسعة عشرة بالشارقة.
- بحث بعنوان "عقد البناء والتشغيل وإعادة (B.O.T) وتطبيقه في تعمير الأوقاف والمرافق العامة" للدكتور عبد الستار أبوغدة. مقدم لمجمع الفقه الإسلامي في دورته التاسعة عشرة بالشارقة.
- بحث بعنوان: عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية من الناحية الشرعية لمحمد تقي الدين عثماني صادر عن المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، البنك الإسلامي للتنمية، المملكة العربية السعودية، جدة.
- بحث بعنوان "عقد الفرنشايز" للدكتور ياسر بن فضل السريحي، من أوراق عمل مؤتمر الفرنشايز، المنعقد بالرياض ٢٠٠٨ م.
- بحث بعنوان: عقد الفرنشايز وآثاره. دعاء البشتاوي، رسالة ماجستير مقدمة لجامعة النجاح الوطنية بفلسطين، نوقشت بتاريخ ٨ / ٢ / ٢٠٠٩ م، غير مطبوع.
- بحث بعنوان "نحو مؤشر إسلامي للمعاملات المالية الآجلة" للدكتور حسين شحاتة، منشور في حولية البركة، العدد الرابع عام ١٤٢٣ هـ.
- بحث بعنوان "النظام الاقتصادي في الإسلام" د/ مسفر بن علي القحطاني، ١٤٢٣ هـ / ٢٠٠٢ م.
- بحث بعنوان "الوساطة المالية في الاقتصاد الإسلامي" د سامي إبراهيم السويلم، صادر عن مركز دراسات شركة الراجحي المصرفية - الرياض.
- قرار مجلس هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية رقم (٥١) وتاريخ ٤ / ٤ / ١٣٩٧ هـ.
- مؤتمر المجمع الفقهي الإسلامي المنعقد بتاريخ ٤ / ٤ / ١٣٩٩ هـ.
- المؤتمر العالمي للاقتصاد الإسلامي المنعقد في عام ١٣٩٦ هـ.
- مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، صادرة عن مجمع الفقه الإسلامي، بجدة التابع لرابطة العالم الإسلامي، العدد ١٥.

- مجمع البحوث الإسلامية بمصر في مؤتمره الثاني المنعقد عام ١٩٦٥ م.
- مشروع الأدوات والمنتجات الإسلامية في الفقه الإسلامي، إصدار معهد التدريب والبحوث الإسلامي بجدة.
- مقال في موقع <http://www.alaswaq.net/views> بتاريخ الأحد ١٧ صفر ١٤٢٩ هـ - ٢٤ فبراير ٢٠٠٨ م للكاتب: أحمد بن عبد الرحمن الجبير.
- مقال للشيخ عبدالله المنيع في جريدة الرياض العدد ١٥١٠٠ وتاريخ ٨/١١/١٤٣٠ هـ في الملحق الاقتصادي.
- http://finance.groups.yahoo.com/group/Islamic_Economic_Banking
- www.alaswaq.net,
- <http://en.wikipedia.org/wiki/know-how>.
- <http://www.alansari.org/vb/showthread.php?t=٢١٨>.
- http://www.iqtissadiya.com/archives_detail.asp?id=١٨٨٥&issue=٢٩١&category=local
- ثامناً: كتب التراجع:**
- أسد الغابة في معرفة الصحابة، لأبي السعادات المبارك بن محمد الجزري المعروف بابن الأثير. ط/ دار المعرفة، ١٩٩٧ م.
- إسعاف المبطأ برجال الموطأ، لجلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد السيوطي. مطبوع بذييل الموطأ، يرجع لطبعة الموطأ.
- الإصابة في تمييز الصحابة، للحافظ أحمد بن علي بن محمد بن حجر الكناي العسقلاني. ط/ دار الفكر، بيروت لبنان، الطبعة الأولى ١٤٢١ هـ.
- الأعلام، لخير الدين الزركلي. ط/ دار العلم للملايين، بيروت لبنان، الطبعة الثانية ١٩٩٧ م.
- البداية والنهاية، للإمام أبي الفداء إسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي، تحقيق د عبد المحسن التركي. ط/ دار هجر، الطبعة الأولى، ١٤١٧ هـ.
- البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع، لمحمد بن علي الشوكاني. ط/ دار الفكر، دمشق سورية، الطبعة الأولى، ١٤١٩ هـ.
- البغداديون أخبارهم ومجالسهم تأليف إبراهيم بن عبد الغني الدروبي ط/ مطبعة الدروبي بغداد.
- تاريخ بغداد، للحافظ أبي بكر بن علي الخطيب البغدادي. ط/ المكتبة السلفية، المدينة المنورة.
- تذكرة الحفاظ، للإمام أبي عبد الله شمس الدين محمد بن أحمد الذهبي. ط/ دار الفكر العربي، الطبعة السابعة.

- تقريب التهذيب، للحافظ، أحمد بن علي بن محمد بن حجر الكناي العسقلاني. ط/ دار الرشيد، حلب سوريا، الطبعة الأولى ١٤٠٦هـ.
- تهذيب التهذيب، للحافظ، أحمد بن علي بن محمد بن حجر الكناي العسقلاني. ط/ دار المعرفة، ١٩٩٦م.
- تهذيب الكمال في أسماء الرجال، ليوسف المزي، تحقيق بشار عواد. ط/ مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ.
- الجواهر المضية في طبقات الحنفية، لعبد القادر بن محمد القرشي الحنفي، تحقيق عبدالفتاح الحلو. ط/ مؤسسة الرسالة، الطبعة الثانية، ١٤١٣هـ.
- حسن المحاضرة في تاريخ مصر والقاهرة، لجلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد السيوطي، تحقيق محمد أبو الفضل إبراهيم. ط/ دار إحياء الكتب العربية - عيسى البابي الحلبي وشركاه.
- خلاصة الأثر في أعيان القرن الحادي عشر، لمحمد أمين المحبي. ط/ المطبعة الوهبية (مصورة من طبعة مكتبة الخياط، بيروت)، القاهرة بعناية الأستاذ مصطفى وهبة، الطبعة الأولى.
- الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، لإبراهيم بن نور الدين، المعروف بابن فرحون المالكي، تحقيق مأمون بن محي الدين الجنان. ط/ دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ.
- الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة، للحافظ، أحمد بن علي بن محمد بن حجر الكناي العسقلاني. ط/ دار الجيل، بيروت لبنان.
- الذيل على طبقات الحنابلة، لأبي الفرج عبد الرحمن بن أحمد المعروف بابن رجب الحنبلي. ط/ دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت لبنان.
- الاستيعاب في معرفة الأصحاب، للحافظ أبي عمر يوسف بن عبدالله بن محمد بن عبد البر. ط/ دار الكتب العلمية، ٢٠٠٣م.
- سير أعلام النبلاء، للإمام أبي عبدالله شمس الدين محمد بن أحمد الذهبي. ط/ مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان، الطبعة الحادي عشرة، ١٤٢٢هـ.
- شذرات الذهب في أخبار من ذهب، لأبي الفلاح عبدالحلي بن العماد الحنبلي. ط/ دار المسيرة، بيروت لبنان، الطبعة الثانية، ١٣٩٩هـ.
- الضوء اللامع لأهل القرن التاسع، للمؤرخ محمد بن عبد الرحمن السخاوي. ط/ دار دار مكتبة الحياة، بيروت لبنان.

- طبقات الشافعية الكبرى، لعبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي. تحقيق مصطفى عبدالقادر أحمد. ط/ دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢٠ هـ.
- الطبقات الكبرى، لمحمد بن سعد بن منيع أبو عبدالله البصري الزهري، تحقيق إحسان عباس. ط/ دار صادر بيروت لبنان، الطبعة الأولى، ١٩٦٨ م.
- العبر في خبر من غير، للإمام أبي عبدالله شمس الدين محمد بن أحمد الذهبي. ط/ دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ١٩٨٥ م.
- الفوائد البهية في تراجم الحنفية، لمحمد بن عبدالحكي الكنوي، تحقيق أحمد الزعبي، دار الأرقم، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٨ هـ.
- فوات الوفيات، لمحمد بن شاكر الكتبي، تحقيق إحسان عباس. ط/ دار صادر، بيروت لبنان، الطبعة الأولى.
- لسان الميزان، للحافظ، أحمد بن علي بن محمد بن حجر الكناي العسقلاني، تحقيق عادل عبدالموجود وآخرين. ط/ دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٦ هـ.
- معجم المؤلفين، لعمر رضا كحالة. ط/ دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان.
- المغرب في حلى المغرب، لعبد الملك بن سعيد المغربي، تحقيق شوقي ضيف. ط/ دار المعارف، الطبعة الرابعة.
- النجوم الزاهرة في ملوك مصر والقاهرة لابن تغري بردي. ط/ القاهرة ١٩٦٣.
- وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، لأحمد بن محمد بن خلكان. ط/ المكتبة التدمرية، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٧ هـ.

فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع
١٠-٥	التعريف بالهيئة الشرعية والمجموعة الشرعية في مصرف الراجحي
٤٦-١١	المقدمة
١٧	أهمية الموضوع وأسباب اختياره
١٧	أهداف البحث
١٨	الدراسات السابقة
٣١	منهج البحث
٣٤	خطة البحث
١١٢-٤٧	التمهيد
٤٩	المبحث الأول: التعريف بمفردات العنوان
	المطلب الأول: تعريف العقود المبتكرة للتمويل والاستثمار بالصكوك الإسلامية
٤٩	باعتبار مفرداتها
٤٩	الفرع الأول: المقصود بالعقود المبتكرة
٤٩	المسألة الأولى: معنى العقود لغة واصطلاحاً
٥١	المسألة الثانية: معنى المبتكرة
٥٤	المسألة الثالثة: المقصود بالعقود المبتكرة
٥٤	الفرع الثاني: معنى التمويل والاستثمار
٥٤	المسألة الأولى: معنى التمويل
٥٥	المسألة الثانية: معنى الاستثمار
٥٦	الفرع الثالث: معنى الصكوك
٥٧	المطلب الثاني: تعريف الصكوك الإسلامية باعتبارها علماً ولقباً
٦٠	المبحث الثاني: أنواع وخصائص الصكوك الإسلامية
٦٠	المطلب الأول: أنواع الصكوك الإسلامية
٦٢	المطلب الثاني: خصائص الصكوك الإسلامية
٦٤	المبحث الثالث: أحكام المعايير العامة للصكوك
٦٤	المطلب الأول: حكم التوزيع الدوري على حملة الصكوك
٦٤	الفرع الأول: المقصود بهذا المعيار

الصفحة

الموضوع

٦٥	الفرع الثاني: الدوافع الحاملة على تبني هذا المعيار في الصكوك الإسلامية
٦٨	الفرع الثالث: حكم هذا المعيار
٧٧	المطلب الثاني: حكم ضمان استرداد رأس المال
٧٧	الفرع الأول: سبب وجود هذا المعيار
٧٨	الفرع الثاني: حكم ضمان رأس المال
٨٦	المطلب الثالث: حكم اشتراط الحافز لمدير العملية
٨٦	الفرع الأول: معنى الحافز لغة واصطلاحاً وتكييفه شرعاً
٨٦	المسألة الأولى: معنى الحافز لغة
٨٦	المسألة الثانية: معنى الحافز في الصكوك الإسلامية اصطلاحاً
٨٦	المسألة الثالثة: تكييفه شرعاً
٩٠	الفرع الثاني: المقصود بمدير العملية وحكم اشتراط الحافز له
٩٠	المسألة الأولى: المقصود بمدير العملية
٩١	المسألة الثانية: حكم اشتراط الحافز له
١٠٢	المطلب الرابع: حكم اشتراط القرض عند نقص الربح عن النسبة المعينة
١٠٨	المطلب الخامس: حكم تعهد المدير بشراء الأصول بالقيمة الاسمية

الباب الأول

صكوك عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة (B.O.T): في المجال العقاري ٢٦٦-١١٢

تمهيد: وفيه تعريف عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة، و أركانه وخصائصه،

١١٥	وسلبياته، وإيجابياته
١١٥	المطلب الأول: تعريف عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة
	المطلب الثاني: أركان عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة، وخصائصه، وسلبياته، وإيجابياته، والعقود المشابهة له
١١٨	الفرع الأول: أركان عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة
١١٨	الفرع الثاني: خصائص عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة
١٢١	الفرع الثالث: سلبيات وإيجابيات عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة
١٢١	المسألة الأولى: إيجابيات عقد B.O.T
١٢٣	المسألة الثانية: سلبيات أو مساوئ عقد B.O.T
١٢٥	الفرع الرابع: العقود المشابهة لعقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة

الفصل الأول

١٥٤-١٢٩

تكييف عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة، و حكمه

- المبحث الأول: آلية العمل بأسلوب عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة ١٣١
- المبحث الثاني: تكييف العقد شرعا ١٣٣
- المطلب الأول: تخريج المسألة على أقوال الفقهاء السابقين ١٣٣
- المطلب الثاني: تكييف عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة ١٣٤
- المبحث الثالث: حكم الاستصناع ١٤٤

الفصل الثاني

٢٦٦-١٥٥

صكوك التمويل والاستثمار بعقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة

- المبحث الأول: تعريف صكوك التمويل والاستثمار بعقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة، وأهميتها ١٥٧
- المطلب الأول: تعريف صكوك التمويل والاستثمار بعقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة ١٥٧
- المطلب الثاني: أهمية صكوك التمويل والاستثمار بعقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة ١٥٨
- المبحث الثاني: التكييف الشرعي لتصكيك عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة و حكمه ١٦٠
- المطلب الأول: التكييف الشرعي لتصكيك عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة ١٦٠
- الفرع الأول: صور تصكيك عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة ١٦٠
- الفرع الثاني: تكييف صور تصكيك عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة ١٦١
- المسألة الأولى: تكييف الصورة الأولى ١٦١
- المسألة الثانية: تكييف الصورة الثانية من صكوك امتياز البناء والتشغيل والإعادة ١٧٣
- التكييف الأول: أنه: عقد مشاركة في المشاع ١٧٣
- ما يؤخذ على التكييف ١٨٠
- الثاني: تخرج هذه الصكوك على عقد الإجارة ١٨٠
- الإشكال الأول ١٨٢
- الإشكال الثاني ١٨٩
- الإشكال الثالث ١٩٦
- الإشكال الرابع ١٩٨

الموضوع	الصفحة
التكليف الثالث: يعد عقد بيع مستحدث	٢٠٠
المطلب الثاني: حكم تصكيك عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة	٢٠٤
المبحث الثالث: شروط عقد إصدار صكوك التمويل بعقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة	٢٠٥
المطلب الأول: شروط عقد إصدار صكوك التمويل بعقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة	٢٠٥
الفرع الأول: شروط عقد إصدار الصورة الأولى من صكوك التمويل بعقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة	٢٠٥
الفرع الثاني: شروط عقد إصدار الصورة الثانية من صكوك التمويل بعقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة	٢١٣
المطلب الثاني: الشروط في عقد إصدار صكوك التمويل بعقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة	٢٢٠
الفرع الأول: الشروط في الصورة الأولى من عقد إصدار صكوك التمويل بعقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة	٢٢٠
الفرع الثاني: الشروط في الصورة الثانية من عقد إصدار صكوك التمويل بعقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة	٢٣٣
المبحث الرابع: حكم تداول صكوك عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة	٢٤٣
المطلب الأول: المقصود بتداول الصكوك	٢٤٣
المطلب الثاني: حكم تداول الصورة الأولى من صكوك عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة	٢٤٣
المطلب الثالث: حكم تداول الصكوك من الصورة الثانية من صكوك التمويل والاستثمار بعقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة	٢٤٩
المبحث الخامس: استرداد صكوك التمويل والاستثمار بعقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة وانتهاءها	٢٥٠
المطلب الأول: استرداد صكوك التمويل والاستثمار بعقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة	٢٥٠

الفرع الأول: المقصود باسترداد صكوك التمويل والاستثمار بعقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة	٢٥٠
الفرع الثاني: استرداد صكوك التمويل والاستثمار بعقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة.....	٢٥٠
المسألة الأولى: الاسترداد بالبيع	٢٥٠
المسألة الثانية: الاسترداد بالفسخ	٢٥١
المسألة الثالثة: الاسترداد بالإقالة	٢٥٦
المطلب الثاني: انتهاء صكوك التمويل والاستثمار بعقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة	٢٦٢
الفرع الأول: انتهاء صكوك التمويل والاستثمار بعقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة بالقوة القاهرة	٢٦٢
المسألة الأولى: تعريف القوة القاهرة	٢٦٢
المسألة الثانية: تكييف انتهاء عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة بالقوة القاهرة	٢٦٢
المسألة الثالثة: مسؤولية طرفي عقد صكوك امتياز البناء والتشغيل والإعادة	٢٦٣
الفرع الثاني: انتهاء صكوك التمويل والاستثمار بعقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة بانتهاء المدة المتعاقد عليها	٢٦٦

الباب الثاني

٥٢٤-٢٦٧

صكوك العقود في المجال التجاري

التمهيد

٢٧٤-٢٦٩

بيان المقصود بالمجال التجاري وأهميته

المبحث الأول: المقصود بالمجال التجاري	٢٦٩
المطلب الأول: المراد بالتجارة في اللغة والشرع	٢٦٩
المطلب الثاني: العمل التجاري في النظام أو القانون	٢٧٠
الفرع الأول: معايير تحديد العمل التجاري	٢٧٠
الفرع الثاني: العمل التجاري في النظام التجاري السعودي	٢٧٢
المبحث الثاني: أهمية المجال التجاري	٢٧٣

الفصل الأول

٣٥٤-٢٧٥

توريق الديون وأحكامه

التمهيد في تعريف توريق الديون ودوافعه و علاقته بالصكوك الإسلامية	٢٧٧
المطلب الأول: تعريف توريق الديون	٢٧٧

الموضوع	الصفحة
المطلب الثاني: دوافع توريق الديون	٢٧٨
المطلب الثالث: علاقة توريق الديون بالصكوك الإسلامية	٢٨١
المبحث الأول: أنواع توريق الديون وأساليبه ومخاطره	٢٨٣
المطلب الأول: أنواع التوريق	٢٨٣
المطلب الثاني: أساليب التوريق	٢٨٤
أولاً: نقل الأصول بحوالة الحق	٢٨٤
ثانياً: نقل الأصول (الديون: عن طريق التجديد)	٢٨٥
ثالثاً: المشاركة الفرعية (Sub-Participation)	٢٨٧
المطلب الثالث: مخاطر التوريق	٢٨٨
الفرع الأول: معنى المخاطر لغة واصطلاحاً	٢٨٨
الفرع الثاني: مخاطر التوريق	٢٨٨
المبحث الثاني: تكييف توريق الديون شرعاً وحكمه	٢٩١
المطلب الأول: إجراءات توريق الديون	٢٩١
الفرع الأول: إجراءات التوريق التقليدي للديون	٢٩١
الفرع الثاني: إجراءات التوريق الإسلامي للديون (تصكيك الديون أو صكوك التوريق)	٢٩٤
التوريق المقترح من الباحث	٢٩٦
الطريق الأول: التوريق الإسلامي للديون الحالية	٢٩٦
الطريق الثاني: التوريق الإسلامي للديون المستقبلية	٢٩٧
المطلب الثاني: التكييف الشرعي لتوريق الديون، وحكمه شرعاً	٢٩٨
الفرع الأول: تكييف التوريق التقليدي للديون وحكمه شرعاً	٢٩٨
الفرع الثاني: تكييف التوريق الإسلامي للديون الحالية وحكمه شرعاً	٣٠٠
الفرع الثالث: تكييف التوريق الإسلامي للديون المستقبلية وحكمه شرعاً	٣٠٩
المبحث الثالث: حكم تداول صكوك التوريق	٣١٥
المطلب الأول: حكم تداول صكوك التوريق التقليدي	٣١٥
المطلب الثاني: حكم تداول صكوك التوريق الإسلامي	٣١٧
الفرع الأول: حكم تداول صكوك التوريق الإسلامي للديون الحالية	٣١٧

- المسألة الأولى: حكم تداول هذا النوع من الصكوك إذا كان بغير عقد معاوضة ٣١٧
- المسألة الثانية: حكم تداول هذا النوع من الصكوك إذا كان بعقد معاوضة ٣٢١
- الفرع الثاني: حكم تداول صكوك التوريق الإسلامي للديون المستقبلية ٣٢٦
- المبحث الرابع: استرداد صكوك التمويل والاستثمار بعقد التوريق وانتهاءها ٣٢٨
- المطلب الأول: استرداد صكوك التمويل والاستثمار بعقد التوريق ٣٢٨
- الفرع الأول: استرداد صكوك التمويل والاستثمار بعقد التوريق التقليدي ٣٢٨
- المسألة الأولى: بيان خاصية الاسترداد للسندات التقليدية ٣٢٨
- المسألة الثانية: التوبة من التوريق التقليدي بناء على خاصية الاسترداد ٣٢٩
- الفرع الثاني: استرداد صكوك التمويل والاستثمار بعقد التوريق الإسلامي ٣٣٢
- المسألة الأولى: حكم الاسترداد بخاصية الرد في التوريق الإسلامي ٣٣٢
- الفقرة الأولى: حكم الاسترداد بخاصية الرد في التوريق الإسلامي للديون الحالية ... ٣٣٢
- الأمر الأول: طريقة الاسترداد بخاصية الرد في التوريق الإسلامي للديون الحالية ... ٣٣٢
- الأمر الثاني: حكم الاسترداد بخاصية الرد في التوريق الإسلامي للديون الحالية ٣٣٣
- الواقعة الأولى: حكم إطلاق المدة في خيار الشرط ٣٣٤
- الواقعة الثانية: حكم تصرف مصدر الصك بالسلع بعد قبضها مع قيام خيار الشرط ... ٣٤٣
- الواقعة الثالثة: أن اختيار الرد يكون بالقيمة الاسمية أو أقل ٣٤٤
- الواقعة الرابعة: مصير الأقساط المسددة أثناء مدة الخيار، إذا استلمها البائع (حملة الصكوك) ٣٤٥
- الفقرة الثانية: حكم الاسترداد بخاصية الرد في التوريق الإسلامي للديون المستقبلية ٣٤٥
- المسألة الثانية: حكم الاسترداد بخاصية الاستدعاء في التوريق الإسلامي ٣٤٨
- الفقرة الأولى: حكم الاسترداد بخاصية الاستدعاء في التوريق الإسلامي للديون الحالية ٣٤٨
- الفقرة الثانية: حكم الاسترداد بخاصية الاستدعاء في التوريق الإسلامي للديون المستقبلية ٣٥٠
- المسألة الثالث: الاسترداد بطريق الإقالة ٣٥١
- المطلب الثاني: انتهاء صكوك التمويل والاستثمار بعقد التوريق ٣٥٣

الموضوع	الصفحة
الفرع الأول: انتهاء صكوك التمويل والاستثمار بعقد التوريد التقليدي	٣٥٣
الفرع الثاني: انتهاء صكوك التمويل والاستثمار بعقد التوريد الإسلامي	٣٥٤
المسألة الأولى: انتهاء صكوك التمويل والاستثمار بعقد التوريد الإسلامي للديون الحالية	٣٥٤
المسألة الثانية: انتهاء صكوك التمويل والاستثمار بعقد التوريد الإسلامي للديون المستقبلية	٣٥٤

الفصل الثاني

صكوك عقد الامتياز التجاري (franchise) ٣٥٥-٤٤٦

التمهيد في تعريف عقد الامتياز التجاري ومتعلقاته وبيان أركانه وأنواعه	٣٥٧
المطلب الأول: تحديد ماهية عقد الامتياز التجاري	٣٥٧
الفرع الأول: المفهوم العام لعقد الامتياز التجاري	٣٥٧
الفرع الثاني: تعريف عقد الامتياز التجاري (الفرنشايز)	٣٥٨
المطلب الثاني: تعريف متعلقات عقد الامتياز التجاري	٣٦٠
الفرع الأول: تعريف العلامة التجارية	٣٦٠
الفرع الثاني: تعريف الرسم والنموذج الصناعي	٣٦١
المسألة الأولى: المقصود بالرسم	٣٦١
المسألة الثانية: المقصود بالنموذج	٣٦٢
الفرع الثالث: تعريف براءة الاختراع	٣٦٢
المطلب الثالث: أركان عقد الامتياز التجاري	٣٦٢
المطلب الرابع: أنواع عقد الامتياز التجاري	٣٦٨
المبحث الأول: الالتزامات المترتبة على طرفي عقد الامتياز التجاري، وأساليب منح الامتياز التجاري وتكييفه في الفقه	٣٧١
المطلب الأول: الالتزامات المترتبة على المانح أو المرخص (الفرنشايزر)	٣٧١
المطلب الثاني: الالتزامات المترتبة على الممنوح أو المرخص (الفرنشايزي)	٣٧٤
المطلب الثالث: أساليب منح الامتياز	٣٧٦
المطلب الرابع: تكييف عقد الامتياز التجاري في الفقه	٣٧٧

الموضوع	الصفحة
الفرع الأول: تكييف الأمور التي يقوم عليها عقد الامتياز التجاري	٣٧٨
المسألة الأولى: تكييف الحق المعنوي	٣٧٨
بيان مالية الحق المعنوي	٣٧٨
ماهية الحق المعنوي	٣٨٢
المسألة الثانية: تكييف الخامات، أو المنتجات، أو السلع	٣٨٤
المسألة الثالثة: تكييف المساعدة التقنية والفنية	٣٨٤
التكييف الأول: أنها من توابع العقد	٣٨٥
التكييف الثاني: أنها من باب الشروط في العقد لمصلحة العاقد	٣٨٨
الفرع الثاني: تكييف الامتياز التجاري	٣٨٩
المبحث الثاني: استثمار وتمويل عقد الامتياز التجاري بالصكوك	٤٠٥
المطلب الأول: طريقة تصكيك عقد الامتياز التجاري	٤٠٥
مقدمة	٤٠٥
الفرع الأول: تصكيك امتياز تجاري تحت التأسيس	٤٠٥
الفرع الثاني: تصكيك عقد امتياز تجاري قائم	٤٠٧
المطلب الثاني: تكييف العلاقة بين أطراف عقد صكوك الامتياز التجاري في الفقه	٤٠٨
الفرع الأول: تكييف العلاقة بين أطراف عقد صكوك امتياز تجاري تحت التأسيس	٤٠٨
الفرع الثاني: تكييف العلاقة بين أطراف عقد صكوك امتياز تجاري قائم	٤١٠
المطلب الثالث: حكم التمويل والاستثمار بالصكوك في عقد الامتياز التجاري	٤١٥
المبحث الثالث: حكم تداول هذا النوع من الصكوك	٤١٧
المطلب الأول: تداول صكوك امتياز تجاري تحت التأسيس	٤١٧
المطلب الثاني: تداول صكوك امتياز تجاري قائم	٤٢٢
المبحث الرابع: استرداد صكوك التمويل والاستثمار بعقد الامتياز التجاري وانتهاءها	٤٢٤
المطلب الأول: استرداد صكوك التمويل والاستثمار بعقد الامتياز التجاري	٤٢٤
الفرع الأول: استرداد صكوك التمويل والاستثمار بعقد امتياز تجاري تحت التأسيس ...	٤٢٤
المسألة الأولى: الاسترداد بالبيع	٤٢٤
المسألة الثانية: الاسترداد بالفسخ	٤٢٩

الموضوع	الصفحة
المسألة الثالثة: الاسترداد بالإقالة	٤٣٤
الفرع الثاني: استرداد صكوك التمويل والاستثمار بعقد امتياز تجاري قائم	٤٣٤
المسألة الأولى: الاسترداد بالبيع	٤٣٤
المسألة الثانية: الاسترداد بالفسخ	٤٣٥
المطلب الثاني: انتهاء صكوك التمويل والاستثمار بعقد الامتياز التجاري	٤٣٩
الفرع الأول: انتهاء صكوك التمويل والاستثمار بعقد الامتياز التجاري بانتهاء عقد الامتياز التجاري	٤٣٩
المسألة الأولى: أسباب انتهاء عقد الامتياز التجاري	٤٣٩
المسألة الثانية: التكليف الفقهي لانتهاء صكوك الامتياز التجاري بانتهاء مدة الامتياز	٤٤٢
الفرع الثاني: انتهاء صكوك التمويل والاستثمار بعقد الامتياز التجاري بانتهاء مدة الصكوك	٤٤٤

الفصل الثالث

٥٠٠-٤٤٧

صكوك الوكالة بالاستثمار

التمهيد في تعريف صكوك الوكالة بالاستثمار، ومشروعية الوكالة وأركانها	٤٤٩
المطلب الأول: تعريف صكوك الوكالة بالاستثمار	٤٤٩
الفرع الأول: تعريف الوكالة	٤٤٩
المسألة الأولى: تعريف الوكالة لغة	٤٤٩
المسألة الثانية: تعريف الوكالة في الاصطلاح	٤٥٠
الفرع الثاني: تعريف صكوك الوكالة بالاستثمار باعتبارها علما ولقبا	٤٥١
المطلب الثاني: مشروعية الوكالة	٤٥٢
المطلب الثالث: أركان الوكالة	٤٥٣
المبحث الأول: أطراف صكوك الوكالة بالاستثمار وتكييفها الفقهي وحكمها	٤٥٤
المطلب الأول: أطراف صكوك الوكالة بالاستثمار	٤٥٤
المطلب الثاني: تكييف صكوك الوكالة بالاستثمار	٤٥٥
الفرع الأول: حكم صكوك الوكالة بالاستثمار من جهة الجواز وعدمه	٤٥٥
الفرع الثاني: حكم صكوك الوكالة بالاستثمار من جهة اللزوم وعدمه	٤٥٥

٤٦٤	المطلب الرابع: الشروط والضوابط اللازم توافرها في هذه الصكوك
٤٦٤	الشرط الأول: أن يبذل الموكل الوسع والجهد والعناية اللازمة لنجاح عملية الاستثمار
٤٦٥	الشرط الثاني: أن يلتزم الوكيل بإنشاء سجل خاص بحركة الاستثمار
٤٦٦	الشرط الثالث: الالتزام بنقل آثار العقد إلى الموكل
٤٦٨	الشرط الرابع: تحديد المعاملات الآجلة بمبلغ معين
٤٦٩	الشرط الخامس: ضمان الوكيل للموكل، التزام المتعاقد معه الوفاء بالتزاماته
٤٧٠	المقدمة الأولى: بيان أنواع الشروط الصحيحة عند الفقهاء
٤٧١	المقدمة الثانية: تعيين مقتضى عقد صكوك الوكالة بالاستثمار وما يلائمها
٤٧٣	المقدمة الثالثة: ما حكم ضمان المجهول، وضمان الحق قبل وجوبه
٤٧٦	النتيجة
٤٧٧	المبحث الثاني: التمويل والاستثمار في عقد التأمين بواسطة صكوك الوكالة بالاستثمار ...
٤٧٧	المطلب الأول: تعريف التأمين وأنواعه وحكمه
٤٧٧	الفرع الأول: تعريف التأمين
٤٧٧	المسألة الأولى: تعريف التأمين في اللغة
٤٧٧	المسألة الثانية: تعريف التأمين في الاصطلاح
٤٧٨	الفرع الثاني: أنواع التأمين
٤٧٩	الفرع الثالث: حكم التأمين
٤٨٧	المطلب الثاني: الصيغة المبتكرة لتمويل عقد التأمين بصكوك الوكالة بالاستثمار وأطرافها
٤٨٧	الفرع الأول: الصيغة المبتكرة لتمويل عقد التأمين
٤٨٨	الفرع الثاني: أطراف هذا العقد وتكييف كل طرف
٤٩٠	المطلب الثالث: حكم التأمين بهذه الصيغة
٤٩٢	المبحث الثالث: حكم تداول صكوك الوكالة بالاستثمار واستردادها وانتهاءها
٤٩٢	المطلب الأول: حكم تداول صكوك الوكالة بالاستثمار
٤٩٢	الفرع الأول: حكم تداول صكوك الوكالة بالاستثمار العادية
٤٩٣	الفرع الثاني: حكم تداول صكوك الوكالة بالاستثمار التأمينية
٤٩٦	المطلب الثاني: استرداد صكوك الوكالة بالاستثمار وانتهاءها

الموضوع	الصفحة
الفرع الأول: استرداد صكوك الوكالة بالاستثمار	٤٩٦
الفرع الثاني: انتهاء صكوك الوكالة بالاستثمار	٤٩٨
الفصل الرابع	
الصكوك القابلة للتحويل إلى أسهم (Convertible sukuk)	
والصكوك القابلة للتبديل بأسهم (Exchangeble sukuk)	
٥٢٤-٥٠١	
المبحث الأول: تعريف الشركة المساهمة والأسهم وبيان خصائصها والفرق بين الأسهم والصكوك أو السندات	٥٠٣
المطلب الأول: تعريف الشركة المساهمة والأسهم وبيان خصائصها	٥٠٣
الفرع الأول: تعريف الشركة المساهمة	٥٠٣
الفرع الثاني: تعريف السهم	٥٠٤
الفرع الثالث: خصائص السهم	٥٠٤
المطلب الثاني: الفرق بين الأسهم والسندات	٥٠٦
المبحث الثاني: تعريف الصكوك القابلة للتحويل إلى أسهم والصكوك القابلة للتبديل بأسهم والفرق بينهما وخصائص هذا النوع من الصكوك	٥٠٨
المطلب الأول: تعريف الصكوك القابلة للتحويل إلى أسهم والصكوك القابلة للتبديل بأسهم والفرق بينهما	٥٠٨
الفرع الأول: تعريف الصكوك القابلة للتحويل إلى أسهم والصكوك القابلة للتبديل بأسهم	٥٠٨
المسألة الأولى: تعريف الصكوك القابلة للتحويل إلى أسهم	٥٠٨
المسألة الثانية: تعريف الصكوك القابلة للتبديل بأسهم	٥٠٩
الفرع الثاني: الفرق بين الصكوك القابلة للتحويل إلى أسهم والصكوك القابلة للتبديل بأسهم	٥٠٩
المطلب الثاني: خصائص وضوابط هذا النوع من الصكوك	٥١٠
الفرع الأول: خصائص هذا النوع من الصكوك	٥١٠
الفرع الثاني: ضوابط إصدار هذا النوع من الصكوك	٥١٤
المبحث الثالث: تكييف الصكوك القابلة للتحويل إلى أسهم والصكوك القابلة للتبديل بأسهم وحكمها شرعا	٥١٥

المطلب الأول: تكييف التحول أو الاستبدال بأسهم في الصكوك القابلة لذلك،	
وحكمها شرعا	٥١٥
الفرع الأول: تكييف التحول أو الاستبدال بأسهم في الصكوك القابلة لذلك	٥١٥
الفرع الثاني: حكم التحول أو الاستبدال بأسهم في الصكوك القابلة لذلك	٥١٧
المطلب الثاني: تكييف خيار الاستبدال أو التحويل في الصكوك القابلة لذلك، وحكمه	
شرعا	٥١٨
الفرع الأول: تكييف خيار أو حق الاستبدال أو التحويل في الصكوك القابلة لذلك ...	٥١٨
الفرع الثاني: حكم خيار الاستبدال أو التحويل في الصكوك القابلة لذلك	٥١٨
المطلب الثالث: تكييف خيار الاستدعاء في الصكوك القابلة للتحويل إلى أسهم	
والصكوك القابلة للتبديل بأسهم وحكمها شرعا	٥٢٢
الفرع الأول: تكييف خيار الاستدعاء في الصكوك القابلة للتحويل إلى أسهم والصكوك	
القابلة للتبديل بأسهم	٥٢٢
الفرع الثاني: حكم خيار الاستدعاء في الصكوك القابلة للتحويل إلى أسهم والصكوك	
القابلة للتبديل بأسهم	٥٢٣

الباب الثالث

٦٨٤-٥٢٥

صكوك العقود في المجال الصناعي والزراعي

التمهيد في بيان أهمية التمويل والاستثمار في المجالين الصناعي والزراعي	٥٢٧

الفصل الأول

٥٩٠-٥٣١

التمويل والاستثمار بصكوك عقد السلم

التمهيد: في بيان علاقة عقد السلم بالمجال الصناعي وتعريف عقد السلم والصكوك فيه	
ومشروعيته وشروطه	٥٣٣
المطلب الأول: علاقة عقد السلم بالمجال الصناعي	٥٣٣
المطلب الثاني: تعريف عقد السلم	٥٣٤
الفرع الأول: تعريف عقد السلم لغة	٥٣٤
الفرع الثاني: تعريف عقد السلم في الإصطلاح	٥٣٤
المطلب الثالث: تعريف صكوك عقد السلم باعتبارها علما ولقبا	٥٣٥
المطلب الرابع: مشروعية عقد السلم	٥٣٦

الموضوع	الصفحة
المطلب الخامس: شروط عقد السلم	٥٣٨
الفرع الأول: الشروط التي ترجع إلى البديلين في عقد السلم	٥٣٨
الفرع الثاني: شروط رأس مال السلم	٥٣٨
الفرع الثالث: شروط المسلم فيه	٥٤٣
الشرط الأول: أن يكون المسلم فيه ديناً موصوفاً في الذمة	٥٤٣
الشرط الثاني: أن يكون المسلم فيه معلوماً	٥٤٤
الشرط الثالث: أن يكون المسلم فيه مؤجلاً	٥٤٤
الشرط الرابع: أن يكون الأجل معلوماً	٥٤٨
الشرط الخامس: أن يكون المسلم فيه مقدور التسليم عند محله	٥٤٩
الشرط السادس: تعيين مكان الإيفاء	٥٥٠
المبحث الأول: إصدار وتداول صكوك السلم واستردادها	٥٥٣
المطلب الأول: إصدار صكوك السلم	٥٥٣
الفرع الأول: عقد إصدار صكوك السلم	٥٥٣
المسألة الأولى: أركان عقد صكوك السلم	٥٥٣
المسألة الثانية: اتحاد المجلس في صكوك السلم	٥٥٦
الفرع الثاني: شروط إصدار صكوك السلم	٥٥٧
المطلب الثاني: حكم تداول صكوك السلم	٥٥٨
القسم الأول: تداول الصك بغير معاوضة	٥٥٨
القسم الثاني: تداول الصك ببيعه بنقد	٥٦٠
القسم الثالث: تداول الصك ببيعه بعرض	٥٦٥
المطلب الثالث: استرداد صكوك السلم وانتهاءها	٥٦٨
الفرع الأول: استرداد صكوك السلم	٥٦٨
المسألة الأولى: الاسترداد بالفسخ	٥٦٨
الطريق الأول: شرط الخيار	٥٦٩
الطريق الثاني: خيار السلم	٥٧١
المسألة الثانية: الاسترداد بالإقالة	٥٧٤

المسألة الثالثة: الاسترداد باستبدال المسلم فيه قبل القبض (الصكوك القابلة للتحويل إلى أسهم)	٥٧٥
الفقرة الأولى: حكم استبدال المسلم فيه قبل قبضه	٥٧٥
الفقرة الثانية: حكم استبدال أو تحويل صكوك السلم بأسهم	٥٧٩
الفرع الثاني: انتهاء صكوك السلم	٥٨٠
المبحث الثاني: دراسة تطبيقية لصكوك السلم	٥٨٢
المطلب الأول: التعريف بالإصدار	٥٨٢
الفرع الأول: شرح إصدار الصكوك محل هذه الدراسة	٥٨٢
الفرع الثاني: محدّدات الإصدار	٥٨٢
المطلب الثاني: أطراف الإصدار وإجراءات هيكلته	٥٨٣
الفرع الأول: أطراف الإصدار	٥٨٣
الفرع الثاني: إجراءات هيكلته الإصدار	٥٨٤
المطلب الثالث: الدراسة الشرعية للإصدار	٥٨٥
الفرع الأول: عقود الإصدار، الأصلية والتابعة	٥٨٥
الفرع الثاني: حكم الإصدار	٥٨٥
المقدمة الأولى: كيف يتحقق قبض المنقول شرعا	٥٨٦
المقدمة الثانية	٥٨٩
النتيجة	٥٨٩

الفصل الثاني

٦٤٢-٥٩١

التمويل والاستثمار بصكوك عقد المساقاة

المبحث الأول: في تعريف المساقاة والصكوك فيها ومشروعيتها وشروطها	٥٩٣
المطلب الأول: تعريف المساقاة	٥٩٣
الفرع الأول: تعريف المساقاة لغة	٥٩٣
الفرع الثاني: تعريف المساقاة اصطلاحا	٥٩٣
المطلب الثاني: تعريف صكوك المساقاة باعتبارها علما ولقبا	٥٩٤
المطلب الثالث: مشروعية المساقاة	٥٩٥

الموضوع	الصفحة
المطلب الرابع: شروط المساقاة	٥٩٩
المبحث الثاني: إصدار وتداول صكوك المساقاة واستردادها	٦٠٤
المطلب الأول: إصدار صكوك المساقاة	٦٠٤
الفرع الأول: عقد إصدار صكوك المساقاة	٦٠٤
المسألة الأولى: طريقة تصكيك عقد المساقاة وأركانه	٦٠٤
الفقرة الأولى: طريقة تصكيك عقد المساقاة	٦٠٤
الفقرة الثانية: أركان عقد صكوك المساقاة	٦٠٦
المسألة الثانية: صفة عقد صكوك المساقاة من حيث اللزوم وعدمه	٦٠٨
الفرع الثاني: الشروط في عقد إصدار صكوك المساقاة	٦١١
المسألة الأولى: ما يجوز من الشروط في عقد المساقاة وما لا يجوز عند الفقهاء	٦١١
المسألة الثانية: الشروط في عقد إصدار صكوك المساقاة، وأحكامها	٦١٦
أولاً: حكم اشتراط تسويق الثمر الناتج عن المساقاة على العامل	٦١٦
ثانياً: حكم اشتراط دفع الالتزامات على الأرض، للجهات الحكومية	٦١٧
ثالثاً: حكم اشتراط رب المال نوعية الأسمدة، وطريقة حماية الأشجار والثمار،	
كاشتراط السهاد والوقاية العضوية	٦١٧
المطلب الثاني: حكم تداول صكوك المساقاة	٦١٨
الفرع الأول: حكم تداول صكوك المساقاة في الطريق الأول	٦١٨
الفرع الثاني: حكم تداول صكوك المساقاة في الطريق الثاني	٦٢٧
المطلب الثالث: استرداد صكوك المساقاة وانتهاءها	٦٣٠
الفرع الأول: استرداد صكوك المساقاة	٦٣٠
الطريقة الأولى: الاسترداد بالبيع	٦٣٠
الطريقة الثانية: الاسترداد بالفسخ	٦٣٣
الطريقة الثالثة: الاسترداد بالإقالة	٦٣٤
الحال الأولى: الاسترداد بالإقالة عند من قال بلزوم عقد المساقاة بعد العمل وقبل	
ظهور الثمرة	٦٣٤
القسم الأول: الاسترداد بالإقالة في الطريق الأول من صكوك المساقاة	٦٣٤

الموضوع	الصفحة
القسم الثاني: الاسترداد بالإقالة في الطريق الثاني من صكوك المساقاة	٦٣٧
الحال الثانية: الاسترداد بالإقالة بعد ظهور الثمرة	٦٣٧
الفرع الثاني: انتهاء صكوك المساقاة	٦٣٩
الفصل الثالث	
التمويل والاستثمار بصكوك عقد المزارعة ٦٤٣-٦٨٤	
المبحث الأول: في تعريف المزارعة والصكوك فيها ومشروعيته وشروطها	٦٤٥
المطلب الأول: تعريف المزارعة	٦٤٥
الفرع الأول: تعريف المزارعة لغة	٦٤٥
الفرع الثاني: تعريف المزارعة اصطلاحاً	٦٤٥
المطلب الثاني: تعريف صكوك المزارعة باعتبارها علماً ولقباً	٦٤٦
المطلب الثالث: مشروعية المزارعة	٦٤٦
المطلب الرابع: شروط المزارعة	٦٥٨
المبحث الثاني: إصدار وتداول صكوك المزارعة واستردادها	٦٦٤
المطلب الأول: إصدار صكوك المزارعة	٦٦٤
الفرع الأول: عقد إصدار صكوك المزارعة	٦٦٤
المسألة الأولى: طريقة تصكيك عقد المزارعة وأركانها	٦٦٤
الفقرة الأولى: طريقة تصكيك عقد المزارعة	٦٦٤
الفقرة الثانية: أركان عقد صكوك المزارعة	٦٦٦
المسألة الثانية: صفة عقد صكوك المزارعة من حيث اللزوم وعدمه	٦٦٦
الفرع الثاني: الشروط في عقد إصدار صكوك المزارعة	٦٦٨
المسألة الأولى: حكم اشتراط تسويق المحصول الناتج على المزارع أو على مالك الأرض ...	٦٦٨
القسم الأول: حكم اشتراط الحصاد والرفع إلى البيدر، والدياس، والتذرية ونحوها	
على العامل	٦٦٨
القسم الثاني: حكم اشتراط تسويق المحصول الناتج، على المزارع أو على مالك	
الأرض	٦٧٠
المسألة الثانية: حكم اشتراط التبن لأحد العاقدين	٦٧٠

الموضوع	الصفحة
المسألة الثالثة: اشتراط الضمان على العامل	٦٧٤
المطلب الثاني: حكم تداول صكوك المزارعة	٦٧٥
القسم الأول: إذا كان حملة الصكوك يمثلون مالكي الأرض	٦٧٥
القسم الثاني: إذا كان حملة الصكوك يمثلون المزارع	٦٧٥
المطلب الثالث: استرداد صكوك المزارعة وانتهائها	٦٧٨
الفرع الأول: استرداد صكوك المزارعة	٦٧٨
المسألة الأولى: الاسترداد بالبيع	٦٧٩
المسألة الثانية: الاسترداد بالفسخ	٦٧٩
الفقرة الأولى: الاسترداد بالفسخ بموجب كون العقد جائز الفسخ	٦٧٩
الفقرة الثانية: الاسترداد بالفسخ بموجب العذر الاضطراري الذي يحول دون مضي العقد	٦٨٠
الفقرة الثالثة: الاسترداد بالفسخ بموت أحد المتعاقدين	٦٨١
المسألة الثالثة: الاسترداد بالإقالة عند من قال بلزومها	٦٨٢
الفرع الثاني: انتهاء صكوك المزارعة	٦٨٣
المسألة الأولى: انتهاء مدة الصكوك	٦٨٣
المسألة الثانية: انتهاء الدورة الزراعية أو إلى الحصاد أو الجذاذ	٦٨٤
الباب الرابع	
أحكام المنازعات في صكوك هذه العقود	
الفصل الأول	
اختصاص النظر في صكوك هذه العقود	
المبحث الأول: الاختصاص المكاني في الفقه والنظام	٦٨٩
المطلب الأول: الاختصاص المكاني في الفقه	٦٨٩
المطلب الثاني: الاختصاص المكاني في النظام	٦٩٣
المبحث الثاني: الاختصاص النوعي في الفقه والنظام	٦٩٦
المطلب الأول: الاختصاص النوعي في الفقه	٦٩٦
المطلب الثاني: الاختصاص النوعي في النظام	٦٩٧
الفصل الثاني	
أبرز أسباب المنازعات الناشئة عن هذه الصكوك وحكمها في الفقه	
المبحث الأول: إفلاس مُصدر الصكوك	٧٠٩

الموضوع	الصفحة
المطلب الأول: تعريف الإفلاس في الفقه والنظام	٧٠٩
الفرع الأول: تعريف الإفلاس لغة	٧٠٩
الفرع الثاني: تعريف الإفلاس في الفقه والنظام	٧٠٩
المسألة الأولى: تعريف الإفلاس في الفقه	٧٠٩
المسألة الثانية: تعريف الإفلاس في النظام	٧١٠
المطلب الثاني: حكم إفلاس المصدر في الفقه والنظام	٧١١
الفرع الأول: حكم إفلاس المصدر في الفقه	٧١١
الفرع الثاني: حكم إفلاس المصدر في النظام	٧١٥
المبحث الثاني: هلاك المعقود عليه	٧١٨
المطلب الأول: هلاك المعقود عليه في البيع	٧١٨
الفرع الأول: هلاك المبيع كله قبل القبض	٧١٨
المسألة الأولى: أن يكون الهلاك قبل القبض بأفة سهاوية	٧١٨
المسألة الثانية: أن يكون الهلاك قبل القبض بفعل أجنبي	٧٢١
المسألة الثالثة: أن يكون الهلاك قبل القبض بفعل البائع	٧٢٣
الفرع الثاني: هلاك المبيع كله بعد القبض	٧٢٣
المطلب الثاني: هلاك المعقود عليه في الإجارة	٧٢٣
المطلب الثالث: هلاك المعقود عليه في المساقاة والمزارعة	٧٢٤
المبحث الثالث: هلاك المال	٧٢٦
المطلب الأول: هلاك المال في عقود المعاوضات	٧٢٦
المطلب الثاني: هلاك المال في عقود المشاركات	٧٢٨
المبحث الرابع: تعذر إتمام العقد بعد إتمام بيع الصكوك	٧٣١
المطلب الأول: حكم تعذر إتمام العقد بسبب الظروف الطارئة	٧٣١
الفرع الأول: المقصود بالظروف الطارئة ونتيجتها قانوناً، وشروط تطبيقها	٧٣١
المسألة الأولى: المقصود بالظروف الطارئة	٧٣١
المسألة الثانية: نتيجة الظروف الطارئة على العقد قانوناً	٧٣٢
المسألة الثالثة: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة على العقد	٧٣٣
الفرع الثاني: حكم نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي	٧٣٣

الموضوع	الصفحة
المطلب الثاني: حكم تعذر إتمام العقد بسبب القوة القاهرة	٧٣٦
الفرع الأول: تعريف القوة القاهرة، والفرق بينها وبين نظرية الظروف الطارئة	٧٣٦
المسألة الأولى: تعريف القوة القاهرة	٧٣٦
المسألة الثانية: الفرق بين نظرية الظرف الطارئ والقوة القاهرة	٧٣٧
الفرع الثاني: حكم تطبيق نظرية القوة القاهرة على العقد في الفقه الإسلامي	٧٣٨
الخاتمة	٧٣٩-٧٦٨
الملاحق	٧٦٩-٨٠٠
الفهارس	٨٠١-٨٤٦
فهرس المراجع والمصادر	٨٠٣
فهرس الموضوعات	٨٢٧