

المُعَايِرُ الشَّرِيفَةُ لِصَيِّغِ
التَّمْوِيلِ الْمَصْرِفِيِّ اللَّارِبِيِّ

و. مُحَمَّدُ الْعَلِيُّ الْقُرَيْشِيُّ
و. سَيْفُ الدِّينِ إِبْرَاهِيمُ نَاجِ الدِّينِ
و. مُوسَى رُومِ عَيْسَى
و. التَّجَاتِيُّ عَبْدِ الْقَادِرِ الْعَمَدِيُّ

ح) محمد العلي القري ، ١٤٢١هـ

فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية أثناء النشر

المعايير الشرعية لصيغ التمويل المصرفي اللاربيوي

محمد العلي القري.. [وأخرون] - الرياض

٢٥٦ ص - ٢٠ × ٢٧ سم

ردمك ٩٩٦٠-٣٦-٩٢٥٠

١ - الاقتصاد الإسلام

٢ - التمويل أ - القري ، محمد العلي (م. مشارك)

٢١/٠٧٣١

ديوي ١٢١ ، ٣٣٢

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المحتويات

١	مدخل
٤	نموذج المصرف اللاربيوي
٦	المضارب يضارب
٧	مصادر الأموال
٨	الحسابات الاستثمارية
١٠	الحسابات الجارية
١١	صيغ التمويل الإسلامية
١٢	صيغ التمويل المعتمدة على الديون
١٢	المرابحة للأمر بالشراء
١٤	الاستصناع
١٦	السلم
١٧	الإيجار المنتهي بالتمليك
١٩	صيغ التمويل المعتمدة على المشاركة في الأرباح والخسائر
٢٠	المضاربة
٢١	المشاركة
٢٢	خطابات الضمان
٢٣	الضمانات والرهنون في صيغ التمويل اللاربيوية
٢٥	دور الهيئات الشرعية في العمل المصرفي اللاربيوي
٢٦	حدود ما يستطيع المصرف اللاربيوي أن يقوم به
٢٩	تعريف عامة
٣١	١ معيار المربحة المصرفية
٧٥	٢ معيار الاستصناع المصرفي
١٠٩	٣ معيار السلم المصرفي
١٢٩	٤ معيار الإجارة المصرفية
١٥٥	٥ معيار المضاربة التمويلية
١٨٩	٦ معيار المضاربة الاستثمارية
٢٠٩	٧ معيار الشركة المصرفية (المشاركة)

تمهيد

ولدت فكرة هذا المشروع في العشر الأواخر من شهر رمضان المبارك سنة ١٤١٦هـ عندما تشرفت ، بمعية الاخ خالد بن سالم بن محفوظ والدكتور محمد علي القري بزيارة سماحة الشيخ عبدالعزيز ابن عبدالله بن باز (رحمه الله) مفتي عام المملكة العربية السعودية ورئيس هيئة كبار العلماء في مكتب سماحته في مكة المكرمة ، وقد أبدى اهتماماً كبيراً بفكرة صياغة معايير موحدة يمكن أن تكون أساساً تعتمد عليه البنوك في تطبيق صيغ التمويل اللاربوية ، وتقديم خدمات مصرفية خالية من الفائدة . وقد سجلت هذه الفكرة في خطاب وجه بعدئذٍ إلى سماحته ، وتفضل مشكوراً بعرضه على هيئة كبار العلماء ، والتي وجهت بدورها بالحاجة إلى إعداد هذه المعايير على يد مجموعة من الخبراء المتخصصين في الجوانب الشرعية والمصرفية . وطلبت إلى الشيخ خالد بن سالم بن محفوظ العناية بهذه المسألة .

وإنه لشرف للمركز الوطني للاستشارات الإدارية أن ينهض بهذه المهمة الجليلة التي ارجو أن تكون إسهاماً نافعاً وعملاً مفيداً في مجال التطبيق العملي للنظام المصرفي اللاربوي. وحرصاً على أن يأتي هذا العمل على الوجه الاكمل والمستوى اللائق فقد عملنا على أن تشرف عليه هيئة استشارية بأعلى المستويات وأن تعرض مسودته على ثلة من ذوي الاختصاص والممارسة فابدت ملاحظات

ممتازة واستدراكات في غاية الأهمية ساعدت في الوصول بهذا العمل إلى مستواه الحالي.

كما لايفوتني أن أذكر بالشكر والامتنان الأخ الدكتور محمد علي القرني وزملاءه الأفاضل الذين قاموا بجهدٍ مضمّنٍ في إعداد هذا العمل ، فرغوا فيه عصارّة خبرتهم وتجربتهم . فالشكر لله أولاً وآخراً وهو المسؤول سبحانه أن يجعل هذا عملاً خالصاً لوجهه الكريم وأن يسدّد خطانا جميعاً نحو ما فيه رضاه .

وصلّى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه،،

ياسين عبدالله قاضي

مقدمة

في أوائل الثمانينات من هذا القرن الميلادي بدأت عدة شركات في الولايات المتحدة في إنتاج أجهزة صغيرة للحاسب يمكن أن تستخدم في المنازل. وقد نجحت الفكرة فكثر عدد المنتجين وتوسع سوق هذا الجهاز وزادت مبيعاته لكنه كان يعاني من مشكلة جذرية هي عدم وجود معايير موحدة ، إذ كان كل جهاز له نظامه التشغيلي الخاص به وبرامجه المستقلة . ثم أن شركة آي بي أم الشهيرة قررت الدخول في هذا السوق. لم يكن الجهاز الذي سمّته الحاسب الشخصي متفوقاً على الأجهزة الأخرى ولكن حجم هذه الشركة وقوتها الاقتصادية قلبت السوق رأساً على عقب إذ سرعان ما أصبح جهازها هو المعيار في سوق أجهزة الحاسب الشخصية. فوجدنا فيما بعد أن المنتجين السابقين على كثرتهم قد تضاعفوا أضعافاً كثيرة وان حجم السوق زاد عشرات المرات خلال سنين قليلة وأصبح الجميع ينتج ما سمي «معيار أي بي أم» (أو كما يسمى بـ IBM Compatible).

هذه الحقيقة معروفة عند ذوي الاختصاص فلا سبيل لتوسع السوق في أي منتج إلا بوجود معايير موحدة يمكن بناءً عليها المقارنة بين المنتجين وقياس أدائهم ومراقبة جودة منتجاتهم ومعرفة تميز كل واحد منهم على الآخر، فلتتجه جهودهم على مسار للتطوير

يكون ذا معنى وهدف واثر ملموس لدى المنتجين أنفسهم
والمستهلكين. ولطالما أشار الخبراء أنه لاسبيل لتحقيق مزيد من
النمو والتطور والتوسع في سوق المنتجات المصرفية الإسلامية إلا
بوجود معايير موحدة يمكن أن تمثل ساحة للمنافسة يستفيد منها
الجميع. لقد تطورت أعمال المصارف الإسلامية ونمت نمواً مذهلاً في
العقدين السابقين، فزاد عدد المصارف الإسلامية ، وتزايد عدد
البنوك التقليدية التي تقدم خدمات مصرفية متخصصة خالية من
الفائدة ، وانتشرت في كل أنحاء العالم ولفتت انتباه المصارف في
كل مكان . إلا أن الأعمال المصرفية لاتزال ضئيلة في عملياتها
مقارنة بحجم العمليات المصرفية المعتمدة على الفائدة حتى في بلاد
المسلمين. لذلك، فإننا نرجو أن يكون لهذه المعايير دور في تحقيق
مزيد من النمو والتطور وفي تسهيل أداء الجهات الرقابية المحلية
والدولية لمهمتها بوجود مقياس موحد للأداء ، وحدود معروفة
ومعينة للتعامل المصرفي الإسلامي.

والحمد لله رب العالمين،،

رئيس فريق البحث

د. محمد العلي القري

مدخل

الوساطة المالية حاجة أساسية لكل مجتمع إنساني في القديم والحديث ، وقد سجلت كتب التاريخ أن المجتمعات القديمة سعت دائماً إلي تبني ترتيبات معينة تنهض بحاجتها إلى الوساطة المالية. وقد ترتب على اختراع النقود (الذي مكّن من تحرير الموارد الإنتاجية وتوفير وسائل كفيّة للادخار) انقسام الأفراد إلى فئتين : فئة الفئاض، وهي التي تمتلك من الموارد المالية ما يفيض عن حاجتها الآنية ، وفئة العجز ، وهي التي تحتاج الآن موارد مالية أكثر مما يتوافر عليها .

ولقد أدركت تلك المجتمعات أن تبني ترتيبات تمكن من نقل الفئاض إلى فئة العجز سيترتب عليه مزيد من النشاط والنمو الاقتصادي ومعدل أعلى من الرفاهية لجميع الأفراد .

وعندما ولد عصر التخصص وتقسيم العمل تحول كثير من النشاطات النافعة إلى مؤسسات تنهض بوظائف محددة ، وكذلك الحال في الوساطة المالية التي كانت تمارس ضمن هيكل العلاقات الاجتماعية فيقوم الراهب في المعبد (كما كان عند الفراعنة) أو شيخ القبيلة أو شاهبندر التجار ... الخ بدور الوسيط ، بل أصبح هناك مؤسسة متخصصة في وظيفة الوساطة المالية تسمى "البنك" . وقد قام نموذج البنك التقليدي على تقديم الوساطة المالية بطريق الاقتراض (من فئة الفئاض) ثم الإقراض (لفئة العجز) . وحتى

تغطي تكاليفها وتحقق ربحاً لأصحابها كان لابد من حدوث الزيادة المشروطة في القرض . وقد كانت البنوك في بادئ الأمر تحصل على الودائع مجانية ، ثم لما حصل التنافس بينها أصبح عسيراً عليها جذب المدخرات بدون اشتراط الزيادة للمدخرين . فأصبح المصرف التقليدي مؤسسة تقترض ثم تقرض والمصدر الأساسي للدخل فيها هو الفرق بين الفائدة الموجبة والسالبة .

ولكن أليس بإمكان المدخرين أن يقوموا بإقراض المستثمرين مباشرة دون الحاجة إلى البنك ؟

إن التحليل المعاصر ينظر إلى البنك كمؤسسة متخصصة في المعلومات . نظراً إلى أن جمع المعلومات الصحيحة والمتابعة والتجصيل ، هي عمليات بالغة التكلفة ، وهي مع ذلك تتمتع بميزة اقتصاديات الحجم الكبير ، مما يجعل المصرف قادراً على أن يقوم بالعمليات المذكورة بتكاليف متدنية نسبياً ، بخلاف الفرد . ولذلك قام عمل المصرف التقليدي على عزل المدخرين (فئة الفائض) عن المستثمرين وذوي الحاجة للتمويل (فئة العجز) .

فالمدع لا يهتم بمخاطرة المقترض النهائي فهو يأخذ مخاطرة إيداع نقوده لدى البنك إن كانت ثمّ . بينما البنك يتحمل مخاطرة المقترض النهائي الذي قام بعزله عن مصادر الأموال . فإذا عجز المقترض عن السداد فهذه مخاطرة يتحملها البنك . ويجب - في الأحوال العادية - أن يعوضها من أرباحه أو رأسماله . إلا أن

المراقب لتطور المصارف في الوقت الحاضر يرى انحساراً واضحاً في دور البنوك التجارية (التي تقوم على فكرة الاقتراض ثم الإقراض) في الاقتصادات المتقدمة . ذلك لأن تحسن وسائل الحصول على المعلومات وسبل الرقابة أدى إلى اتجاه المدخرين إلى الاتصال المباشر بالمستثمرين . فأصبحت أسواق المال تلعب دوراً متزايداً في الوساطة المالية لأنها توفر فرصاً للمدخرين بتحمل المخاطرة المباشرة لمستخدمي الأموال ، بينما تكون وظيفة المؤسسة المصرفية هي الإدارة بالوكالة والحصول على رسوم الخدمة للتحصيل وترتيب الصفقات ... الخ .

ويرى كثير من المراقبين أن هذا الاتجاه سيسود خلال الأجل الطويل في التطور المالي المعاصر وسيؤدي مع مرور الوقت إلى مزيد من الانحسار في الدور التقليدي للمصرف التجاري (أي عزل المخاطر) ، فنلاحظ مثلاً أن الإيرادات المتحققة للبنوك من رسوم الخدمات هي في تزايد مستمر على حساب إيرادات الفوائد . وتدل الإحصاءات على أن نصيب البنوك التجارية من مجمل الأصول المالية في الولايات المتحدة الأمريكية قد انخفض خلال العشرين سنة الماضية من ٤٠٪ إلى أقل من ٢٥٪ . ذلك لأنها اتجهت إلى إدارة الأموال بدلاً من الإقراض . ومن هنا جاء انتشار صيغ التوريق (Securitisation) المختلفة التي وفرت للمدخرين فرصة تحمل المخاطر المباشرة لمستخدمي الأموال .

نموذج المصرف اللاربوي

يقصد بالمصرف الإسلامي مؤسسة الوساطة المالية التي لاتعمل بالفائدة . ذلك أن المسلمين قد توصلوا، منذ نحو قرن من الزمان (وهو عمر المصارف في بلاد المسلمين) إلى أن الفائدة المصرفية هي عين الربا المحرم ، لأن الزيادة علي القرض وهي أساس عمل البنوك التقليدية هي من الربا . ولذلك لم تنتشر البنوك عندهم إلا في عصر الاستعمار - رغم قدمها عند الأوربيين إذ يعود تاريخها إلى مئات السنين - ولذلك اجتهد المسلمون بعد حصول بلدانهم على الاستقلال في الخمسينات الميلادية ومابعدها إلى تأسيس نظام مصرفي يكون منسجماً مع أحكام الشريعة .

وقد أدركوا أن الوساطة المالية وظيفه أساسية في حياة المجتمعات ، وأن المسلمين منذ القدم قد تبنا ترتيبات معينة تنهض بالحاجة إلى الوساطة المالية . إذ أن عملية انتقال الأموال من فئة الفائض (أي مجموعة الأفراد والمؤسسات التي تمتلك من الموارد المالية ما يفيض عن حاجتها الآنية) إلى فئة العجز (أي تلك المجموعة التي تحتاج من الموارد المالية ما يزيد على ما تمتلكه الآن) كانت تتم في القديم بناءً على صيغة المضاربة .

والمضاربة (أو القراض) شركة في الربح بين نوعين من الشركاء ، شريك بماله ويسمى رب المال ، وشريك بعمله أو إدارته ويسمى المضارب (أو العامل) . ويتفق الطرفان عند التعاقد على

طريقة اقتسام الربح بينهما (مثل أن يكون لكل واحد منهما النصف أو لأحدهما الثلث وللآخر الثلثان ... الخ) .

ولرب المال أن يشترط على العامل ما شاء من الشروط التي تقيد نشاطه مثل أن يقول له لا تبع بالدين أو لا تسافر بالمال ... الخ. والربح الذي هم شركاء فيه لا يظهر إلا عند تنضيض المال ، أي تحويله إلى نقود . فإذا كانت تلك النقود أكثر من رأس المال فالزيادة هي الربح وإذا كانت أقل فقد خسرت المضاربة . وإذا تحققت الخسارة فهي في المال ، أما العامل فهو يخسر وقته وجهده إذ لاحق له في المال فنصيبه يكون من الربح فحسب .

والمضاربة عقد أمانة لأنها معتمدة على صدق وإخلاص العامل . والمضارب لا يضمن رأس المال ولا الربح إلا أن يهمل في العمل أو الإدارة أو يقصر في جهوده دون ما تعارف عليه الناس . هذا وقد كانت المضاربة في مجتمعات الإسلام القديمة عقداً عظيم الانتشار يشتغل فيه التجار بأموال عامة الناس من رجال ونساء وأيتام وأرامل ... الخ . ولم تكن هناك حاجة عندئذٍ إلى وجود مؤسسة ذات شخصية اعتبارية يكون لها ذمة مالية مستقلة ووجود قانوني مستقل عن أصحابها وحسابات تجري مراجعتها من قبل جهات خارجية ، لأن الناس كانوا يتحلون بالأمانة والصدق بدرجة أفضل مما نحن فيه في العصر الحديث . ولذلك وجد المسلمون وسيلة سهلت تحقق الوساطة المالية بطريق عقد المضاربة .

ولذلك عندما سعى المسلمون لإيجاد صيغة بديلة للبنك التقليدي تنهض بوظيفة الوساطة المالية دون أن تكون معتمدة على صيغة الاقتراض من المودعين ثم الإقراض للمستثمرين والعمل بالفائدة ، وجدوا في المضاربة قاعدة صلبة يمكن أن يؤسس عليها هذا النموذج البديل .

إن الفرق الأساس بين المصرف الإسلامي والمصرف التقليدي هو أن الأول ينهض بوظيفة الوساطة المالية دون عزل المخاطرة كما يفعل البنك التقليدي . وعلى ذلك فإن المدخرين الذين أودعوا أموالهم على أساس المضاربة إنما يتحملون مخاطرة المستخدم النهائي للأموال وإذ أن وظيفة البنك هي " العمل " (بلغة المضاربة) أو الإدارة (بلغة المصارف) الحديثة .

والمصرف يحصل في واقع الأمر على رسوم مقابل إدارته . ولذلك فإن نموذج المصرف الإسلامي في الواقع قد تبنى الاتجاه الحديث الذي اتجهت إليه البنوك وهو توفير الفرصة للمدخرين بتحمل المخاطر مباشرة .

المضارب يضارب

من أهم صيغ المضاربة التي تحدث عنها الفقهاء وعمل بها المسلمون قديماً صيغة المضارب يضارب . وهي تقوم على أن العامل في عقد المضاربة لا يقوم بنفسه بالعمل لتحقيق الربح وإنما يتجه إلى

ظرف ثالث يكون هو المضارب الذي سيعمل في المال. بينما يكون الطرف الثاني في عقد المضاربة الأول هو رب المال قبالة الطرف الثالث ، شريطة أن لا يكون بين ذلك الطرف الثالث ورب المال أية علاقة . وقد أجاز جمهور الفقهاء هذه الصيغة إذا كانت بعلم رب المال الأصلي وموافقتة .

من الجلي في هذه الحالة أن المضارب الأول هو وسيط فحسب وهو سيحصل على نصيبه من الربح مقابل هذه الوساطة . وهذه هي الفكرة الأساس التي اعتمد عليها نموذج المصرف الإسلامي ، باعتباره شخصية اعتبارية ذات ذمة مالية مستقلة ووجود قانوني ، مهمته أن يكون مضارباً يضارب . فالمودعون في الحسابات الاستثمارية فيه هم أرباب مال وهو العامل ، ثم عندما يقدم المصرف اللاربوي التمويل إلى المستثمرين ورجال الأعمال يكون هو رب المال وهم المضاربين . وريح البنك هو الفرق بين معدلي الربح .

من هذا نرى أن المصرف الإسلامي هو وسيط مالي لا يختلف في طبيعة عمله عن المصرف التقليدي إلا أنه معتمد على صيغة المشاركة في الربح وليس اشتراط الزيادة في القرض .

مصادر الأموال

مصادر الأموال في المصرف اللاربوي ، والتي تمثل جانب الخصوم في ميزانيته هي :

رأس المال

وهو يمثل ما يساهم به ملاك المصرف لإنشائه . وبينما أن رأس المال في المصارف التقليدية له أهمية بالغة في ضمان حقوق المودعين، فإن رأس مال المصرف الإسلامي إنما يضمن حقوق المودعين في الحسابات الجارية فحسب . إذ أن الودائع المؤجلة تكون على صفة حسابات استثمارية تشارك في الربح والخسارة ، ولذلك لا يضمنها المصرف وليس ملزماً بردها إذا خسرت ، فهي معتمدة على صيغة المضاربة والمصرف فيها عامل ، فهو لا يضمن لأن الضمان مناقض للأمانة .

الحسابات الاستثمارية

يكون المصرف في هذه الحسابات مضارباً كما أسلفنا وأصحابها أرباب مال ، وهي مضاربة مشتركة يحدد المضارب شروطها ويقبل أرباب المال هذه الشروط من خلال توقيعهم على استثمارة تتضمن تلك الشروط .

ويمكن أن تكون الحسابات ذات مدد متعددة بحسب رغبة المستثمر . ويتم تحديد نسب اقتسام الربح في استثمارة الاشتراك تلك وهي (أي نسب الاقتسام) تختلف في الغالب بحسب المدة . ثم تجمع الأموال كلها في حوض واحد، وتستثمر في مشروعات وأنواع من التمويلات المدرة للأرباح ويؤخذ فيها بالاعتبار مسألة تحقق قدر

من السيولة يكفي لعمليات الاسترداد بحسب المدد المقررة .

وقد اعتمدت البنوك الإسلامية في عملها على ما يسمى بالتنظيف الحكمي الذي يظهر قيمة الأصول والربح أو الخسارة بالطرق المحاسبية قبل التصفية الحقيقية . ومع أن المعبر من الناحية الشرعية أن الربح لا يعرف إلا بعد التصفية النقدية لرأس مال المضاربة . إلا أن نشاط المصارف الذي يتضمن عمليات مستمرة وذات مدد طويلة ، قلما يمكّن من التصفية النقدية في أي وقت . ومعلوم أن الحسابات الختامية وحسابات الربح والخسارة في جميع المؤسسات إنما هي قيود محاسبية، فهي وإن عبرت عن القيمة النقدية لجميع الموجودات في المؤسسة إلا أن الجزء الأكبر من هذه الموجودات كثيراً ما يكون من الأصول الثابتة أو الديون .

على ذلك تبنت المصارف اللاربوية طريقة التنظيف الحكمي باعتبار أن الإجراءات المحاسبية التي تظهر من خلالها القيم النقدية للموجودات كافية لإجراء القسمة . ويتم بناءً عليها رد رؤوس الأموال إلى أرباب المال الذين يرغبون في الانسحاب من الحسابات الاستثمارية ودفع نصيبهم من الأرباح التي تحققت (حكماً) حتى تاريخ ذلك الانسحاب .

ومعلوم أن تلك الإجراءات المحاسبية يمكن أن يقوم بها المصرف في كل سنة كما يمكن أن يجريها في كل ستة أشهر أو فصل أو شهر . ولذلك فقد حققت طريقة التنظيف الحكمي المرونة

والكفاءة للعمل المصرفي الإسلامي، وعدت من الاجتهادات الشرعية المعاصرة ذات الأثر البالغ .

الحسابات الجارية

لما كانت المصارف اللاربوية إنما جاءت لتكون بديلاً عن المصارف التقليدية التي يقوم عملها على الفائدة ، فقد سعت إلى تقديم جميع الخدمات التي يحتاج إليها الناس في مجال النشاط المصرفي . ولذلك حرصت على تقديم الحسابات الجارية التي يودع المدخرون فيها أموالهم ويحصلون على دفتر شيكات يخوّل لهم السحب منها متى أرادوا (أو الحصول على بطاقة السحب الآلي) ولا يحصلون على زيادة في تلك الحسابات لأنها حسابات حالة غير مؤجلة . وتقدم جميع البنوك الإسلامية تقريباً مثل هذا النوع من الحسابات . وهي عندئذٍ تكون في حكم القروض الحسنة (أي بدون ربا) . فالمصرف هو المقرض وصاحب الحساب هو المقرض .

والحسابات الجارية هي قروض حالة غير مؤجلة يمكن للعميل أن يستردها في أي وقت . ولأنها قروض مضمونة على المصرف فهو لا يدفع عليها الزيادة لأن الزيادة المشروطة (أو المعروفة) في القرض هي من الربا المحرم .

وتعد الودائع في الحسابات الجارية من المصادر المهمة للأموال في المصارف الإسلامية . ويقوم المصرف باحتجاز جزء منها

كاحتياطي نقدي ويستثمر ما بقي ضمن استثماراته المختلفة كما هو معتاد في عمل البنوك ، وما يتحقق من ربح فهو للمصرف (أي للملاكه) لأن الخراج بالضمان ، فالمصرف ضامن لها وله ما تحقق عنها من خراج أو ربح .

صيغ التمويل الإسلامية

سبق أن عرفنا المصرف اللاربوي على أنه وسيط مالي ، تتمثل وظيفته الرئيسية في التوسط بين فئة الفاض (المدخرين) وفئة العجز (المستثمرين) . وهو يحتاج للنهوض بوظيفته إلى صيغ بديلة عن صيغة الإقراض بالفائدة. وهذه الصيغ التي تعمل من خلالها البنوك الإسلامية على توفير التمويل لأغراض الاستثمار والاستهلاك ، هي في أصلها عقود معروفة في الفقه الإسلامي جرى تطويرها لكي تتلاءم مع أغراض وطبيعة نشاط المصرف باعتباره وسيطاً مالياً .

ويمكن تقسيم هذه الصيغ إلى مجموعتين رئيسيتين الأولى هي الصيغ المعتمدة على الديون ، والثانية هي الصيغ المعتمدة على الاشتراك في الربح والخسارة . وهذه الصيغ هي وسيلة المصرف الإسلامي في توليد الأصول .

صيغ التمويل المعتمدة على الديون

يقصد بصيغ التمويل المعتمدة على الديون تلك التي تتمخض - في دفاتر البنك - عن التزامات مطلقة بالدفع من قبل المستفيدين من التمويل ، ولذلك فإن أصول المصرف الإسلامي تكون - في ظل صيغ التمويل المعتمدة على الديون - شبيهة بأصول المصرف التقليدي مع فارق مهم وهو أن تلك الأصول تظل ثابتة في قيمتها النقدية لا ترتبط بمتغير خارجي خلافاً لما عليه الحال في المصرف التقليدي ، كما أن هذه الصيغ وإن نهضت بوظيفة التمويل تبقى عقوداً محلها السلع والأصول الرأسمالية المبيعة وليس النقود ، وهذا اختلاف جوهري فيها عن ديون البنوك التقليدية التي تتولد عن القروض ، والقروض كما هو معروف عقد محله النقود . وأهم هذه الصيغ :

المرابحة للأمر بالشراء

عقد المrabحة هو أحد صيغ البيوع المعروفة عند المسلمين قديماً وحديثاً ، وخلافاً لصيغة المساومة التي يكون التفاوض فيها بين البائع والمشتري على الثمن ، فإن التفاوض في المrabحة يكون على نسبة الربح . مما يعني ضرورة كشف البائع للمشتري عن ثمن شرائه أو أي تكاليف أخرى (مثل النقل والتخزين) إن وجدت . ولذلك سمي من بيوع الأمانة لأنه معتمد على صدق البائع في تحديد التكلفة .

والأصل في البيع أن تكون السلعة المباعة حاضرة عند البيع لدى البائع . لكن هذا غير متاح بالنسبة للمصرف لأنه بحكم وظيفة الوساطة المالية التي يتميز لها عن التاجر يتمكن من إيجاد المستودعات المليئة بالسلع والأصول كالسيارات والطائرات والسفن والمنازل . ولذلك أدخلت إلى العقد فكرة الأمر بالشراء . أي أن المصرف يشتري السلعة أو الأصل إذا أمره عميل بذلك . وصيغة ذلك الأمر : " يا أيها البنك اشتر تلك السلعة وسوف أشتريها منك بالتكلفة وأربحك نسبة كذا " .

والمصرف سيتعرض لمخاطرة عالية لو أنه استجاب لأمر كل عميل يطلب سلعة معينة لاسيما وأن وقتاً ليس بالقصير ربما يفصل بين أمر العميل وإتمام البنك لعملية الشراء وتوفير السلعة.

ولذلك أدخلت في هذه الصيغة فكرة الإلزام بالوعد . فالعميل الذي يعد البنك أنه إذا اشترى السلعة الفلانية وامتلكها فإنه سيشتريها منه ويربحه ، يجب أن يكون جاداً ملتزماً بتنفيذ الوعد . أما إذا نكل بوعده فقد أوقع المصرف في ورطة لأن الأخير قد امتلك تلك السلعة (سيارة مثلاً) بسبب تلقيه ذلك الوعد . ولذلك أجاز بعض الفقهاء المعاصرين أن يلزم المصرف العميل بالتعويض عن الضرر الذي يلحق بالمصرف من جراء عدم الوفاء . وهذا الضرر يتمثل في الخسارة التي ربما لحقت بالبنك عندما يبيع السلعة إلى عميل آخر . فإذا باعها بنفس التكلفة أو بربح فليس له أن يطالب

ذلك العميل بأي تعويض، وهو إن خسر لا يطالبه إلا بالخسارة الحقيقية .

والناس يعمدون إلى توسط البنك لحاجتهم إلى التمويل ، إذ لو توفر عليهم المبلغ الكافي لما لجأوا إلى البنك . ولذلك فإنهم يرغبون قطعاً في دفع الثمن على أقساط عدة يتفق عليها مع البنك . ولهذا فقد أدخلت في هذه الصيغة عملية تقسيط الثمن . ويقوم المصرف عادة بحساب ربحه في البيع آخذاً في اعتباره طول مدة السداد .

وإذا ماطل العميل أو تخلف في سداد بعض الأقساط أو تأخر فليس للبنك أن يزيد عليه أو يطالبه بالتعويض لأن ذلك عين الربا . وإن كان معسراً انظره إلى الميسرة لأن الثمن في المراجعة يصبح ديناً متعلقاً في ذمة العميل تنطبق عليه كل أحكام الديون في الفقه الإسلامي .

الاستصناع

صيغة المراجعة للآمر بالشراء مناسبة للعملاء الذين يرغبون في شراء سلعة أو أصل من الأصول . لكن كيف يمكن للمصرف الإسلامي أن يقدم التمويل إلى أولئك الذين يرغبون في إنشاء مصنع أو مبنى تجاري أو سكني دون الحاجة إلى القرض بفائدة ؟ لقد طورت البنوك الإسلامية عقد الاستصناع كبديل يفني بهذا

الغرض .

والاستصناع هو طلب الصنعة وفيه يقوم مستصنع بالطلب إلى صانع أن يصنع له شيئاً موصوفاً مثل دولاب من الخشب أو آلة من النحاس أو مبني ... الخ . وقد استصنع رسول الله ﷺ خاتماً من حديد .

وعقد الاستصناع من العقود القديمة التي تطورت على مدى القرون لتتلاءم مع حاجات الناس . فهو عقد يلتزم فيه الصانع بإنجاز الموصوف في خلال وقت متفق عليه ويلتزم المستصنع بدفع الثمن إذا جاء المصنوع بالصفات المتفق عليها . وجدير بالذكر أن الصانع لا يلزم أن يقوم بالصناعة بنفسه إذ يمكنه إذا وجده في السوق بالأوصاف المتفق عليها أن يشتريه ويسلمه للمستصنع كما يمكنه أن يستصنعه من صانع آخر .

وعميل المصرف إنما يرغب في التمويل ولذلك فإن الوساطة المالية التي هي وظيفة البنك يمكن أن تتم من خلال عقد الاستصناع من خلال التعاقد مع ذلك العميل (المستصنع) لإنجاز المصنوع (مبنى تجاري مثلاً) ، فيكون المصرف صانعاً ، ثم يتعاقد البنك مع صانع (مقاول) ليقوم بدوره بإنجازه للبنك . وتبقى علاقة العميل مع البنك وليس مع المقاول المنفذ ، كما تبقى علاقة المقاول مع البنك وليس مع ذلك العميل في غالب الأمر . ويقوم المصرف بتسديد الثمن نقداً بدون أجل ثم يقوم ذلك العميل بتسديد الثمن إلى البنك

بالأقساط بحسب الأجل المتفق عليه . وغني عن القول أن الثمن الذي سيدفعه العميل مقسماً إلى البنك سيزيد عن الثمن الذي دفعه البنك نقداً للمقاول والفرق بينهما هو ربح المصرف .

السلم

السلم من العقود الجائزة التي تعامل بها المسلمون قديماً . وهو في أصله ينهض بوظيفة التمويل . والسلم عقد بيع يؤجل فيه قبض المبيع ويعجل فيه دفع الثمن . ولذلك فهو نافع للمزارعين حيث يحصل المزارع على النقود في بداية موسم الزراعة فيشتري بها البذور والحاجات الأخرى ثم بعد أن يتم الحصاد يسلم السلعة التي باعها سلماً إلى المشتري .

والسلع التي يجوز بيعها سلماً هي سلع موصوفة في الذمة غير معينة وغير معين مكان إنتاجها (إلا إذا كان له أثر في الوصف) ولذلك فهو صالح في المثليات أي تلك التي تتماثل وحداتها كالقمح والشعير والذرة ... الخ .

ولازالت حاجة الناس قائمة إلى عقد السلم لأنه عقد تمويل كما أسلفنا ، وهو بذلك صالح لعمل البنوك ، فيمكن للبنك أن يشتري السلع المثلية ويدفع الثمن حالاً ، ويقبض الكمية التي اشترى بعد ستة أشهر أو سنة أو نحو ذلك فيبيعها . ولكن حتى يبقى البنك في إطار الوساطة المالية ولا يعمل عمل التجار ولا يحتاج إلى

المستودعات والمتاجر لزم أن يدخل في عقد سلم موازٍ يكون فيه المصرف بائعاً (بعد أن كان مشترياً في العقد الأول) يبيع تلك السلعة المثلية بالوصف (وليس عين ما اشتراه ، لأنه لا يجوز البيع قبل القبض) ويجعل أجل التسليم مماثلاً لما اشترى . وعندئذٍ يتمثل ربح البنك في الفرق بين سعر شرائه وسعر بيعه .

وقد توجد الحاجة لمثل هذا السلم المتوازي في حالات شراء المصرف كميات كبيرة وبيعها إلى عدة مشتريين بكميات أقل ، أو في المعاملات الدولية وأسواق السلع .

الإيجار المنتهي بالتمليك

عقد الإيجار عقد قديم معروف يتم فيه بيع منافع أصل من الأصول إلى المستأجر لمدة محددة بثمن معلوم . وصيغة التمويل المسماة بالإيجار المنتهي بالتمليك هي صيغة معروفة في دوائر البنوك والمصارف الدولية منذ نحو قرن من الزمان وقد جرى تهذيبها لتنسجم مع المتطلبات الشرعية وتكون صالحة لأغراض التمويل .

فالعميل الذي يرغب في الحصول على أصل من الأصول (طائرة مثلاً) يمكنه أن يقترض بالفائدة من المصرف التقليدي لشرائها وتسديد الثمن خلال خمس سنوات ، كما يمكنه الحصول عليها من المصرف الإسلامي من خلال عقد الإيجار المنتهي بالتمليك والأصح أن يسمى هذا العقد الإيجار مع الوعد بالبيع ، لأن هذه هي

حقيقة الصيغة الجائزة منه . إلا أننا آثرنا استخدام الاسم المشتهر له .

وفي هذه الحالة يقوم البنك بشراء تلك الطائرة ثم يؤجرها على ذلك العميل لمدة خمس سنوات (مثلاً) بإيجارات شهرية محددة وثابتة . ثم يلتزم البنك ببيع تلك الطائرة بمبلغ محدد إلى العميل إذا رغب عند نهاية السنوات الخمس ، وعلى افتراض استمرار عقد الإيجار حتى نهايته .

ويتم حساب قيمة المدفوعات الإيجارية وثمان البيع بحيث تغطي كامل التكلفة على البنك مضافاً إليه ربحه المعتاد . ولذلك فهو مرحلة وسط بين الإيجار والبيع الآجل، وفي الغالب يبدأ عقد الإيجار المنتهي بالتملك بوعده من العميل يكون ملزماً بأنه سيستأجر ذلك الأصل إذا صار في حوزة البنك وملكه في الوقت المطلوب .

ورب قائل أن لافرق يذكر بين هذا العقد وعقد المراهبة للأمر بالشراء . والواقع أن اتجاه البنوك الإسلامية إلى عقد الإيجار المنتهي بالتملك جاء كعلاج لمشكلة أساسية في عقد المراهبة ، تلك هي أن الأصل المباع يتم نقل ملكيته حالاً في المراهبة ويبقى ثمنه ديناً متعلقاً في ذمة العميل .

فإذا ماطل في الأداء أو تأخر في تسديد الأقساط وجد

المصرف نفسه في ورطة خاصة وأن تكاليف التقاضي لدى المحاكم باهظة والتنفيذ على ضماناته ورهونه ليس مضمون العاقبة دائماً ، أما الزيادة عليه للتعويض فهي غير جائزة شرعاً . ولذلك يتميز عقد الإيجار المنتهي بالتمليك بأن الأصل يبقى تحت اسم المصرف وفي ملكه حتى يتم سداد كافة المدفوعات الإيجارية وبقية الثمن . فإذا ما ظل العميل أو أفلس كان من السهل على المصرف أن يسترد ذلك الأصل ويتصرف فيه بالبيع أو الإيجار إلى جهة أخرى دون حاجة إلى حكم القضاء .

صيغ التمويل المعتمدة على المشاركة في الأرباح والخسائر

لا ريب أن الصيغ المعتمدة على المشاركة في الأرباح والخسائر هي من أهم عناصر التميز بالنسبة للمصارف الإسلامية على البنوك التقليدية . وهي وإن كان العمل بها محدوداً لا يكاد يقارن بصيغ التمويل المعتمدة على الديون إلا أنها مجال للتطوير ووجهة نمو لا يستهان بها في نشاط البنوك الإسلامية .

ويقصد بصيغ التمويل المعتمدة على المشاركة في الأرباح والخسائر تلك التي لا يلتزم فيها العميل المستفيد من التمويل إلا بحسن الأداء والإدارة وعدم المماطلة في أداء حقوق البنك إذا استحق شيئاً من ربح أو رأس مال . ويبقى المصرف شريكاً في

مخاطرة المشروع الذي يجري تمويله . وأهم هذه الصيغ :

المضاربة

من الواضح أن المضاربة ، كما سبق توضيحها في الحديث عن نموذج المصرف الإسلامي ، في أصلها صيغة تمويل تفي بحاجات التجار ورجال الأعمال والمنظمين المهرة الذين يحتاجون إلى ممارسة التجارة وإنشاء المشاريع ... الخ . ويمكن أن يكون غرض المضاربة أي نشاط نافع مدر للربح ، ويجوز جعلها ذات أغراض متعددة أو تكون مطلقة يترك تحديد نشاطها للعامل ، ويجوز حصرها في أغراض محددة أو غرض واحد . ولرب المال أن يشترط على المضارب شروطاً ولايجوز تضمين العامل (أي جعله ضامناً) للخسارة ولكنه يضمن جبر الخسارة إذا أهمل وفرط أو خالف الشروط .

ولاريب أن نجاح عقد المضاربة معتمد على تحلي المضارب (العامل) بالأمانة ، لأنه مطلق التصرف بالمال خلال مدة المضاربة فلايجوز لرب المال التدخل في عمله . ولذلك فقد أحجمت كثير من البنوك الإسلامية عن العمل بالمضاربة لتدني مستوى الأمانة عند الناس ولصعوبة المراقبة للعملاء من قبل المصرف وهو نوع من المخاطرة يسمى بالمخاطرة الأخلاقية . إلا أن عدداً من المؤسسات ذات الانضباط المحاسبي والشفافية في نشاطها التجاري ومركزها المالي أمكن لها الاستفادة من التمويل بالمضاربة لانخفاض معدل

المخاطرة الأخلاقية عندئذ .

المشاركة

بينما أن المال كله يكون من قبل البنك في المضاربة ، فإن المشاركة صيغة يشترك المصرف والعميل في توفير رأس مالها المطلوب . ويكون المصرف والعميل عندئذ شركاء بقدر مساهمة كل منهم في رأس المال للمشروع المراد تنفيذه ، وفي كثير من الأحيان توكل إدارة المشروع إلى العميل الذي يمكن عندئذ أن يتقاضى أجراً على الإدارة إضافة إلى نصيبه من الربح المعتمد على حصته . فالمشاركة صيغة تمويلية مستحدثة للشركة المعروفة في الفقه الإسلامي .

وقد اتجهت البنوك الإسلامية للعمل بالرأي الفقهي الذي يجيز اختلاف نسبة اقتسام الأرباح عن نسبة المساهمة في رأس المال وذلك لإعطاء عملائها نصيباً من الأرباح يزيد عن حصتهم من رأس المال . ذلك لأن المشاركة كصيغة تمويل يترتب عليها غالباً أن يكون نصيب العميل من رأس المال ضئيلاً مقارنة بالبنك .

أما اقتسام الخسائر فلا يجوز إلا أن يكون مرتبطاً بنصيب كل شريك في رأس مال المشاركة . وبالإضافة إلى عقد المشاركة المذكور فقد طورت المصارف الإسلامية أنواعاً من صيغ المشاركة تخدم أغراضاً متعددة وتفي بحاجات العملاء المختلفة، منها

المشاركة المتناقصة .

والمشاركة المتناقصة صيغة تمويل غرضها امتلاك العميل لأصل من الأصول الكبيرة مثل المبنى التجاري أو المسكن ... الخ . وعندئذٍ يشترك المصرف وذلك العميل في شراء ذلك المبنى فيساهم البنك بنسبة ٩٥٪ مثلاً ويساهم العميل بالباقي . ولما كان غرض العميل هو امتلاك ذلك المبنى ودفع الثمن بالتقسيط ، فإنه يتفق مع المصرف على أن يقوم العميل باستئجار حصة البنك (إن كان يرغب في سكن المنزل) وأن يقوم بشراء أجزاء من هذه الحصة بالتدريج . فيقوم في السنة الأولى بشراء ١٠٪ فتتخفض حصة البنك من ٩٥٪ إلى ٨٥٪ وهكذا حتى يصبح في النهاية مملوكاً ١٠٠٪ إلى ذلك العميل . ويتم تامين قيمة الحصة بثمن السوق عند الرغبة في الشراء . ومن هنا جاء عنصر المشاركة في الربح والخسارة .

خطابات الضمان

تعد خطابات الضمان واحدة من أهم الخدمات المصرفية التي يحتاج إليها الناس في الوقت الحاضر والتي اعتادت البنوك تقديمها برسوم مالية . وتطرح خطابات الضمان مثلاً على الإمكانات التي يمكن أن يتيحها النظر الفقهي المتمكن في إيجاد الحلول المناسبة من الناحية الشرعية للنوازل والمشكلات .

فالإجماع عند الفقهاء أن الأجر على الضمان لا يجوز لأنه من

أعمال الوجاهة التي يلزم أن يقدمها القادر عليها مجازاً . لكن تحريم الأجر على الضمان لم يرد فيه نص من الكتاب أو السنة . فهذا الإجماع للفقهاء ، إذن لا بد أن يكون معللاً .

وبعد التمحيص والنظر وجد بعض الفقهاء المعاصرين أن العلة التي من أجلها حرم الأجر على الضمان هو التخوف من أن تؤول المعاملة إلى الربا . ولما كانت القاعدة أن الحكم يدور مع العلة وجوداً وعدمًا نظر الفقهاء المعاصرون في الحالات التي يؤول فيها الضمان إلى معاملة ربوية ، فوجدوا أن ذلك لا يكون إلا في الحالات التي لا يفي المضمون بما عليه للمستفيد ، فيضطر المصرف للدفع نيابة عن العميل ثم مطالبته بالدين ، فإذا كان العميل قد دفع رسوم الضمان للبنك فكأنه عندئذٍ قد زاد على أصل الدين فاشتبهت المعاملة بالربا . فكان الطريق هو إبعاد الحالة الأخيرة من شبهة الربا باختصار المصرف - عندما يدفع عن المضمون وهي في الغالب حالات قليلة - على التكاليف الحقيقية فحسب ومازاد يورد في صندوق الخيرات والتبرعات . عندئذٍ صار المصرف الإسلامي قادراً على النهوض بهذه الحاجة الأساسية .

الضمانات والرهنون في صيغ التمويل اللاربوية

تحتاج البنوك ، لغرض تقليل مخاطر التمويل والتأكد من التزام العميل بالوفاء ، إلى تقديم العملاء أنواعاً من الضمانات الشخصية والمالية وأنواع الرهنون العقارية وغير ذلك عندما يقدم لهم

المصرف المال . وكثيراً ما تتبنى البنوك قاعدة عامة وهي أن تكون القيمة السوقية لتلك الضمانات والرهون أعلى من مبلغ الدين الثابت في ذمة العميل .

وبالنسبة للبنوك التقليدية فإن جميع عمليات التمويل بالنسبة لها هي قروض مباشرة أو غير مباشرة لا بد من مقابلتها بتلك الضمانات . أما بالنسبة لصيغ التمويل الإسلامية فالأمر ليس على إطلاقه .

فبالنسبة لصيغ التمويل المعتمدة على الدين فلا بأس من مطالبة العميل بتقديم مثل تلك الضمانات توثيقاً للدين . ويمكن أن تكون ذات قيمة أعلى من الدين بشرط أن تقدم بعد ثبوت الدين في ذمة العميل . أما بالنسبة لصيغ التمويل المعتمدة على اقتسام الربح والخسارة كالمضاربة والمشاركة فلا وجه لمثل تلك الضمانات إذ أن العميل غير مدين للمصرف . إلا أن المصرف يمكن أن يطلب إليه تقديم الضمانات التي توثق التزامه بتنفيذ الشروط الأخرى وليس ضمان سلامة رأس المال أو الربح .

فمثلاً يلتزم العميل في المضاربة برد رأس المال (أو ما بقي منه) والربح (إن تحقق) إلى المصرف في تاريخ انتهاء العقد ، وأن يفعل ذلك بصورة عاجلة وبدون تأخير أو مماطلة . وعلى ذلك يمكن للبنك أن يطلب إليه الضمانات مقابل هذا الالتزام فحسب ، كما يظل العميل ملتزماً بحسن الأداء بتعويض البنك لو حصلت الخسارة

بسبب إهماله أو سوء إدارته . وهذه أيضاً مما يمكن للمصرف أن يطالب العميل بتقديم الضمانات مقابلها .

أما في الإيجار الذي ينتهي بالتمليك ، فالأصل المؤجر ملكٌ للبنك ولذلك لا حاجة لمثل هذه الضمانات إلا مقابل حسن الاستخدام ولتوثيق الالتزام بدفع القسط الجاري مثلاً ... الخ .

دور الهيئات الشرعية في العمل المصرفي اللاربوي

لما كان نشاط البنوك الإسلامية إنما يستمد شرعيته من كونه ملتزماً بقواعد الشريعة ومتطلباتها في العمل المصرفي ، فقد تبنت المصارف الإسلامية منذ ظهورها طريقة تعيين هيئة شرعية تشرف وتراقب نشاطها وتشير عليها فيما يتعلق بما يحل ويحرم من أنواع المعاملات ، وتصادق على تقريرها النهائي في آخر العام . وقد كان لهذه الهيئات الشرعية دور بارز في النشاط المصرفي الإسلامي . ليس فقط لأن وجودها يبعث الاطمئنان في قلوب المسلمين الحريصين على الالتزام الشرعي في المعاملات المالية ، بل لأن وجودها يتيح معيناً لا ينضب للتطوير وإيجاد صيغ تمويلية جديدة وحلول فعالة للمصاعب التي يواجهها المصرف تكون منضبطة من الناحية الشرعية.

وقد اختلفت المصارف الإسلامية في تعاملها مع هذه الهيئات فبعضها يعين هيئة شرعية دائمة ويعطيها صلاحيات واسعة وتكون

مرتبطة بأعلى السلطات في الشركة أي بالجمعية العمومية للمساهمين . وبعضها يقتصر على مستشار واحد يكون موظف في المصرف ، وأخرى تستشير ولكن بصفة غير دائمة وهكذا ، وكل ذلك خير . ولعل من أفضل آثاره الحسنة هذا التجديد والمساهمات الرائدة من البحوث الفقهية التي تتناول الأعمال المصرفية والمعاملات المالية بصفة عامة .

وفي كثير من الأحيان يكون في أعضاء هذه الهيئات كبار الفقهاء من أهل الاجتهاد . ولذلك فإن عدداً من الاجتهادات المعاصرة التي كان لها دور فاعل في تطوير نشاطات البنوك الإسلامية إنما ولدت ضمن تلك الهيئات . من ذلك مسألة التنضيف الحكمي ، وصيغة المرابحة للأمر بالشراء وغيرها .

حدود ما يستطيع المصرف اللاربوي أن يقوم به

تعد عملية تطوير المنتجات المصرفية product development من أهم ما تحرص عليه المصارف في الوقت الحاضر وتتنافس فيه ، ولذلك نجدها تقدم في كل يوم خدمات جديدة وأنواع من الترتيبات التي توفر مزيداً من خيارات السيولة والربحية وإداة المخاطر للمستثمرين ومودعي الأموال لديها . فهل تستطيع المصارف الإسلامية أن تقوم بمثل ذلك أم أن التزامها بحدود الشريعة سيشكل قيلاً لا تستطيع النهوض معه بكل حاجات المجتمع الحديث في مجال الخدمات المصرفية ؟

الجواب عن ذلك أن القيود الشرعية التي ينضبط بها عمل المصارف الإسلامية لا تختلف عن القوانين التي لا بد أن يتقيد بالعمل بها أي مصرف . وفي كثير من الأحيان تكون القوانين نفسها التي تحد من قدرة المصرف على التوسع في نشاطٍ معين باعثاً على طلب التطوير والاختراع .

معلوم على سبيل المثال أن التوريق Securitisation الذي أضحى اليوم واحداً من أهم التطورات المالية المعاصرة ، ما كان سيظهر ويكون بهذا القدر من الأهمية والتأثير لو لم تمنع القوانين الأمريكية البنوك من العمل خارج حدود الولاية المرخص فيها المصرف . فكانت الحيلة هي تحويل الأصول إلى ما يشبه الصكوك بحيث تندرج تحت قانون الأوراق المالية الذي يسمح بتسويقها خارج الولاية . ثم ظهر بأن الفكرة بحد ذاتها رائعة وهي ذات جدوى عالية حتى دون أن يكون الغرض منها التحايل على ذلك القانون ، فانتشرت في العالم كله . ولا ريب أن القيود الشرعية ستجعل المصرف الإسلامي مختلفاً عن المصرف التقليدي ولكنها لا تؤدي بالضرورة إلى الحد من قدرته على التطور وتحقيق أعلى مستويات الكفاءة .

إن العناصر الأكثر أهمية في تطوير المصارف وقدرتها على النمو والنهوض بحاجات الناس هي وضوح القوانين وصرامة الالتزام بها ووجود إشراف دقيق من المصرف المركزي على العمل المصرفي . فإذا توفر ذلك فإن الالتزام بالشرعية ربما كان أداة للتفوق وتحقيق

مميزات لا تتوفر على البنوك التقليدية .

وكمثال على ذلك نقدم حالة عملية : إن القيود على تداول الديون في الشريعة جعل من غير الجائز الاستثمار في أسهم الشركات التي يغلب على موجوداتها الديون . فكان أن تبنت صناديق الاستثمار في الأسهم المنضبطة إسلامياً قيوداً يحدد الحد الأعلى لديون الشركات التي يمكن أن تحتويها المحفظة الإسلامية بأقل من الثلث . إن أمر الديون وما يمكن أن يترتب عليها من آثار سيئة على الشركة إذا زادت هو أمر معلوم ، ولكن لم يسبق أن تكونت محفظة استثمارية كبيرة تضم فقط شركات متدنية الديون كما درجت على ذلك صناديق الاستثمار الإسلامية . فعندما ظهرت هذه الصناديق الإسلامية اكتشف الناس بالتجربة العملية أنها أكثر ربحاً واستقراراً من غيرها . إلى درجة أن إحدى الشركات التي تدير صندوقاً من هذا النوع حصلت على جائزة مهمة في الولايات المتحدة استحقتها لأنها لفتت النظر إلى هذا العنصر المهم في الاستثمار ، وهي إنما فعلته تقييداً بتعليمات مستشارها الشرعي .

إن الشريعة ما أغلقت باباً للحرام إلا فتحت أبواباً للمباح والحلال ، ولذلك فإنه لا حدود لما يمكن أن تطوره البنوك الإسلامية من خدمات نافعة تنهض بحاجات الناس . وهذا لا يعني ضرورة أن تتبع نفس الصيغ وتسير على ذات الإجراءات . لكن مجال التطوير والاختراع واسع لا حدود له .

تعريف عامة

- ١- البنك (المصرف) المؤسسة التي تقدم خدمات الوساطة المالية .
- ٢- العميل : هو زبون البنك الذي يودع أمواله لدى البنك ، أو الذي يحصل على التمويل من البنك .
- ٣- المعيار : صيغة نموذجية لعمليات مصرفية يتوافر عليها القبول الشرعي والقابلية للتطبيق والصلاحية للنهوض بحاجة مجتمع مسلم للخدمات المصرفية .
- ٤- نطاق المعيار : المجال الذي يصلح لتطبيق المعيار .

١

معيار المراجعة المصرفية

١-١ تعاريف

٢-١ نطاق المعيار

٣-١ نص المعيار

٤-١ المذكرة التفسيرية

١ - ١ تعاريف

- أ - المربحة المصرفية: توسط البنك لشراء سلعة بناءً على طلب عميله ثم بيعها له بالأجل بثمن يساوي التكلفة الكلية للشراء زائد ربح معلوم متفق عليه بينهما.
- ب - التكلفة الكلية للشراء: ثمن شراء السلعة مضافاً إليه كل النفقات التي يدفعها البنك لحيازة السلعة ، مطروحاً منه أي حسم (خصم) يحصل عليه البنك من البائع.
- ج - مبلغ المربحة: يساوي التكلفة الكلية للشراء زائداً ربح البنك.
- د - الوعد بالشراء: هو الالتزام الذي يقطعه العميل على نفسه للبنك بشراء السلعة المعينة أو الموصوفة في طلب الشراء.
- هـ - طلب الشراء: هو الإجراء الذي يعبر به العميل إلى البنك عن رغبته في شراء سلعة معينة أو موصوفة .
- و - الربح : هو المبلغ الزائد على التكلفة الكلية للشراء والذي يحصل البنك عليه كعائد في المربحة.
- ز - دين المربحة : هو المبلغ المتعلق في ذمة العميل بعد إتمام بيع المربحة ويساوي مبلغ المربحة ناقصاً أية دفعة مقدمة أو أقساط مسددة .

ح - البنك (المصرف) : ويقصد به أحد مؤسسات الوساطة المالية التي تستخدم صيغة المربحة في التمويل .

ط - العميل : الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يتقدم بطلب الشراء إلى البنك ثم يشتري منه السلعة بالمربحة.

ي - المورد : الطرف الثالث الذي يشتري منه البنك السلعة وبيعها للعميل .

ك - ليبور : LIBOR London Interbank Offer Rate) سعر الفائدة على القروض بين بنوك لندن . وهو أحد أهم مؤشرات التمويل المؤثرة في الأسواق المالية .

١ - ٢ نطاق المعيار

- أ - ينطبق هذا المعيار على السلع وسائر الأصول المادية المقبولة شرعاً ونظماً.
- ب - لا ينطبق هذا المعيار على بيع الذهب والفضة والنقود والديون.
- ج - يقتصر نطاق هذا المعيار على التطبيقات التي تتضمن بيعاً مؤجلاً لغرض تقديم الائتمان من البائع للمشتري بحيث يكون استخدامها كصيغة تمويلية للبنوك ومؤسسات الوساطة المالية.
- د - لا يتعلق هذا المعيار بعمليات البيع بالتقسيط .

١ - ٣ نص المعيار

- ١- لا يجوز للبنك بيع سلعة بالمراهجة قبل تملكها وقبضها.
- ٢- الحد الأدنى لتحقق متطلب القبض الشرعي للسلعة هو تحمل البنك لتبعة هلاكها.
- ٣- لا مانع عند تقدم العميل بطلب الشراء أن يقطع على نفسه وعداً أن البنك إذا اشترى السلعة من طرف ثالث وقبضها فسوف يشتريها منه.
- ٤- إذا نكل العميل بوعده بالشراء فللبنك الحق في أن يبيع السلعة التي اشتراها بناء على طلبه إلى طرف ثالث، وله تحميل ذلك العميل الخسارة الفعلية «إن وجدت» الناشئة عن الفرق بين التكلفة الكلية لشراء السلعة وسعر بيعها للمشتري الجديد.
- ٥- لا مانع أن يقتصر شراء البنك للسلع على تلك التي يطلبها العملاء ويعدونه بشرائها .
- ٦- للبنك الحق قبل شرائه للسلعة أن يتبنى من الإجراءات ما يؤكد له الثقة في وفاء العميل بوعده بما في ذلك مطالبته بضمانات للوفاء ، أو كفالة .

- ٧- لا يجوز للبنك استلام الثمن أو جزء منه قبل امتلاك وقبض السلعة المراد بيعها.
- ٨- يجب أن يتضمن عقد البيع تحديداً للتكلفة الكلية للشراء.
- ٩- ينبغي أن يكون مبلغ المراجعة محددًا كمقدار مقطوع ومعلوم للطرفين عند التوقيع على عقد البيع.
- ١٠- للبنك الحق في حساب الربح الذي يرضى به بالطريقة التي يراها مناسبة ولا مانع من استخدام أحد مؤشرات التمويل المعتمدة ، وذلك لتحديد مبلغ المراجعة، ولا مانع من أن تلاحظ مدة الاجل عند حساب ذلك المبلغ.
- ١١- يمكن أن يدفع دين المراجعة دفعة واحدة أو منجماً على أقساط.
- ١٢- لا تجوز زيادة دين المراجعة بعد ثبوته في ذمة العميل .
- ١٣- لا يجوز تواطؤ البنك مع مورد على بيع سلعة له سبق أن اشتراها البنك منه، كما لا يجوز شراء سلعة من عميل سبق للبنك أن باعها إليه .
- ١٤- لا مانع أن يعين البنك العميل طالب الشراء وكيلاً يشتري ويقبض السلعة نيابة عن البنك ثم يبيعها لنفسه بالمراجعة حسب الشروط التالية :

الأول : أن يباشر البنك دفع الثمن للبائع بنفسه.

الثاني : أن تمر السلعة بمرحلة محددة تكون فيها على ضمان البنك، وان لاتؤول الوكالة إلى حماية المصرف من تحمل تبعه هلاك السلعة قبل بيعها .

الثالث : أن لا يكون البنك قادراً على القيام بالقبض والبيع بنفسه.

١٥- يمكن للبنك والعميل، إذا كانت هناك مصلحة للطرفين ولايترتب على ذلك ضرر للآخرين، الاتفاق على أن تكون وكالة العميل غير معلنة، فيتصرف كالأصيل أمام الأطراف الأخرى.

١٦- لا مانع أن يحصل البنك على ضمانات عينية أو شخصية، من العميل لتوثيق دينه الناشئ حالاً أو مآلاً عن المراجعة.

١ - ٤ المذكرة التفسيرية

١- لا يجوز للبنك بيع سلعة بالمراجعة قبل تملكها وقبضها.

المراجعة نوع من البيع ، يشترط فيها ماشرطه الشرع في البيع، وينهى فيها عما نهى عنه. وقد ورد عن النبي ﷺ النهي عن بيع الإنسان ما لا يملك، جاء ذلك فيما رواه ابن عمر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال "لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن ولا بيع ما ليس عندك" (١).

وقال النبي ﷺ لحكيم بن حزام "لا تبع ما ليس عندك" (٢).

وبهذا أخذ جمهور الفقهاء، وإن اختلفوا في مدلول الحديث، حيث يرى بعضهم أن النهي منصب على عدم جواز بيع كل ما ليس في ملك الإنسان، وفهم آخرون من الحديث أن النهي ينصب على كل بيع لا يستطيع البائع تسليمه للمشتري. يقول الشوكاني "وظاهر النهي تحريم بيع ما لم يكن في ملك الإنسان ولا داخلاً تحت مقدرته وقد استثنى من ذلك السلم" (٣).

ويقول شيخ الإسلام ابن تيمية "ونهى النبي ﷺ حكيم بن

(١) رواه الخمسة إلا ابن ماجه، انظر منتقى الأخبار مع شرح نيل الاوطار ١٧٩/٥ .

(٢) أخرجه أحمد في مسنده ٤٠٢/٣، والترمذي في كتاب البيوع ٥٣٤/٣ .

(٣) نيل الاوطار ٢٥٣/٥ .

حزام عن بيع ماليس عنده: إما أن يراد بيع عين معينة فيكون قد باع مال الغير قبل أن يشتريه؛ وفيه نظر . وإما أن يراد به بيع ما لا يقدر على تسليمه وإن كان في الذمة وهذا أشبه ؛ فيكون قد ضمن له شيئاً لا يدري هل يحصل أو لا يحصل" (١) ،

ولعل ماتنص عليه هذه المادة يشير إلى أمرين في غاية الأهمية. أولهما : أنه يشترط على البنك أن يتملك السلعة موضوع العقد وذلك قبل توقيع عقد بيعها للعميل. وثانيهما: أن تملك البنك للسلعة لا يترتب عليه جواز بيع تلك السلعة وإنما يجب على البنك قبضها (حيازتها) ثم بيعها لعميله بالمراجعة. ويتحقق ملك البنك للسلعة فيما إذا اشتراها من موردها، أو كان له حق مشاع فيها بأن كان شريكاً في ملكيتها إلى غير ذلك من الأسباب الموجبة للملك.

أما كيفية القبض فتفصيلها في المادة التالية:

٢ - الحد الأدنى لتحقيق متطلب القبض الشرعي للسلعة هو تحمل البنك لتبئة هلاكها.

تأخذ هذه المادة برأي جمهور الفقهاء (فيما عدا المالكية) القاضي بعدم جواز بيع المنقول المشتري قبل قبضه، لأن في ذلك غرراً يفسد العقد وقد ورد النهي عن بيع الغرر. وصورة ذلك الغرر هو أنه لا يدري أحد هل يبقى المبيع أم يهلك قبل أن يُقبض، فإن

(١) مجموع الفتاوى ٥٢٩/٢٠ .

هلك يبطل البيع الأول فينفسخ تبعاً لذلك البيع الثاني لأنه مبني على الأول. ومن المتفق عليه أنه لا توجد صورة واحدة للقبض وإنما يرجع في ذلك إلى العرف وقد نصت على ذلك مجلة الأحكام الشرعية (الحنبلية) :

"فقبض كل شيء بحسبه عرفاً" (١) .

قبض العقار يكون بالتخلية وتمكين اليد من التصرف، فإن لم يتمكن المشتري من المبيع فلا تعتبر التخلية قبضاً. أما المنقول فقبضه يكون حسب طبيعته. غير أن الحد الأدنى لتحقيق مطلب القبض الشرعي للسلعة هو تحمل البنك لتبعة هلاكها، وذلك يعني أن تخرج السلعة من ذمة البائع وتدخل في ذمة البنك، ويتم ذلك عملياً إذا تم تعيين السلعة وفرزها.

فإن كان المبيع سيارة مثلاً، فينبغي على البنك قبل بيعها لعميله أن يكون قد اشترى سيارة بعينها محددة تحديداً نافياً للجهالة، وذلك بتعيين ماركتها التجارية، وسنة إنتاجها ولونها ورقم الهيكل إلى غير ذلك من الأوصاف التي تميز هذه السيارة عن غيرها. بحيث إذا هلكت هذه السيارة بعد شراء البنك لها وقبل أن يبيعها إلى العميل فإنما تهلك على مسؤولية البنك.

(١) المادة رقم ٣٣٣ .

٣ - لا مانع عند تقدم العميل بطلب الشراء أن يقطع على نفسه وعداً أن البنك إذا اشترى السلعة من طرف ثالث وقبضها فسوف يشتريها منه.

تمر المربحة المصرفية بمرحلتين :

المرحلة الأولى : هي مرحلة اختيار العميل لسلعة معينة أو تحديد أوصافها ثم الطلب إلى البنك بشرائها على وعد من العميل بأن يشتري السلعة من البنك فيما إذا قام البنك بتملكها وقبضها.

المرحلة الثانية : هي مرحلة البيع بالمربحة تتم بعد قيام البنك بتملك السلعة وقبضها.

ولأخلاف يذكر بين العلماء حول مشروعية بيع المربحة على هذه الصفة فيما إذا كان المشتري بالخيار إن شاء أتم البيع وإن شاء تركه، وذلك لأن قدامى الفقهاء الذين نصوا على صورة مشابهة للمربحة المصرفية، أعطوا الخيار للمشتري، كالامام الشافعي الذي ورد عنه في كتاب الأم "وإذا أرى الرجل الرجل السلعة فقال: اشتر هذه واربحك فيها كذا فاشتراها الرجل فالشراء جائز...". ثم يقول "وهكذا إن قال اشتر لي متاعاً، ووصفه له أو متاعاً أي متاع شئت: وأنا أربحك فيه، فكل هذا سواء، يجوز البيع الأول، ويكون هذا فيما أعطى من نفسه بالخيار.."^(١).

(١) الأم ٣/٣٩ .

ومن المتفق عليه أن جمهور الفقهاء يرون أن الوفاء بالوعد أمر مستحب وليس بواجب ، ولذلك فلا يُقضى به على الواعد ولكن الإخلال بالوعد يفوت على الواعد الفضل ^(١) .

وفي مقابل هذه الآراء هناك من الفقهاء من يرى أن الوعد ملزم للواعد ويجب عليه الوفاء به ويجبر على ذلك، ومن هؤلاء الفقيه المالكي ابن شبرمة الذي يرى بأن الوعد ملزم مطلقاً ويجب الوفاء به ديانة وقضاءً ^(٢) . وهذا أيضاً مذهب كثير من فقهاء السلف منهم الحسن البصري والخليفة عمر بن عبدالعزيز وقضى به سعيد بن عمرو بن الاشوع ^(٣) . وكذا القاضي ابن العربي الذي يقول "والصحيح عندنا أن الوعد يجب الوفاء به على كل حال إلا لعذر" ^(٤) .

وذهب فقهاء المالكية إلى التفصيل فيما يجب الوفاء به من الوعود وما لا يجب على رأيين:

الأول : يقضي بلزوم الوعد ولزوم الوفاء به إذا تم الوعد على سبب وان لم يدخل الموعد له في مباشرة شيء ^(٥) .

الثاني : يكون الوعد لازماً يجب الوفاء به ويقضي القاضي

(١) المحلى لابن حزم ٢٨/٨ .

(٢) المحلى لابن حزم ٢٨/٨ .

(٣) عمدة القاري للعيني ٣٥٨/١٣ .

(٤) أحكام القرآن لابن العربي ٤/١٨٠٠ .

(٥) فتح العلى المالك لعليش ٢٥٥/١ .

به على الواعد إذا كان الوعد على سبب ودخل الموعد له بسبب الوعد في شيء^(١).

ونود التنويه إلى أن طبيعة العمل المصرفي المعاصر تقتضي قدراً من الإلزام في التعامل والجدية فيما يصدر من الطرفين من وعود، ولذلك فإن الأخذ برأي الجمهور في عدم لزوم الوعد من الجانبين بحيث يكون كل منهما حراً في أن يكمل العملية أو أن يعدل عن ذلك كما يشاء، يتنافى مع واقع الحال الذي تعارف الناس فيه على أن تكون معاملاتهم موثقة وملزمة، فضلاً عن أن المفسد التي تنشأ عن عدم لزوم الوعد تفوق كثيراً تلك التي تترتب على الإلزام.

وفي ضوء هذا رجح كثير من الفقهاء المعاصرين القول بلزوم الوعد بالشراء الذي يصدر عن العميل، جاء ذلك في الفتوى الصادرة عن المؤتمر الثاني للمصرف الإسلامي الذي عقد في الكويت عام ١٤٠٣هـ = ١٩٨٣م التي جاء فيها "...وأما بالنسبة للوعد وكونه ملزماً للأمر أو المصرف أو كليهما فإن الأخذ بالإلزام هو الأحفظ لمصلحة التعامل واستقرار المعاملات وفيه مراعاة لمصلحة المصرف والعميل وأن الأخذ بالإلزام أمر مقبول شرعاً وكل مصرف مخير في أخذ ما يراه في مسألة القول بالإلزام..."

كما أفتى بلزوم الوعد في بيع المراجعة مجمع الفقه الإسلامي

(١) انظر الفروق للقرافي ٢٤/٤، وفتح العلي الملك لعليش ٢٥٤/١.

التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في دورة مؤتمره الخامس بالكويت ١٤٠٩ هـ = ١٩٨٨ م حيث قرر: "الوعد بالشراء، وهو الذي يصدر من الأمر أو المأمور على وجه الانفراد، يكون ملزماً للواعد ديانة إلا لعذر، وهو ملزم قضاءً إذا كان معلقاً على سبب ودخل الموعد في كلفة نتيجة الوعد. ويتحدد أثر الإلزام في هذه الحالة إما بتنفيذ الوعد، وإما بالتعويض عن الضرر الواقع فعلاً بسبب عدم الوفاء بالوعد بلا عذر".

وعلى أساس ماتقدم فإن المصارف الإسلامية قد أخذت بمبدأ الإلزام بدرجات متفاوتة، وذلك حسماً للنزاع بينها وبين عملائها ودرءاً للأضرار التي قد تترتب عليها فيما إذا لم يكن هناك إلزام للعملاء بوعودهم، وهي أضرار ومفاسد تفوق في نظر الكثيرين تلك التي تنشأ في حال الأخذ بمبدأ عدم الإلزام.

٤ - إذا نكل العميل بوعده فللبنك الحق في أن يبيع السلعة التي اشتراها بناء على طلبه إلى طرف ثالث، وله تحميل ذلك العميل الخسارة الفعلية «إن وجدت» الناشئة عن الفرق بين التكلفة الكلية لشراء السلعة وسعر بيعها للمشتري الجديد.

تعتبر هذه المادة عن مقتضى لزوم الوعد في المراجعة المصرفية، فطبقاً لقرار مجمع الفقه الإسلامي السابق الإشارة إليه، والذي استند على الراجح من أقوال المالكية، فإن إلزام العميل بوعده لا يعني إطلاقاً إلزامه بإتمام عملية الشراء، لأن البيع لا يتم إلا عن تراضٍ، ولكن ذلك يقتضي إلزام العميل بجبر الضرر المترتب على البنك من جراء دخول البنك بناء على وعد العميل في عملية شراء ما كان له أن يدخل فيها لولا وعد العميل بشرائها منه .

وحسبما نص عليه قرار مجمع الفقه الإسلامي المشار إليه في المادة السابقة فإن أثر الإلزام يتحدد "إما بتنفيذ الوعد وإما بالتعويض عن الضرر الواقع فعلاً بسبب عدم الوفاء بالوعد بلا عذر".

وفي حال عدم رغبة العميل الوفاء بوعده وإتمام العملية، يقوم البنك ببيع السلعة إلى طرف ثالث حسب السعر الجاري في السوق، فإن ترتب على عملية البيع خسارة عن التكلفة الفعلية للشراء فيجب على العميل حينئذٍ تعويض البنك عن تلك الخسارة عملاً بالقاعدة الفقهية "لا ضرر ولا ضرار" حيث نهت الشريعة الإسلامية عن أضرار الإنسان بنفسه ناهيك عن إضراره بغيره.

والخسارة التي يستحق البنك تعويضاً عنها هي الخسارة الفعلية المتمثلة في الفرق بين التكلفة الكلية للشراء وثمان البيع لطرف ثالث، ولا تتضمن تعويضاً عن الربح الفائت على البنك من جراء عدم اتمام عملية البيع الأول، وهو ما يعرف في العرف المصرفي (بتكلفة الفرصة البديلة).

٥ - لا مانع أن يقتصر شراء البنك للسلع على تلك التي يطلبها العملاء ويمدونه بشرائها.

صوّر هذه المادة طبيعة عمل المصارف الإسلامية المعاصرة، من حيث أنها مؤسسات مهمتها توفير التمويل لعملائها بطرق شرعية، وأنها لا تقوم بوظيفة التجار الذين يشترون السلع ويتربصون بها إلى حين ارتفاع الأسعار ولكن دورها الحقيقي هو شراء السلع التي يرغب فيها التجار ويطلبون منه شراءها ثم إعادة بيعها لهم، ومن ثم فهي لا تشتري سلعة إلا بناءً على طلب من أحد العملاء.

ولأضير من الناحية الشرعية على المصارف الإسلامية أن لا تشتري السلع إلا بناءً على رغبة عملائها فليس من ضرورات الشراء الحلال أن يشتري الإنسان ما يشتريه للانتفاع أو الاقتناء أو الاستهلاك الشخصي، فمن الجائز أن لا يشتري الإنسان من السلع إلا تلك التي يثق أن لها مشترياً طالما أن ذلك متوافق مع الضوابط الشرعية لعقد البيع، يقول شيخ الإسلام ابن تيمية " .. فإن المشتري تارة يشتري السلعة لينتفع بها وتارة يشتريها ليتجر بها

فهذان جائزان بإتفاق المسلمين .. " .

إلى أن قال :

" وأصل هذا الباب : أن الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى فإن كان قد نوى ما أحل الله فلا بأس، وإن نوى ما حرم الله، وتوصل إليه بحيلة، فإن له ما نوى، والشرط بين الناس ما عدوه شرطاً: كما أن البيع بينهم ما عدوه بيعاً والإجارة بينهم ما عدوه إجارة" (١) .

ولاشك أن من غايات قيام المصارف الإسلامية تخلص المسلمين من الربا وذلك بتوفير بدائل مشروعة تقوم على أساس عقد البيع والشركة وغيرها، وكما أشرنا في المقدمة فإنه ليس من المصلحة وليس من الحكمة أن تحتل المصارف مكان التجار، بل من الأفضل أن يكون دور المصارف هو دور الوسيط الذي يشتري السلع من مورديها بالنقد بناءً على رغبات التجار والمستهلكين وبيعها لهم بالأجل.

ومما يؤيد هذا المنحى من عمل المصارف في تطبيق المراجعة المصرفية ما نص عليه الشافعي في الأم "وإذا أرى الرجل الرجل سلعة فقال: اشتر هذه واربحك فيها كذا فاشتراها الرجل فالشراء جائز... " ثم قال "وهكذا إن قال اشتر لي متاعاً ووصفه له ... وأنا

(١) مجموع الفتاوى ٢٩/٤٤٦-٤٤٨ .

أرباحك فيه، فكل هذا سواء ؛ يجوز البيع... " (١) .

وقد أفتى بمثل ذلك فضيلة الشيخ عبدالعزيز بن عبدالله بن باز (رحمه الله) في معرض إجابته على السؤال التالي : " إذا رغب عميل للبنك الإسلامي بشراء بضاعة ما تكلفتها ١٠٠٠ ريال سعودي، وأراها البنك الإسلامي، أو وصفها له، ووعدته بشرائها منه مرابحة بالأجل لمدة سنة، بربح قدره ١٠٠ ريال سعودي لتكون القيمة الكلية ١١٠٠ ريال سعودي، وذلك بعد أن يشتريها البنك من مالكها بدون إلزام العميل بتنفيذ وعده المملفوظ أو المكتوب. فما رأيكم في هذه المعاملة ؟ جزاكم الله خيراً " .

الجواب : " إذا كان الواقع ما ذكر في السؤال فلا حرج في المعاملة المذكورة إذا استقر المبيع في ملك البنك وحازه إليه من ملك بائعه لعموم الأدلة الشرعية. وفق الله الجميع لما يحبه ويرضاه".

وسياتي فيما بعد تفصيل لكيفية القبض والحياسة .

٦ - للبنك الحق قبل شرائه للسلعة أن يتبنى من الإجراءات ما يؤكد له الثقة في وفاء العميل بوعدده بما في ذلك مطالبته بضمانات الوفاء ، أو كفالة .

يبذل البنك غاية جهده للتأكد من أن عميله الذي يطلب إليه بأن يشتري السلعة ويبيعها له مرابحة جاد في طلبه، ولتوثيق تلك الجدية تطالب البنوك عملاءها بتقديم مبلغ مالي يكون ضماناً

(١) الام ٣/٣٩ .

للفوفاء بما يعدون ، ويسمى مثل هذا المبلغ في العرف المصرفي بهامش الجدية .

وهامش الجدية يمكن النظر إليه باعتباره مبلغاً مرهوناً على دين لاحق الوجوب وذلك تخريجاً على مذهب الحنفية والمالكية الذين لا يشترطون في الدين الذي يجوز أخذ الرهن عنه أن يكون ثابتاً في الذمة، بل يجوز أخذ الرهن على الدين المتوقع، يقول الزيلعي «لأن الموعد جعل كالموجود باعتبار الحاجة، بل جعل موجوداً اقتضاءً، لأن الرهن استيفاءً، والاستيفاء لا يسبق الوجوب، بل يتلوه فلا بد من سبق الوجوب ليكون الاستيفاء مبنياً عليه. ولأنه مقبوض بجهة الرهن الذي يصح على اعتبار وجوده فيعطي له حكم المقبوض على سوم الشراء»^(١).

وجاء في حاشية العدوي على شرح الخرشي «قال ابن الحاجب شرط المرهون به أن يكون ديناً في الذمة لازماً أو صائراً إلى اللزوم. قال: ويجوز- أي الرهن- على أن يقرضه أو يبيعه أو يعمل له ويكون بقبضه الأول رهناً. وعبارة ابن الشاس: ليس من شرط الدين أن يكون ثابتاً قبل الرهن...»^(٢).

ومبلغ هامش الجدية ليس جزءاً من الثمن، حيث أن البيع لم ينعقد بعد، ولا يجوز للبنك ، من ثم ، قبض هامش الجدية على

(١) تبين الحقائق ٦ / ٧١، وأنظر شرح المجلة للاتاسي ٤ / ١٤٤ .

(٢) حاشية العدوي على شرح الخرشي ٥ / ٢٤٩ .

اعتبار أنه جزء من ثمن البيع، فذلك يعرض البنك لتهمة بيع ما ليس عنده .

كما لا ينبغي اعتبار مبلغ هامش الجدية عربوناً ، فالعربون ، عند من يجيزه من الفقهاء كالحنابلة يدفع فقط بعد انعقاد البيع وليس قبل ذلك ^(١) . وحيث أن مبلغ هامش الجدية يدفع في مرحلة المواعدة على الشراء فلا يجوز اعتباره عربوناً ، يؤيد هذا قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم ٨٦/٣/٧٦ الصادر في هذا الشأن والذي نص على ما يلي: « المراد ببيع العربون بيع السلعة مع دفع المشتري مبلغاً من المال إلى البائع على أنه إن أخذ السلعة احتسب المبلغ من الثمن وإن تركها فالمبلغ للبائع .

ويجري مجرى البيع الإجارة ، لأنها بيع المنافع . ويستثنى من البيوع كل ما يشترط لصحته قبض أحد البدلين في مجلس العقد (السلم) أو قبض البدلين (مبادلة الأموال الربوية والصرف) ولا يجري في المراجعة للأمر بالشراء في مرحلة المواعدة ولكن يجري في مرحلة البيع التالية للمواعدة ^(٢) .

والصحيح في تخريج هامش الجدية أنه مبلغ مرهون على دين يجب لاحقاً ولهذا يشترط أن يبقى في ملكية العميل، كأن يوضع مثلاً في حساب استثماري يكون ريعه لمصلحة العميل،

(١) غاية المنتهى للشيخ مرعي ٢٦/٢ .

(٢) القرار رقم ٨٦/٣/٧٦ .

ولا يحق البنك الاستفادة منه باعتباره رهناً ولا يجوز للمرتهن الانتفاع بالرهن في أظهر قول العلماء وذلك بعداً عن الربا وأكل أموال الناس بالباطل وعملاً بالحديث الصحيح الذي رواه ابوهريرة رضي الله عنه «لا يغلق الرهن له غنمه وعليه غرمه»^(١).

وعند حيازة البنك للسلعة وإتمام عملية البيع ينبغي فك رهنية مبلغ هامش الجدية وعندئذٍ يجوز الاتفاق بين الطرفين على أن يتحول ذلك المبلغ كله أو جزء منه إلى دفعة مقدمة من الثمن.

وفي حالة نكول العميل عن وعده بالشراء يقوم البنك ببيع السلعة إلى طرف ثالث، فإذا لم تتحقق خسارة من عملية البيع، يرد البنك مبلغ هامش الجدية (وريعه إن وجد) كاملاً إلى العميل، وإن تبين وجود خسارة من عملية بيع السلعة إلى طرف ثالث، فيجوز للبنك أن يقطع مقدار الخسارة من مبلغ الجدية، ويرد الباقي إلى العميل، وذلك جبراً للضرر المترتب عن الوعد الملزم من قبل العميل بشراء السلعة عندما يحوزها البنك.

٧ - لا يجوز للبنك استلام الثمن أو جزء منه قبل امتلاكه وقبض السلعة المراد بيعها.

الغرض من هذه المادة التأكيد على أن مرحلة الوعد التي تسبق عملية البيع، ليست بيعاً، إذ لا يجوز أن يقع إلا بعد أن يمتلك البنك السلعة ويقبضها، وقبض الثمن أو جزء منه يتنافى مع

(١) أخرجه ابن ماجة في سننه ومالك في الموطأ .

هذا المفهوم ، لأن البنك إذا قبض الثمن من بيع صحيح فسيعني ذلك أنه استحقه وله ألا يرد للعميل أي شئ منه. أما هامش الجدية الذي يدفعه العميل فقد سبق إيضاح حكمه .

٨ - يجب أن يتضمن عقد البيع تحديداً للتكلفة الكلية للشراء .

المراجعة المصرفية لها أحكام بيع المراجعة في الفقه الإسلامي، من حيث أنها تعد أحد بيوع الأمانة، والتي يشترط فيها على البائع أن يبين للمشتري عدة أشياء أهمها :

أ - رأس المال (أو الثمن الأول) : يجب على البنك أن يفصل للمشتري الثمن الذي دفعه للحصول على السلعة، كما ينبغي على البنك أن يطرح من ذلك الثمن أي حسم (خصم) حصل عليه من البائع، فإذا اشترى البنك السلعة بألف، واعطاه البائع خصماً من الثمن مقداره مائة، فعندئذ يكون ثمن السلعة هو تسعمائة وليس الألف ؛ فالعميل يستحق أي خصم يحصل عليه البنك، وذلك من مقتضى بيوع الأمانة^(١) .

ب - النفقات التي يتحملها البنك للحصول على السلعة : يجب أن يصرح البنك عند التعاقد على البيع بتفاصيل النفقات التي سيدخلها في الثمن وله أن يدخل أية نفقة متصلة بالسلعة إذا قبل بها العميل . أما إذا لم تفصل النفقات فليس له أن يدخل إلا

(١) بدائع الصنائع ٥/٢٢٢، المغني ٤/١٣٧ .

ما تعارف التجار إدخاله في الثمن ، مثل نفقات النقل والتخزين ورسوم الاعتماد المستندي وأقساط التأمين . وجمهور الفقهاء يجيزون للبائع أن يضيف لثمن السلعة كل التكاليف الفعلية التي تحملها في سبيل ذلك ، وبعبارتهم «بل يجعل على السلعة كل مانابه عليها»^(١) حسب العرف والعادة . ولا يضيف البنك إلى نفقات السلعة إلا تلك النفقات التي بذل في سبيلها مالا للغير ، فليس له مثلاً أن يضيف حصة إلى الثمن مقابل عمل موظف البنك أو نحو ذلك^(٢) .

وفي حال تعذر تحديد أو تفصيل التكلفة الكلية واتفاق الأطراف على ما يجري العمل به ، فلا مانع من ذلك ، إذ أن العرف في هذه الحالات معتبر .

٩ - ينبغي أن يكون مبلغ المراجعة محددًا كمقدار مقطوع ومعلوم للطرفين عند التوقيع على عقد البيع.

مبلغ المراجعة مصطلح جديد يقصد به الثمن الذي يبيع به البنك السلعة للعميل، ويتحدد ذلك الثمن على النحو التالي:

مبلغ المراجعة = التكلفة الكلية للشراء + ربح البنك = ثمن بيع البنك السلعة للعميل .

(١) بدائع الصنائع ٥/٢٢٣، المغني ٤/١٣٧ .

(٢) المغني ٤/١٣٧، مغني المحتاج ٢/٧٨، المبسوط ٣/٨٠ .

والتكلفة الكلية للشراء هي عبارة عن مجموع مادفعه البنك لشراء السلعة مضافاً إليه كل التكاليف التي سددتها حتى لحظة البيع للعميل أي "مانابه عليها" حسب التعبير الفقهي^(١) .

وبإضافة ربح البنك إلى التكلفة الكلية للشراء كما هي مبينة أعلاه يتحدد مبلغ المراجعة أو الثمن الذي يبيع به البنك السلعة للعميل، ووفقاً لما تنص عليه هذه المادة فإن هذا الثمن ينبغي أن يكون محدداً كمبلغ مقطوع ساعة التوقيع على عقد البيع. وجمهور أهل العلم من المالكية الشافعية والحنابلة متفقون على أن العلم بالثمن يعد ركناً من أركان عقد البيع في حين أن الحنفية يعدون تحديد الثمن شرطاً، فركن البيع عندهم هو الإيجاب والقبول وماعداه تعد شروطاً^(٢) .

ومهما يكن فإن علم المتعاقدين بالثمن قبل إنعقاد البيع يعد شرطاً ضرورياً لنفي الجهالة والغرر المفضيان إلى النزاع. ويكون العلم بالثمن بتحديد مقداره، وجنسه . ولا يجوز بأية حال أن يترك عند تحديد الثمن لمتغيرات مجهولة أو قابلة للتحديد في المستقبل، وذلك مثل أن ينعقد البيع ويجعل السعر معتمداً على مستوى ليبور الذي سيقع في المستقبل .

ولاتزول الجهالة والربا فيما إذا تم تحديد الثمن كأساس ثم

(١) انظر المادة ٨/١ .

(٢) الموسوعة الفقهية ، مادة بيع .

جرى الاتفاق على جعله متغيراً حسب الليبور ، حيث أن اشتراط
الزيادة على الثمن بعد انعقاد البيع هو زيادة على دين مترتب في
الذمة ، وذلك هو عين الربا .

وعلى هذا يجب أن يتحدد مبلغ المراجعة كمبلغ مقطوع
ومعلوم لطرفي التعاقد عند التوقيع على عقد البيع درءاً للغرر
والجهالة والربا .

١٠ - للبنك الحق في حساب الربح الذي يرضى به بالطريقة
التي يراها مناسبة ولا مانع من استخدام أحد مؤشرات
التمويل المعتمدة، وذلك لتحديد مبلغ المراجعة، ولا
مانع من أن تلاحظ مدة الاجل عند حساب ذلك المبلغ.

يشترط في بيع المراجعة أن يحدد البنك ربحه الذي يبيع به
السلعة للعميل، وذلك لأن الربح جزء من الثمن، والعلم بالثمن
شرط صحة البياعات^(١) . ويجوز للبنك أن يحسب ربحه كمبلغ
مقطوع من جملة تكاليفه أو كنسبة مئوية^(٢) . أما الطريقة التي
يتوصل بها البنك إلى حساب الربح الذي يضيفه إلى تكلفة شراء
السلعة فهي تعود إلى البنك وحده .

وبالنظر إلى أن البنوك الإسلامية تباع لعملائها السلع
وتؤجل لهم دفع الثمن فهي عادة تضع في اعتبارها أمرين مهمين :
أولهما : الأجل الذي سيسدد فيه العميل دين المراجعة. **وثانيهما** :

(١) بدائع الصنائع ٥ / ٢٢١ .

(٢) المغني مع الشرح الكبير ٤ / ٢٥٩ - ٢٦٠ ، بدائع الصنائع ٥ / ٢٢١ .

ملاحظة مؤشرات التمويل السائدة في السوق.

ففيما يتعلق بالأمر الأول، فإن البنوك تلاحظ الأجل عند حسابها للربح . فيزيد بطول الأجل المتفق عليه عند التعاقد بين المصرف والعميل لتسديد الثمن . فمثلاً يكون الربح ١٠٪ إذا كان التسديد في سنة و ٢٠٪ إذا كان في سنتين . وهذا الأمر لاخلاف بين العلماء في جوازه، إذ قرر الفقهاء أن للأجل حصة من الثمن ، يقول صاحب البدائع « لا مساواة بين النقد والنسيئة، لأن العين خير من الدين، والمعجل أكثر قيمة من المؤجل »^(١) . ويقول ابن عابدين « يزداد في الثمن لأجله »^(٢) ، ويقول النووي « الاجل يأخذ جزءاً من الثمن »^(٣) ، ويقول الزرقاني "لأن له ، أي للأجل ، حصة من الثمن ويختلف قريباً أو بعداً"^(٤) . ويقول ابن تيمية "الاجل يأخذ قسطاً من الثمن"^(٥) .

وربما قيل إن هذه الصورة تشبه صورة التمويل القائم على أساس النسبة المئوية الثابتة وهو ماتعامل به البنوك الربوية، ولذا يجب التمييز بين الأمرين. فنقول في هذا الصدد: إن تحديد الربح على أساس نسبة مئوية تتكرر حسب أجل التسديد، ينبغي أن يكون فقط في المرحلة السابقة لانعقاد البيع، أي مرحلة التفاوض،

(١) بدائع الصنائع ١٨٧/٥ .

(٢) حاشية ابن عابدين ١٤٢/٥ .

(٣) المجموع ٦/١٣ .

(٤) حاشية الزرقاني علي خليل ١٧٦/٥ .

(٥) مجموع الفتاوى ٤٩٩/٢٩ .

باعتبار ذلك أساساً لتحديد الثمن المطلوب للسلعة ولكن عند التوقيع على عقد البيع يجب أن يكون هناك ثمن واحد مبني على هذه النسب ، لا يزيد بعد انعقاد البيع لاعتبارات الأجل أو غيره. كما لا يجوز النص في العقد على هامش المربحة مفصلاً عن الثمن. جاء في فتاوى مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي "لا يجوز شرعاً في بيع الأجل التنصيص في العقد على فوائد التقييط مفصولة عن الثمن الحال بحيث ترتبط بالأجل سواء اتفق العاقدان على نسبة الفائدة ام ربطها بالفائدة السائدة"^(١) .

ثانيهما: ملاحظة مؤشرات التمويل السائدة في السوق عند تحديد هامش الربح .

يعد هذا الموضوع أيضاً من الموضوعات ذات الأهمية في تنفيذ المربحة المصرفية، إذ غالباً ماتلجأ البنوك الإسلامية عند تحديد هامش الربح الذي تباع لعملائها إلى ملاحظة مؤشرات التمويل الدولية السائدة، لعل أهمها معدل الفائدة على القروض بين بنوك لندن والذي يعرف بالليبور .

وقد لحظت البنوك الإسلامية أهمية استخدام مؤشرات التمويل الدولية بسبب حاجتها إلى إجراء مقارنة مستمرة بينها وبين البنوك التقليدية سواء من حيث تكلفة التمويل أو من حيث العمليات التي تنفذ في كليهما . بالإضافة إلى ماتقدم هناك نقطة ذات أهمية بالغة في أساليب الإدارة الحديثة، وهي أنه من

(١) قرار رقم ٥٣/٢/٦ .

الضروري أن يكون لدينا ما يسمى بنقطة الاسناد Benchmark لتقويم الأداء الإداري، وتحديد نجاحه من فشله . ففي الوقت الحاضر ليست هناك معايير ثابتة في العالم الإسلامي يمكن من خلالها تقويم الأداء الإداري للمؤسسات والشركات ، لذلك تلجأ غالبيتها، بما فيها الإسلامية، إلى الاستعانة بسعر الفائدة السائد في السوق كمعيار للتقويم وتحديد هامش المربحة الذي يجعل المؤسسة قادرة على البقاء في السوق.

ويمكن القول بأنه لا مانع من الاستفادة من هذه المؤشرات إلى أن يتوصل المصرفيون الإسلاميون إلى معايير إسلامية لتقويم الأداء على نحو ما أوصى به المجتمعون في ندوة مشاكل البنوك الإسلامية التي عقدها مجمع الفقه الإسلامي مع المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب عام ١٤١٣هـ/١٩٩٣م حيث جاء فيها: "الاسراع بإيجاد المؤشر المقبول إسلامياً الذي يكون بديلاً عن مراعاة سعر الفائدة الربوي في تحديد هامش الربح في المعاملات".

II - يمكن أن يدفع دين المربحة دفعة واحدة أو منجماً على أقساط.

بيع المربحة من البيوع التي يجوز فيها تأجيل الثمن وكذلك تقسيطه، ولذلك يجوز أن يتفق البنك مع عميله على أن يسدد العميل دين البنك على أقساط سواء كانت شهرية أو ربع سنوية أو سنوية ، جاء في مجلة الأحكام العدلية "البيع مع تأجيل الثمن

وتقسيطه صحيح" (١) .

وقال علي حيدر " وكما أنه يجوز تأجيل الثمن وتقسيطه حين عقد البيع كذلك يجوز تأجيله وتقسيطه بعد العقد ويصبح الأجل لازماً" (٢) ، ويقول الشيخ علي الخفيف "وكما يصح تأجيل الثمن يصح تنجيمه، فإذا اشترى الدار بألف جنيه منجمة على عشرة أقساط تدفع في مواعيد معينة صح الشرط ولزم... " (٣) . وفي حاشية الدسوقي "التنجيم: هو التأخير لأجل معلوم بنجمة أو بنجمتين" (٤) .

١٢ - لا تجوز زيادة دين المراجعة بعد ثبوته في ذمة العميل.

بعد تمام البيع بالمراجعة بين البنك وعميله يستحق العميل السلعة ويكون الثمن المؤجل ديناً في ذمة العميل يجب عليه وفاؤه عند الأجل المتفق عليه بين الطرفين.

ولا يجوز لأي سبب من الأسباب أن يطالب البنك عميله بزيادة الدين المترتب في ذمته ، سواء بسبب زيادة الأجل أو غيره لأن ذلك هو ربا الجاهلية المتفق على تحريمه، وصورته بأن يزداد الدين نظير زيادة اجل السداد والذي يعبر عنه الفقهاء بقاعدة انظرني أزدك .

(١) مجلة الأحكام العدلية المادة ٢٤٥ .

(٢) شرح المجلة لعلي حيدر ١/١٩٤ .

(٣) أحكام المعاملات الشرعية ص ٤٦٤ .

(٤) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/٣٤٦ .

١٣ - لا يجوز تواطؤ البنك مع مورد على بيع سلعة له سبق أن اشتراها البنك منه، كما لا يجوز شراء سلعة من عميل سبق للبنك إن باعها إليه.

الإشارة في هذه المادة إلى العينة وهي من البيوع المحرمة في الشريعة الإسلامية، فقد ورد النهي عنها في الحديث النبوي الشريف ، وقال بتحريمها جمهور فقهاء المسلمين ، ومما جاء في تحريمها في الحديث مارواه ابن عمر رضي الله عنه قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول "إذا تبايعتم بالعينة (....) سلط عليكم ذلاً لا ينزعه حتى ترجعوا إلى دينكم" (١) .

وصورة العينة المحرمة في التعامل المصرفي هي أن يبيع البنك سلعة إلى عميله بثمان مؤجل، ثم يشتريها منه نقداً بثمان أقل، أو أن يشتري البنك سلعة من مورد بثمان حال ثم يعيد بيعها للمورد نفسه بثمان أعلى يؤجل دفعه، وهي حيلة من الحيل الربوية المعروفة غايتها القرض الربوي، إذ أن مشتري السلعة لا غاية له فيها ولكنه محتاج فقط إلى النقد . فيحتال على ذلك عن طريق البيع، وذلك بإدخال السلعة كوسيط ، فيشتريها ثم يعيد بيعها للبايع بثمان أقل، فتؤول العملية إلى قرض بزيادة تساوي الفرق بين الثمن المؤجل والثمان الحال.

(١) رواه ابو داود ٣/٢٧٤ . ، والإمام أحمد في المسند ٧/٢٧، وصححه الشيخ أحمد شاكر وقال عنه شيخ الإسلام ابن تيمية: اسناده جيد . مجموع الفتاوى ٢٩/٢٦-٣٠.

جاء في المغني مع الشرح الكبير "من باع سلعة بنسيئة لم يجز أن يشتريها بأقل مما باعها إلا أن تكون قد تغيرت صفتها ...

و[قال] من باع سلعة بثمن مؤجل ثم اشتراها بأقل منه نقداً لم يجز روى ذلك عن ابن عباس وعائشة والحسن وابن سيرين والشعبي والنخعي وبه قال الثوري والاوزاعي ومالك واسحاق واصحاب الرأي وأجازة الشافعي لأنه ثمن يجوز بيعها به من غير بائعها فجاز من بائعها كما لو باعها بمثل ثمنها»^(١).

ويرى بعض المحققين من الفقهاء أن بيع العينة المحرم هو الذي يتم عن تواطؤ بين البائع والمشتري . يقول شيخ الإسلام ابن تيمية عن الحيل الربوية "ومن ذرائع ذلك: "مسألة العينة" وهو أن يبيع سلعة إلى أجل، ثم يبتاعها منه بأقل من ذلك، فهذا مع التواطؤ يبطل البيعتين: لأنها حيلة.... وإن لم يتواطأ فإنهما يبطلان البيع الثاني سداً للذريعة»^(٢).

أما إذا لم يكن البيع عن تواطؤ ، أو إذا مضت فترة من الزمن تغيرت فيها السلعة ، أو تغير سعرها ، فإن صورة العينة المنهي عنها لا تنطبق عليها . وقد استثنى صاحب المغني ، حالة تغير السلعة صراحة بقوله «إلا أن تكون قد تغيرت صفتها» وقال بشأن التواطؤ «فإن باع سلعة بنقد ثم اشتراها بأكثر منه نسيئة فقال

(١) المغني مع الشرح الكبير ٤/٤٥ .

(٢) مجموع الفتاوى ٢٩/٣٠=٣١ .

أحمد في رواية حرب لا يجوز إلا أن تتغير السلعة لأن ذلك يتخذ وسيلة إلى الربا فهي كمسألة العينة وان اشتراها بنقد آخر بأكثر من ثمنها فهي كمسألة العينة على ما ذكرنا من الخلاف، قال شيخنا ويحتمل أن يكون له شراؤها بجنس الثمن بأكثر منه إذا لم يكن ذلك عن مواطأة ولا حيلة بل وقع اتفاقاً من غير قصد لأن الأصل حل البيع وانما حرم في مسألة العينة للأثر الوارد فيه وليس هذا في معناه لأن التوسل بذلك أكثر فلا يلحق به مادونه» (١) .

وبهذا المفهوم أفتى العلماء المشاركون في حلقة رمضان الفقهية الثالثة التي نظمتها مجموعة دلة البركة: إذ جاء في فتواهم مايلي: "إذا لم يقم المشتري بالمراجعة بسداد مديونيتها في حينه يجوز للبنك شراء ماباعه مرابحة للعميل أو جزء منه بثمن حال يستحق في ذمة البنك وذلك إذا مضى بعد بيع المراجعة زمن تتغير فيه الأسعار عادة بحسب السلعة وهو ما يسميه الفقهاء (حوالة الأسواق) ولا يكون هذا الشراء من قبل البنك من بيع العينة المحرم...."،

ويفهم من هذه العبارة أنه يجوز ، بالتراضي ، شراء البنك ماباعه لعملائه من سلع بثمن أقل بعد مضي فترة من الزمن ، مع التنبيه أن هذا الإجراء إذا اكتنفه بعض التواطؤ أو التحايل على الربا لم يجرز أبداً . مثال ذلك أن يبيع البنك لعميله سيارة بالأجل ثم يمضي وقت مناسب فيعجز هذا العميل عن السداد أو نحو ذلك،

(١) المغني مع الشرح الكبير ٤/ ٤٥-٤٦ .

فيجوز عندئذٍ أن يشتري البنك تلك السلعة بثمن نقدي أقل مما باعها عليه بالأجل ، وذلك لتحقق الشرطين اللذين ورد ذكرهما فيما تقدم وهما : عدم وجود تواطؤ بين البنك والعميل ، ومضي فترة من الزمن تغيرت فيها السلعة فصار من المنطقي أن يتغير سعرها لأنها عندئذٍ تكون مستعملة . وهذا الإجراء يمكن أن يكون من الوسائل التي تساعد على حل مشكلة المدينين المتعثرين في السداد . مع تكرار أن ذلك كله مشروط بعدم التواطؤ والتحايل وكذلك مضي فترة من الزمن تتغير فيها السلعة أو يتغير ثمنها في الأسواق.

١٤ - لا مانع أن يعين البنك العميل طالب الشراء وكيلاً يشتري ويقبض السلعة نيابة عن البنك ثم يبيئها لنفسه بالمراجعة حسب الشروط التالية :

الأول : أن يباشر البنك دفع الثمن للبائع بنفسه.

الثاني : أن تمر السلعة بمرحلة محددة تكون فيها على ضمان البنك، وان لا تتحول الوكالة إلى حماية المصرف من تحمل تبعه هلاك السلعة قبل بيعها .

الثالث : أن لا يكون البنك قادراً على القيام بالقبض والبيع بنفسه.

الوكالة من العقود الجائزة سواء كانت وكالة بالبيع أو وكالة بالشراء. والصورة المقترحة في هذا المعيار هي إبرام عقد وكالة بين

البنك والعميل يعين البنك العميل وكيلاً عنه يقوم بشراء السلعة نقداً من الآخرين بموجب وكالته عن البنك ، ثم يبيعها لنفسه بالمراجعة بثمن مؤجل، يسدده إلى البنك على أقساط حسب الاتفاق بين الطرفين.

والقول بجواز هذه الصورة يستند على أن المراجعة عقد مشروع وكذلك الوكالة، فيكون الجمع بينهما جائزاً شرعاً إذا لم يترتب على ذلك محذور شرعي. غير أن مما ينبغي التنبيه عليه، أن توكيل البنك عميله ليقوم بكل مسؤوليات الشراء والبيع بحيث ينحصر دور البنك فقط في عملية دفع النقود للعميل ثم مطالبته بدفع هامش ربح محدد ، أمر تحفه كثير من الشبهات، خاصة من جهة الشبه القوي بينه وبين الاقراض الربوي؛ إذ يدفع البنك للعميل مبلغاً من النقود وهو لا يدري هل اشترى بها سلعة أم لا ، ويطلبه في نهاية الأمر بذلك المبلغ مع زيادة يسميها البنك ربحاً، وقد تكون في حقيقتها رباً.

ومن جهة ثانية يؤخذ على تلك الوكالة احتمال محاباة العميل لنفسه. ولهذا فقد نصت كثير من الفتاوى المعاصرة على عدم جواز الوكالة في بيع المراجعة، على نحو ما ذكره العلماء المشاركون في حلقة رمضان الفقهية الثانية التي نظمتها مجموعة دلة البركة، الذين نصوا على عدم الجواز معللين ذلك بأن "البيع المراجعة اعتبارات خاصة يختلف بها عن البيع المطلق حيث يجب أن يكون للمصرف دور بارز أساسي في شراء السلعة لنفسه وتسليمها

ثم بيعها للأمر بالشراء للابتعاد عن صور التمويل الربوي ولكيلا تختفي صورة الضمان الذي يحل به الربح، لذا رأت اللجنة الأخذ بالرأي القائل بعدم جواز هذا التوكيل بخصوص بيع المراجعة للأمر بالشراء".

وبمثل ماتقدم أفتت الهيئة الشرعية للبنك الإسلامي لغرب السودان إذ جاء في فتواها "لا يجوز أن يعطى العميل نقداً لشراء البضاعة التي يطلبها عن طريق المراجعة بل لابد أن يشتري البنك البضاعة ويصبح مالكا لها ثم يبيعها له" (فتاوى البنك الإسلامي لغرب السودان).

ولاريب أن المحظورات التي جرى ذكرها في الفتاوى السابقة هي محظورات جديرة بالاعتبار حتى تسلم المراجعة المصرفية من تهمة الصورية التي توصم بها عادةً. على أنه يمكن صياغة عملية الوكالة بطريقة تخرجها عن الصورية وعن تهمة التمويل الربوي وعن المحاباة التي يرى كثير من الفقهاء أنها علة عدم جواز الوكالة بالشراء.

فمن حيث جواز الوكالة في شراء الوكيل من نفسه يفهم من أقوال بعض الفقهاء أنها جائزة طالما أمكن الاحتياط من محاباة العميل لنفسه. يقول صاحب المغني « وإذا أذن للوكيل أن يشتري من نفسه جاز له ذلك، وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين لايجوز لأنه يجتمع له في عقده غرضان الاسترخاص لنفسه

والاستقصاء للموكل وهما متضادان فتمانعا ، ولنا أنه وكل في التصرف لنفسه فجاز كما لو وكل المرأة في طلاق نفسها ، ولأن علة المنع هي من المشتري لنفسه في محل لاتفاق التهمة لدالاتها على عدم رضى الموكل بهذا التصرف وإخراج هذا التصرف من عموم لفظه وإذنه وقد صرح ههنا بالإذن فيها فلا تبقى دلالة الحال مع نصه بلفظه على خلافه « .. ويرى ابن قدامة أن تعيين الثمن يفى بالمقصود ، إذ يقول : « وقولهم إنه يتضاد مقصوده في البيع والشراء قلنا إن عين له الموكل الثمن فاشترى به فقد زال مقصود الاستقصاء وإنه لايراد أكثر مما قد حصل وإن لم يعين له الثمن تقيده المبيع بثمن المثل ... »^(١) .

ويفهم من النصوص المتقدمة أن احتمال محاباة الوكيل لنفسه هي علة عدم جواز شراء الوكيل من نفسه أو البيع لها^(٢) ، وهذه العلة غير متحققة في المراجعة ذلك أن المراجعة بطبيعتها لا يتصور فيها محاباة العميل لنفسه لأنها من بيوع الأمانة التي يشترط فيها الإفصاح عن ثمن الشراء .

فإذا تمت عمليات الشراء التي يجريها العميل بموجب فواتير معتمدة من الموردين فعندئذ لا يتصور أن يحابي العميل نفسه إذ لامصلحة له في ذلك، بل ربما لحق به ضرر إذا رفع سعر السلعة، حيث سيضطر لدفع ربح على المبلغ الزائد .

(١) المغني مع الشرح الكبير ٥ / ٢٣٩ .

(٢) المغني مع الشرح الكبير ٥ / ٢٣٧ .

أما ثمن البيع فإنه سيعرف بعد العلم بتكلفة الشراء والربح الذي يتفق عليه الطرفان ، وبالتالي فلا مجال للقول بأن العميل يمكن أن يحابي نفسه إذا وكل بعملية البيع والشراء لنفسه ، وهذا يقودنا إلى القول بأن الوكالة يمكن أن تكون جائزة في المراجعة المصرفية إذا تمت وفقاً للشروط المذكورة في متن المعيار وهي:

الشرط الأول : أن يباشر البنك دفع الثمن بنفسه. والغاية من هذا الشرط هي التأكد من أن المبلغ الذي يدفعه البنك هو ثمن بيع لسلعة حقيقية، وأن دور العميل هو دور إجرائي فقط، هذا من جهة ومن جهة ثانية ابتعاداً عن صورية العقد وشبهة الربا، حيث تنشأ علاقة مباشرة بين المورد وبين البنك يتأكد البنك خلالها من سعر السلعة موضوع البيع.

الشرط الثاني : أن تمر السلعة بمرحلة تكون فيها على ضمان البنك وتكون هذه المرحلة محددة ومعروفة في عقد الوكالة مع العميل.

وتتلخص أهمية هذا الشرط في ضرورة تحميل البنك تبعة هلاك السلعة التي سيبيعها لعميله بالمراجعة حتى لا يكسب ربحاً بلا ضمان، فيخالف بذلك القاعدة الشرعية القائلة بأن "الخراج بالضمان".

وبالرغم من أنه ليس من الميسور تحديد طريقة عامة يتم من خلالها تحميل البنوك مسؤولية ضمان المبيع نظراً لاختلاف السلع

واختلاف صور بيعها، إلا أن المبدأ يظل قائماً ويمكن تطبيقه في كل سلعة بحسب طبيعتها وبحسب الطريقة التي ستباع بها .

الشرط الثالث : أن لا يكون البنك قادراً على القيام بالقبض والبيع بنفسه .

في بعض الحالات قد لا يكون في مقدور البنك القيام مباشرة بعمليات الشراء والقبض ثم البيع لعملائه . كما هو الحال في عمليات شراء البترول أو عمليات شراء السلع من الحقول ونحو ذلك من أنواع الشراء التي تتطلب إما إجراءات فمطية لاتسمح للبنك الدخول كمشتري لتلك السلع ، أو تكون عملية الشراء تتطلب مجهودات فوق طاقة موظفي البنك .

ففي هذه الحالة لامانع من اللجوء إلى توكيل العميل للقيام بالشراء والبيع لنفسه ، وذلك بصورة استثنائية ، مع وجوب الالتزام بالشرطين المتقدمين وهما أن يتولى البنك بنفسه دفع الثمن ، وأن يتضمن عقد الوكالة مرحلة محددة ومعروفة تكون فيها السلعة على ضمان البنك .

وعلى هذا النحو يمكن تخريج الصور المختلفة لعملية البيع بالوكالة حيث لا يعفى البنك من تحمل مسؤولية ضمان السلعة ، وللتأكد من أن البيع واقع على سلعة حقيقية يتولى البنك دفع الثمن بنفسه ، وذلك بواسطة صرف الشيكات التي يحررها العميل والتي تكون مسحوبة على حساب يخصه البنك لذلك الغرض .

١٥ - يمكن للبنك والعميل، إذا كانت هناك مصلحة للطرفين ولا يترتب على ذلك ضرر للآخرين، الاتفاق على أن تكون وكالة العميل غير معلنة، فيتصرف كالأصيل أمام الأطراف الأخرى .

يمكن أن تكون الوكالة معلنة للآخرين، كما يمكن أن تكون مخفأة، وفي حال كونها معلنة في المراجعة المصرفية فإن العميل يشتري باسم البنك، ويحرر فواتيره باسم البنك، ويسدد ثمن الشراء بشيكات مسحوبة على حساب يخصصه البنك لهذا الغرض، إلى غير ذلك من مقتضيات الشراء.

أما إذا رغب البنك والعميل في إخفاء الوكالة عن الآخرين بحيث يتصرف الوكيل كالأصيل، فهذا جائز طالما أن هناك مصلحة للطرفين في ذلك، وبشرط أن لا يترتب على ذلك ضرر على الآخرين، وأن لا تخل بمقتضيات التملك والحيازة. وينحو هذا أفتى المستشار الشرعي لبيت التمويل الكويتي الشيخ بدر المتولي عبد الباسط، إذ قال "ليس هناك ضرورة للإعلام بأنه وكيل عن بيت التمويل الكويتي، على أن الاشعار بأنه وكيل أولى لانضباط التعامل ولتحديد المرجع النهائي في تنفيذ العقد"^(١).

وإذا نشأ نزاع حول عيوب خفية في السلعة واحتاج الأمر إلى مقاضاة البائع الأصلي يمكن لعميل البنك أن يكون وكيلاً في الادعاء والمطالبة .

(١) الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية، بيت التمويل الكويتي، ج ٢، ص ١٦٢ .

١٦ - لا مانع أن يحصل البنك على ضمانات عينية أو شخصية،
من العميل لتوثيق دينه الناشئ حالاً أو مآلاً عن
المراجعة .

الدين الناشئ من المراجعة المصرفية والذي يترتب في ذمة
العميل يجوز توثيقه بأي نوع من أنواع التوثيقات المعروفة سواء
كانت رهونات حيازية أو رسمية، أو كفالات شخصية، وذلك
باعتباره ديناً ناشئاً عن بيع ولاخلاف بين العلماء فيما نعلم حول
جواز توثيق الدين الناشئ بسبب شرعي .

والأصل أن الرهن يقدم إلى الدائن بعد ثبوت الحق في ذمة
المدين . إلا أن الحاجة داعية في العمل المصرفي إلى إتمام إجراءات
التوثيق في مرحلة تقديم الطلب حتى تكون جزءاً من اعتبارات منح
التمويل . وقد نص الفقهاء رحمهم الله تعالى على جواز ذلك بأخذ
الرهن على اعتبار ما سيقع من مداينة ، وهو مذهب مالك وأبي
حنيفة ^(١) .

على أنه ينبغي الإشارة إلى نوعين من التوثيقات التي تلجأ
إليها المصارف الإسلامية:

أولهما: رهن الحسابات المصرفية، سواء كانت حسابات
جارية، أو ودائع استثمارية. وهذه الحسابات هي عبارة عن نقود
تكون في الغالب في حوزة البنك وفي هذه الحالة يقوم البنك

(١) المغني ٤٢ / ٣٦٨ .

بالاقفال عليها أي بعدم السماح للعميل بالسحب منها، مادام الرهن ساري المفعول .

وعملية رهن الحسابات من العمليات المتعارف عليها مصرفياً، لعدة أسباب منها أن بعض العملاء يفضلون الحصول على التمويل من البنك بدلاً من استخدام أموالهم الخاصة.

ومن الناحية الشرعية فإن رهن الحسابات ينبغي أن يأخذ حكم رهن النقود، وهو جائز إذا أمكن وضع تلك النقود كأمانة بطرف البنك لاستفيد من ريعها، لأن منافع الرهن هي من حق العميل، وهذا ممكن في حالة الودائع الاستثمارية، إذ يكون ريع تلك الودائع المرهونة لمصلحة العميل .

. أما بالنسبة للحسابات الجارية فيصعب حساب ريعها لأنها تكون ضمن أموال البنك، وفي هذه الحالة يمكن الأخذ برأي الفقهاء الذين يجيزون للمرتهن الاستفادة بمنافع الرهن إذا أذن له الراهن وعندئذٍ يجب أن يتضمن عقد الرهن بين البنك والعميل شرطاً يجيز للبنك الاستفادة من الحساب الجاري المرهون بطرفه .

ثانيهما: رهن المبيع توثيقاً لدين المرابحة.

وصورة هذا الرهن هو أن يتم البيع بين البنك والعميل لسلمة منقوله ، سيارة مثلاً، ويشترط البنك رهنها لصالحه إلى أن يسدد العميل كامل أقساط الدين التي في ذمته. ومثل هذا الشرط جائز

ولا يخالف مقتضى العقد طالما أن العميل يستطيع الاستفادة من كامل منافع السلعة ولكن تكون ملكيته عليها ناقصة فلا يستطيع أن يتصرف فيها بأنواع التصرفات الناقلة للملكية إلى الغير إلا بعد سداده لأقساط الدين، فالعميل له التصرف الكامل بمنافع السلعة دون رقبته ولهذا نظائر في بعض أحكام الأراضي، حيث يسقط المتصرف على منافعها دون رقبته.

وقد صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي في دورة مؤتمره السادس يؤيد هذا الرأي إذ جاء فيه « لاحق للبائع في الاحتفاظ بملكية المبيع بعد البيع، ولكن يجوز للبائع أن يشترط على المشتري رهن المبيع عنده لضمان حقه في استيفاء الأقساط المؤجلة » .

٢

معيار الاستصناع المصرفي

١-٢ تعاريف

٢-٢ نطاق المعيار.

٣-٢ نص المعيار

٤-٢ المذكرة التفسيرية

٢ - ١ تعاريف

- أ - الاستصناع عقد يشتري به في الحال شيء مما يصنع صنعاً يلتزم البائع بتقديمه مصنوعاً بمواد من عنده بأوصاف معينة لقاء ثمن محدد .
- ب - الاستصناع المصرفي: توسط البنك لتمويل صناعة سلع أو إنشاء أصل معين يطلبه العميل بمواصفات محددة.
- ج - الصانع: هو البائع الذي يلتزم في عقد الاستصناع بتقديم المصنوع للعميل عند حلول الأجل سواء باشر الصنع بنفسه أو عن طريق صانع آخر.
- د - الصانع النهائي: المقاول أو الصانع الذي يباشر الصنع في عقد يكون البنك فيه مستصنعاً.
- هـ - المستصنع : هو الطرف المشتري في عقد الاستصناع والملتزم بموجب العقد بقبول المصنوع إذا جاء مطابقاً للمواصفات .
- و - التكلفة الكلية للاستصناع : هي التكلفة التي يدفعها البنك للصانع النهائي زائداً أية تكاليف يتحملها البنك لطرف ثالث حتى لحظة تسليم المصنوع للمستصنع .
- ز - ربح البنك: هو المبلغ الزائد على التكلفة الكلية للاستصناع الذي يحققه البنك كعائد من عملية الاستصناع .

ح - مبلغ الاستصناع: مجموع التكلفة الكلية للاستصناع زائداً ربح البنك .

ط - دين الاستصناع : هو مبلغ الاستصناع مطروحاً منه أي دفعة مقدمة من العميل عند التوقيع على العقد.

ي - عقد الاستصناع الموازي: عقد الاستصناع الذي يوقعه المصرف مع الصانع النهائي لتنفيذ المصنوع .

ك - المصنوع : هو كل ما يتم صناعته في عقد الاستصناع ويمكن أن يكون أصلاً رأسمالياً أو مبانٍ أو آلات وأجهزة أو سلعاً استهلاكية أو إنتاجية أو تصميم برامج الحاسب الآلي ، وما ماثل ذلك ، ويشار إليه فيما بعد بالسلعة وجمعها سلع .

٢ - ٢ نطاق المعيار

- ١- يختص هذا المعيار بعمليات تمويل صنع السلع التي تنضبط بالوصف .
- ٢- لايشمل تمويل التجار للحصول على المحاصيل والمنتجات الطبيعية والزراعية غير المصنعة .
- ٣- لايدخل في نطاق هذا المعيار عمليات تمويل تصنيع السلع التي يقدم فيها المستصنع كل أو بعض مواد الإنتاج الأولية، عدا الحالات التي يقدم فيها المستصنع الارض ، حيث يقتصر العقد في هذه الحال على البناء .

٢ - ٣ نص المعيار

- ١- يمكن للبنك أن يقوم بتمويل صنع سلع موصوفة في الذمة عن طريق عقد الاستصناع .
- ٢- كل سلعة مباحة تنضبط بالوصف وتصنع صنعاً يمكن تمويل صنعها من خلال عقد الاستصناع .
- ٣- يكون عقد الاستصناع المصرفي ملزماً لطرفيه بمجرد توقيعه .
- ٤- لا يلزم عقد الاستصناع المصرفي البنك بمباشرة الصنع بنفسه، ولكن يلزمه بتسليم المصنوع طبقاً للمواصفات المتفق عليها .
- ٥- يجوز للبنك التعاقد في حالة الاستصناع مع طرف ثالث لصناعة الأصل الذي يطلبه العميل، بحيث يكون فيه البنك مستصنعاً والطرف الثالث صانعاً، على أن لا ينشئ هذا التعاقد اللاحق أية التزامات تعاقدية بين عميل البنك وذلك الطرف الثالث .
- ٦- يجوز أن يكون الثمن في عقد الاستصناع المصرفي نقداً حاضراً يدفعه العميل عند التعاقد ، أو عند الاستلام . أو ديناً مؤجلاً يدفعه المستصنع دفعة واحدة أو على أقساط حسب الاتفاق .
- ٧- عند التوقيع على عقد الاستصناع المصرفي يجب أن يكون مبلغ

الاستصناع مبلغاً محدداً ومعلوماً للطرفين .

٨- إذا ثبت مبلغ الاستصناع ديناً في ذمة المستصنع فلا يجوز أن يتغير إلا إذا تغيرت المواصفات .

٩- توفير المواد الأولية المستخدمة في صناعة السلعة موضوع عقد الاستصناع هي مسؤولية الصانع ، ولا يجوز أن يساهم المستصنع في توفير تلك المواد أو بعضاً منها .

١٠- لا مانع أن يشرف العميل طالب الصناعة على عمل الصانع النهائي الذي يتعاقد معه البنك لتنفيذ المصنوع ، وذلك للتأكد من التزام الصانع بالمواصفات المتفق عليها بين البنك والعميل ، بشرط أن لا ينشأ عن ذلك علاقة تعاقدية مباشرة بين العميل والصانع النهائي ذات صلة بالمصنوع .

١١- إذا حصل المصرف من الصانع النهائي على ضمان للعيوب الخفية أو حسن التنفيذ أو على التزام بالصيانة لفترة بعد التسليم جاز له تحويل ذلك لصالح العميل .

١٢- يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع خدمات التركيب أو التدريب على تشغيل الأصل أو صيانته أو أي خدمات أخرى مرتبطة بالمصنوع .

١٣- لا مانع ، إذا كان البنك مستصنعاً من توكيل الصانع ببيع المصنوع بربح إلى طرف ثالث نيابة عن المستصنع .

١٤- لا يجوز للبنك الصانع توكيل العميل المستصنع مباشرة
الصناعة وتنفيذ المصنوع نيابة عنه .

٢ - ٤ المذكرة التفسيرية

١- يمكن للبنك أن يقوم بتمويل صنع سلع موصوفة في الذمة عن طريق عقد الاستصناع.

عقد الاستصناع المصرفي من الصيغ التي يمكن للمصرف الإسلامي من خلالها أن يوفر التمويل لعملائه، استجابة لرغباتهم في الحصول على سلعة قابلة لأن تحدد أوصافها تحديداً دقيقاً، بشرط أن تكون من السلع التي تعد وتجهز عن طريق الصناعة كالمباني والسيارات والطائرات والمعدات المختلفة.

ولاشك أن للناس حاجة كبيرة للحصول على المنتجات الصناعية، فالرجل العادي يحتاج إلى بناء منزله، وصاحب المصنع قد يحتاج إلى آلات ومعدات لمصنعه، وشركات الطيران قد تحتاج إلى استبدال طائراتها القديمة بطائرات جديدة، فكل هؤلاء ومن يمثلهم يحتاجون إلى من يوفر لهم هذه السلع التي قد يتعذر صنعها قبل وجود مشتر محدد لها.. وهذا التعذر قد يكون لسبب تقني راجع لخصوصية المواصفات واختلافها بين مشتر وآخر، وقد يكون مالياً لضخامة ثمن السلعة وتخوف البائع من تأخر بيعها بعد أن يصنعها^(١). فالأفراد والشركات يحتاجون لمن يمول لهم هذه المنتجات بأسلوب شرعي مقبول.

والمصرف الإسلامي يستطيع من خلال عقد الاستصناع أن

(١) الزرقا، عقد الاستصناع، ص ١٢ .

يوفر لعملائه السلع التي يرغبون فيها ، وذلك عن طريق الدخول معهم في عقد استصناع يكون فيه البنك صانعاً يلتزم بتوفير السلع المطلوبة طبقاً للمواصفات التي يحددها العميل. على أن يكون هذا الأخير مستصنعاً ، أي طالباً للصنعة، وعليه تقع مسؤولية تحديد المواصفات التي يرغبها في السلعة المطلوب صناعتها ، وله أن يحدد المقاول أو الشركة التي يرغب أن تصنع له ما يطلبه . وبموجب هذا يتفق الطرفان على تحديد التكلفة الكلية لعقد الاستصناع، مضافاً إليها ربح البنك.

ويوقع الطرفان في ضوء ماتقدم عقد استصناع يلتزم فيه العميل بتسديد الثمن بالكيفية التي يتفق عليها مع البنك ، أقساطاً أو دفعة واحدة عند الاستلام أو بعد مدة يتفق عليها الطرفان.

ومن المعروف أن البنك لا يتولى الصناعة بنفسه، فهو ليس صانعاً، ولا شركة للإنشاءات، ولكنه جهة مهمة توفير التمويل اللازم للصناعة بطرق شرعية. ولهذا يقوم البنك بالاتفاق مع طرف ثالث وهو عادة المقاول أو الشركة التي حددها العميل لتتولى الصناعة، ويوقع معها عقداً جديداً يسمى عقد الاستصناع الموازي يضمنه كل الشروط والمواصفات التي تم الاتفاق عليها في عقده الأول مع العميل، سوى أن عقد الاستصناع الجديد يكون البنك فيه هو المستصنع، الذي يلتزم بتسديد الثمن طالما جاء المصنوع مطابقاً للمواصفات.

ويكون الطرف الثالث هو الصانع الذي يكون مسؤولاً تجاه البنك عن صناعة السلعة مطابقةً للمواصفات المحددة في العقد. ويكون البنك مسؤولاً عن ذلك تجاه العميل ، وفي الغالب يقوم البنك بدفع التكلفة الكلية خلال فترة الصناعة . وهذا هو حكم عقد الاستصناع ، يقول الكاساني « واما حكم الاستصناع فهو ثبوت الملك للمستصنع في العين المبيعة في الذمة وثبوت الملك للصانع في الثمن ... »^(١) .

٢- كل سلامة مباحة تنضبط بالوصف وتضع صنماً يمكن تمويل صنمها من خلال عقد الاستصناع.

تتعلق هذه المادة بالشروط اللازم توفرها في السلع التي يجوز تمويلها من خلال عقد الاستصناع المصرفي وهي:

أ- أن تكون السلعة المراد استصناعها مباحة شرعاً، وهذا أصل عام ينطبق على كل المبيعات، فلا يجوز بيع أو صناعة سلعة أو أصل محرم شرعاً مثل آلات اللهو غير المباح ومصانع الخمر وماشابه ذلك وكل ما علم أنه يستخدم في محرم .

ب - أن تكون هذه السلعة قابلة للتحديد بالوصف، نوعاً وقدرًا وصفة وذلك حتى تعتبر معلومة بصورة تنتفي معها الجهالة والغرر يقول الكاساني « اما شرائط جوازه - أي الاستصناع - فمنها بيان جنس المصنوع ونوعه وقدره وصفته لأنه لا يصير معلوماً

(١) بدائع الصنائع ٣/٥ .

بدونه « (١) .

وجاء في المادة ٣٩٠ من مجلة الأحكام العدلية « يلزم في الاستصناع وصف المصنوع وتعريفه على الوجه الموافق للمطلوب ».

ج- أن تكون السلعة مما يصنع صنعاً، ولا يجوز الاستصناع في المنتجات الطبيعية التي لا تدخلها الصنعة، كالبقول والثمار والحبوب، وما شابهها، فبيع هذه المنتجات لا يتم عن طريق عقد الاستصناع، وإنما يمكن أن يكون عن طريق السلم .

على أنه ينبغي الإشارة إلى أن كثيراً من المنتجات الطبيعية قد دخلتها الصنعة بطريقة لم تعد تباع فيها على صفتها الأولية، من ذلك إضافة بعض المواد الصناعية والمواد الحافظة، والتعليب ... الخ .

ويتولى القيام بهذه المراحل شركات صناعية تحويلية مهمتها إجراء تلك التغييرات على هذه المنتجات قبل تقديمها للمستهلك وربما تدخل هذه العمليات التحويلية قيمة هامة إلى السلعة أكبر من قيمة مادتها الأولية التي تولدت في مرحلة الزراعة . ولهذا فإن تصنيع هذه السلع يمكن أن يتم عن طريق عقد الاستصناع المصرفي، وكمثال على ذلك فإن شراء الطماطم في الذمة ينبغي أن يكون على أساس عقد السلم، أما شراء عصير الطماطم المعلب كسلعة استهلاكية فيمكن أن يكون عن طريق عقد الاستصناع.

(١) بدائع الصنائع ٢/٥ .

وكذلك شراء القطن يمكن أن يتم سلمياً ، في حين أن شراء المنسوجات القطنية يمكن أن يكون عن طريق الاستصناع، وهكذا فكل ماتدخله الصناعة يمكن تمويله عن طريق الاستصناع إذا كان مستوفياً للشروط المذكورة أعلاه.

٣- يكون عقد الاستصناع المصرفي ملزماً لطرفيه بمجرد توقيعه .

يقوم عقد الاستصناع المصرفي على جميع الشروط والأحكام التي فصلها فقهاء المذهب الحنفي لعقد الاستصناع، وهم في ذلك قد تميزوا عن فقهاء المذاهب الأخرى الذين اعتبروا الاستصناع سلمياً في الصناعات، فرتبوا عليه شروط عقد السلم، وأهمها لزوم العقد وضرورة تقديم رأس المال في مجلس العقد كما سيأتي تفصيله .

أما فقهاء المذهب الحنفي فقد اعتبروا الاستصناع نوعاً خاصاً من البيع متميزاً بأحكامه كما تميز الصرف والسلم. وحول مدى لزوم عقد الاستصناع، فيلاحظ أن آراء المذهب الحنفي قد تطورت عبر الزمن، فأبوحنيفة إمام المذهب يرى أن عقد الاستصناع من العقود غير اللازمة، بمعنى أن لكل من المتعاقدين الرجوع عنه قبل العمل وبعد الفراغ منه طالما لم يره المستصنع؛ أما بعد رؤية المستصنع للسلعة فيكون له الخيار دون الصانع. وهناك أقوال بثبوت الخيار للصانع والمستصنع، وأقوال أخرى لا ترى الخيار لأي منهما.

جاء في بدائع الصنائع حول لزوم عقد الاستصناع "أنه عقد غير لازم قبل العمل في الجانبين جميعاً بلاخلاف... " "....وأما بعد الفراغ من العمل قبل أن يراه المستصنع فكذلك حتى كان للصانع أن يبيعه ممن شاء.... لأن العقد ما وقع على عين المعمول بل على مثله في الذمة...." (١) .

وذهب أبو يوسف إلى أنه إذا حضر "الصانع العين على الصفة المشروطة فقد سقط خيار الصانع ، وللمستصنع الخيار لأن الصانع بائع ما لم يره فلاخيار له، وأما المستصنع فمشتري ما لم يره فكان له الخيار.." (٢) .

والرأي الثاني لأبي يوسف أنه لاخيار في عقد الاستصناع لأن شرط الخيار بعد العمل فيه إضرار بالطرفين . جاء في البدائع "وروى عن أبي يوسف أنه لاخيار لهما جميعاً (وجه) رواية أبي يوسف أن الصانع قد افسد متاعه وقطع جلده وجاء بالعمل على الصفة المشروطة فلو كان للمستصنع الامتناع من أخذه لكان فيه إضرار بالصانع" (٣) . وقد نسب صاحب المحيط البرهاني إلى أبي يوسف قوله بلزوم العقد منذ لحظة التعاقد .

وفي مجال الترجيح بين قول أبي حنيفة والأقوال المنسوبة إلى أبي يوسف ، فإن قدماء فقهاء المذهب الحنفي قد رجحوا قول أبي

(١) بدائع الصنائع ٣/٥ .

(٢) بدائع الصنائع ٤/٥ .

(٣) بدائع الصنائع ٤/٥ .

حنيفة الذي يرى عدم لزوم عقد الاستصناع حتى وان جاء الصانع بالمصنوع مطابقاً للأوصاف المطلوبة .^(١)

ولكن فيما يبدو أن القول بعدم لزوم عقد الاستصناع لم يصمد طويلاً خاصة بعد التطور الصناعي الذي شهده العالم في نهاية القرن التاسع عشر، ولهذا تبنت مجلة الأحكام العدلية رأي أبي يوسف القائل بلزوم عقد الاستصناع منذ لحظة توقيعه ، إذ نصت المادة ٣٩٢ على مايلي: "إذا انعقد الاستصناع فليس لأحد العاقدين الرجوع فيه وإذا لم يكن المصنوع على الأوصاف المطلوبة المبينة كان المستصنع مخيراً".

يقول الزرقا "وواضح من هذا أن جمعية المجلة اعتبرت أن الاستصناع إذا انعقد صحيحاً كان لازماً منذ انعقاده، ملزماً للطرفين دون خيار لاحدهما منذ البداية ولو قبل البدء بالصنع، كما لو كان بيعاً مطلقاً لسلعة موجودة معينة"^(٢).

ولعل القول بلزوم عقد الاستصناع هو الذي يناسب مقتضيات العصر ذلك أن "المصلحة الزمنية والاقتصادية والتعاقدية تقتضيه ولو لم يقل به الفقهاء السابقون في المذهب، إذ لو كانوا شاهدين التطور الذي وصل إليه الاستصناع والمداخل التي دخلها في حاجات الناس وتعاملهم والضرر المهول الذي يلحق الصانع إذا

(١) بدائع الصنائع ٤/٥ .

(٢) عقد الاستصناع ص ٢٢ .

رفض المستصنع المصنوع، وقد أتى موافقاً لشروطه، بحجة خيار الرؤية فيما لو كان المصنوع باخرة كبيرة، أو معمل نسيج آلي عالي الكفاءة أو قطار سكه حديدية، ونحو ذلك، نقول لو شاهدوا ذلك في العصر الحديث لما ترددوا في تقرير عدم خيار الرؤية، واعتبار عقد الاستصناع ملزماً لطرفيه منذ انعقاده..^(١)

وبلاريب فإن ما يلائم عمل المصارف الإسلامية في هذا العصر هو القول بأن عقد الاستصناع ملزم لطرفيه منذ لحظة توقيعه، ذلك أن ارتباط هذه المصارف في عقد الاستصناع مع العميل يحتم عليها الدخول في عقد استصناع موازٍ مع شركة أخرى للوفاء بالمصنوع مطابقاً للمواصفات، علماً بأن الإلزام في العقود هو السمة الغالبة لهذا العصر، إذ يساعد على استقرار المعاملات، فلو لم تكن عقود الاستصناع ملزمة لتعدت صناعة الطائرات وصواريخ الفضاء والمباني الضخمة وإلى غير ذلك من صنوف الصناعات الكبيرة والدقيقة التي يشهدها العصر الحاضر.

٤- لا يلزم عقد الاستصناع المصرفي البنك بمباشرة الصنع بنفسه، ولكن يلزمه بتسليم المصنوع طبقاً للمواصفات المتفق عليها.

البنك في عقد الاستصناع المصرفي وسيط من نوع خاص بين طرفين هما العميل طالب الصنعة، والجهة التي تتولى الصناعة، فكما أوضحنا فيما تقدم فإن البنك يقوم بدور الوساطة عن طريق

(١) الزرقا، عقد الاستصناع، ص ٢٤ .

الدخول في عقد استصناع مع العميل يلتزم فيه بتوفير المصنوع مطابقاً للمواصفات، ثم يوقع عقداً آخر مع طرف ثالث يكون فيه البنك مستصنعاً وذلك الطرف الثالث صانعاً يلتزم بتوفير المصنوع مطابقاً للمواصفات .

وليس هناك التزام تعاقدى بأية صورة بين العميل والطرف الثالث، فدور البنك تجاه العميل هو دور الصانع ولكنه لا يباشر بالضرورة الصنعة بنفسه ، فذلك مما يتعارض مع وظيفة البنك وكذلك مع ماهو معروف من طبيعة عمل البنوك . فالالتزام البنك في عقد الاستصناع هو التزام بعين موصوفة في الذمة فمتى أتى بها مطابقة للمواصفات وجب على العميل قبولها.

وهذا الاتجاه الذي يقوم الاستصناع المصرفي على أساسه هو ترجيح للرأي الفقهي القائل بأن المحل في عقد الاستصناع هو العين المصنوعة وليس العمل، ذلك أن فقهاء المذهب الحنفي قد اختلفوا حول المعقود عليه في عقد الاستصناع ، هل هو عمل العامل ؟ أم هو العين ؟ فذهب بعضهم إلى القول بأن المعقود عليه هو عمل الصانع البائع في العين المطلوبة وذلك يقتضي مباشرته صناعة تلك العين بنفسه، وبذلك يكون عقد الاستصناع هو بيع لعين موصوفةٍ سيصنعها البائع بنفسه^(١).

وهذا الاتجاه يتزعمه البردعي أحد فقهاء الأحناف كما يقول

(١) الزرقا عقد الاستصناع ص ٣٠ .

السرخسي "وكان البردعي يقول المعقود عليه هو العمل لأن الاستصناع اشتغال في الصنع وهو العمل، فتسمية العقد به دليل على أنه هو المعقود عليه" ^(١).

غير أن جمهور فقهاء الأحناف لا يرون مارآه البردعي في عقد الاستصناع بل يذهبون إلى أن المعقود عليه هو العين وليس العمل، يقول السرخسي "والاصح أن المعقود عليه هو المستصنع فيه، وذكر الصنعة بيان لوصف... " ^(٢). ويحتج السرخسي لهذا الرأي بأمرين :

الأول : أن الصانع لو جاء بالمصنوع جاهزاً، أو كان قد صنعه قبل العقد فأخذه المستصنع لجاز العقد وهذا يعني أن المعقود عليه لو كان هو العمل للزم أن تصنع السلعة بعد العقد.

الثاني : أنه يثبت خيار الرؤية وخيار الرؤية لا يثبت إلا في بيع العين ، لذا فإن المبيع هو المستصنع فيه أي العين المصنوعة.

والقول الثاني هو الراجح في نظرنا لأن العبرة في عقد الاستصناع هو الاتيان بالمصنوع مطابقاً للمواصفات، فمتى كان الأمر كذلك لم يعد لاختلاف الصانع أثر كبير بالنسبة للمستصنع، كما أن هذا الاتجاه يساعد على إمكانية استخدام عقد الاستصناع كوسيلة لتمويل الراغبين في تمويل الأصول المختلفة .

(١) المبسوط ١٢/١٣٩ .

(٢) المبسوط ١٢/١٣٩ .

وبالرغم من ذلك فمن المهم جداً أن يكون التزام البنك هو بتوفير سلعة مطابقة للمواصفات وذلك عن طريق صناعتها، وينبغي أن لا يسعى البنك لتوفير المصنوع عن طريق شرائه من السوق فمن الأفضل تمويل ذلك عن طريق بيع المربحة أو السلم أو غيرهما، بحيث يكون مجال عقد الاستصناع هو السلع والأصول التي تصنع بناء على رغبة العميل.

ونود أن نشير إلى أن عدم مباشرة البنك الصنع بنفسه يقتضي بأن تضمّن البنوك عقد الاستصناع الذي توقعه مع العملاء شرطاً مفاده اعطاء حرية للبنك في التعاقد مع جهات أخرى لتوفير الأصل المطلوب صناعته ما دام أنه ملتزم بشروط العقد.

٥- يجوز للبنك التعاقد في حالة الاستصناع مع طرف ثالث لصناعة الأصل الذي يطلبه العميل، بحيث يكون فيه البنك مستصنماً والطرف الثالث صانعاً، على أن لا ينشئ هذا التعاقد اللاحق أية التزامات تعاقدية بين عميل البنك وذلك الطرف الثالث.

تصور هذه المادة طبيعة الوساطة المالية للبنك عند تطبيق عقد الاستصناع والالتزامات التعاقدية الملقاة على عاتق كل من العميل المستصنع، والبنك الوسيط، والطرف الثالث الصانع.

فوفقاً لعقد الاستصناع فإن البنك هو وسيط من نوع خاص يقع عليه التزام بتوفير المصنوع مطابقاً للمواصفات، كما تم توضيح ذلك في المادة (٤) من نص هذا المعيار.

والتزام البنك هو توفير السلعة وليس العمل، ذلك أن المعقود عليه طبقاً للراجح لدى فقهاء المذهب الحنفي هو العين وليس العمل، كما أوضحنا ذلك في المادة (٤) من هذا المعيار. ولهذا يكون من حق البنك للوفاء بالتزامه تجاه العميل الدخول في عقد آخر مع طرف ثالث يلتزم بالصنع، ويطلق على هذا العقد "عقد الاستصناع الموازي"، يكون البنك فيه مستصنعاً والطرف الثالث صانعاً.

ولكن لا يتضمن هذا العقد الجديد أي التزام تعاقدي بين العميل طالب الصنعة والطرف الثالث الذي يتولى صناعتها. وهذا يقتضي أنه إذا لم يف الطرف الثالث بالتزامه تجاه البنك، فإن البنك يظل ملتزماً تجاه العميل بكل شروط ومقتضيات العقد الموقع بينهما. ذلك أن استحقاق البنك للربح إنما هو بسبب ضمانه بتوفير المصنوع مطابقاً للمواصفات للعميل. وعلى ذلك فكل شرط يعلق وفاء البنك بالتزامه تجاه العميل بوفاء الطرف الثالث للبنك يعد شرطاً باطلاً يفسد به عقد الاستصناع.

٦- يجوز أن يكون الثمن في عقد الاستصناع المصرفي نقداً حاضراً يدفعه العميل عند التعاقد، أو عند الاستلام، أو ديناً مؤجلاً يدفعه المستصنع دفعة واحدة أو على أقساط حسب الاتفاق.

لم يعتبر فقهاء المذهب الحنفي، الذين يعود إليهم الفضل في تطوير عقد الاستصناع على النحو الذي يطبق حالياً، لم يعتبروا

عقد الاستصناع صورة من عقد السلم، كما فعلت المذاهب الفقهية الأخرى، وإنما اعتبره الأحناف عقداً قائماً بذاته، فهو نوع من البيع متميز بأحكامه كما تميز الصرف والسلم بأحكام خاصة بهما.

وفي ضوء ذلك لم يشترط الأحناف في عقد الاستصناع الشروط التي أوردها الفقهاء في عقد السلم، فيجوز عندهم تعجيل رأس المال أو تأخيره، يقول ابن نجيم في تعريفه لعقد الاستصناع "الاستصناع شرعاً أن يقول لصاحب خف أو مكعب أو صفار : اصنع لي خفاً طوله كذا وسعته كذا، أو دستاً - أي برمة - تسع كذا، ووزنها كذا، على هيئة كذا، بكذا وكذا، ويعطي الثمن المسمى أو لا يعطي شيئاً فيقبل الآخر منه" (١)، ولا شك أن عدم اشتراط تعجيل رأس المال في عقد الاستصناع قد اعطاه ميزة خاصة إذ جعله يجمع بين خصائص عقد السلم من حيث جوازه وروده على مبيع معدوم حين العقد، سيصنع فيما بعد، وخاصية البيع المطلق العادي في جواز كون الثمن فيه مؤجلاً لا يجب تعجيله كما في السلم (٢). وهي مزايا تناسب متطلبات العصر الحاضر.

وقد تبنت مجلة الأحكام العدلية هذا الاتجاه فنصت في مادتها (٣٩١) على أنه لا يشترط تعجيل رأس المال في عقد الاستصناع، إذ تقول : « لا يلزم في الاستصناع دفع الثمن حالاً أي وقت العقد ». وقد علل الأتاسي أحد شراح المجلة ذلك بأن

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٦ / ١٨٥ .

(٢) الزرقا، عقد الاستصناع، ص ٢٨ .

"معاملة الاستصناع مبنية على التوسعة والتسهيل ولزوم تعجيل الثمن ينافيه" ^(١) .

وعلى هذا النحو صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي «يجوز في عقد الاستصناع تأجيل الثمن كله أو تقسيطه إلى أقساط معلومة لآجال محددة» ^(٢) .

وعقد الاستصناع المصرفي يستند عند التطبيق على هذه الآراء، ومن ثم فلا يشترط فيه أن يعجل العميل الثمن للبنك، كما لا يشترط أيضاً أن يعجل البنك دفع الثمن للصانع النهائي، بل لهما أن يؤخراه فيسددانه دفعة واحدة في نهاية العقد أو مقسطاً حسب الاتفاق بين الطرفين. وفي كل هذه الاحوال يشترط أن يكون الثمن محددًا تحديداً دقيقاً ساعة التعاقد. كما تنص على ذلك المادة (٧) من نص هذا المعيار.

٧- عند التوقيع على عقد الاستصناع المصرفي يجب أن يكون مبلغ الاستصناع مبلغاً محددًا ومعلومًا للطرفين.

يشترط في عقد الاستصناع المصرفي أن يتم تحديد مبلغ الاستصناع تحديداً دقيقاً بحيث يؤول إلى مبلغ معين يثبت في ذمة العميل. ذلك أن مبلغ الاستصناع هو عبارة عن مجموع التكلفة

(١) شرح المجلة للأتاسي ٤٠٥/٢ .

(٢) القرار رقم ٦٧/٣/٧ .

الكلية للاستصناع، أي التكلفة التي يدفعها البنك للصانع النهائي وأية تكاليف أخرى يدفعها البنك لطرف ثالث حتى لحظة تسليم المصنوع، مضافاً إليها ربح البنك.

ومن الواضح أن مبلغ الاستصناع على النحو المشار إليه أعلاه هو عبارة عن الثمن الذي يبيع به البنك السلعة المصنوعة للعميل . ولذا وجب أن يكون محدداً تحديداً دقيقاً عند التعاقد . إذ من شروط عقد البيع أن يكون الثمن محدداً تحديداً نافياً للجهالة، ويكون ذلك عن طريق تحديد قدره كمبلغ مقطوع ونوعه كريال سعودي أو دولار أمريكي، وآجال سداده، ومقتضى شرط تحديد مبلغ الاستصناع كمبلغ مقطوع عند التعاقد أنه لا يجوز ربط مبلغ الاستصناع بمتغيرات مجهولة يتحدد على ضوءها مستقبلاً ، كأن يربط تحديد مبلغ الاستصناع بالليبور أو نحو ذلك. إذ أن هذا الربط يؤدي إلى عدم العلم بالثمن وفي ذلك جهالة تفسد عقد الاستصناع باعتباره نوعاً من البيع يشترط فيه تحديد الثمن عند التعاقد.

أما إذا تعذر تحديد أو تفصيل التكلفة الكلية للاستصناع واتفق الطرفين على ما يجري به العمل ، كأن يتولى البنك البناء ويسجل تكلفته على أن يلتزم العميل بتلك التكلفة مضافاً إليها نسبة ربح معينة ، فلا مانع من ذلك لأن الجهالة بالثمن في هذه الحال تزول بالعلم في النهاية. ونظراً لاتفاق الطرفين على ذلك فلا مجال للنزاع .

تبقى الإشارة إلى أنه فيما عدا الحالة السابقة لا يشترط في عقد الاستصناع أن يفصح البنك للعميل عن تكلفته الكلية، كما هو الشأن في بيع المrabحة، لأن الاستصناع ليس من بيوع الأمانة، إذ أنه يندرج تحت بيوع المساومة، التي لا يشترط فيها الإفصاح عن تكلفة الشراء.

٨- إذا ثبت مبلغ الاستصناع ديناً في ذمة المستصنع فلا يجوز أن يتغير إلا إذا تغيرت المواصفات .

عقد الاستصناع المصرفي، كما سبقت الإشارة فيما تقدم هو عقد بيع، المبيع فيه هو الأصل المراد صناعته والثلث عبارة عن مبلغ الاستصناع.

فعند انعقاد الاستصناع تثبت حقوق متقابلة للطرفين فيثبت للعميل في ذمة البنك الأصل المراد استصناعه ويثبت للبنك في ذمة العميل مبلغ الاستصناع أي الثلث. وذلك هو الاثر الشرعي لعقد الاستصناع كما يقول الكاساني «وأما حكم الاستصناع فهو ثبوت الملك للمستصنع في العين المباعة في الذمة، وثبوت الملك للصانع في الثلث»^(١).

وعلى هذا الأساس إذا انعقد الاستصناع بين البنك والعميل، فإن مبلغ الاستصناع يكون ديناً في ذمة العميل، ومن ثم فلا يجوز للبنك الاشرط على العميل زيادة هذا الدين نظير تأجيله، فذلك هو ربا الديون أو ربا الجاهلية المحرم في الشرع. والذي يشير إليه الفقهاء بقاعدة «أمهلني أزدك» أو «انظرني أزدك» .

ولا مانع إذا طلب العميل إجراء أعمال إضافية لم ينص عليها العقد، أن يتم ذلك بموجب عقد جديد يتفق عليه الطرفان على تلك الأعمال الإضافية وتكلفتها وربح البنك. فذلك لا يعد

(١) بدائع الصنائع ٣/٥ .

زيادة على مبلغ الاستصناع ولكنه إنشاء لعقد جديد بشروط جديدة.

٩- توفير المواد الأولية المستخدمة في صناعة السلعة موضوع عقد الاستصناع هي مسؤولية الصانع ، ولا يجوز أن يساهم المستصنع في توفير تلك المواد أو بعضاً منها .

من شروط عقد الاستصناع التزام الصانع الاتيان بالمصنوع مطابقاً للمواصفات ، ويشمل ذلك قيامه بتوفير المادة الخام التي تصنع منها السلعة المطلوبة ، ولا يجوز بأية حال أن يتضمن عقد الاستصناع شرطاً يلزم المستصنع بتوفير المادة الخام كلها أو بعضاً منها ، لأن ذلك يخرج العقد من كونه استصناعاً إلى عقد آخر هو عقد الإجارة.

وبالرغم من وجود شبه كبير بين عقد الاستصناع وعقد إجارة الأشخاص من حيث أن في كليهما تكليف بالصنع، إلا أن الفارق الأساس والجوهري بينهما هو محل العقد . ففي الإجارة يرد العقد على العمل . بينما المعقود عليه في عقد الاستصناع هو العين المراد صنعها . وهذا يعني أن الاستصناع في حقيقته عقد بيع ومحلّه العين أو السلعة ، بينما الإجارة محلها المنفعة.

فمن طلب صناعة سلعة ما فهو يستهدف أن يقدم له الصانع السلعة مصنعة إما من قبله أو من غيره، بينما في الاستتجار على الصنعة يطلب المؤجر من المستأجر أداء خدمة معينة يوظفها على

مادة يقدمها المؤجر بنفسه بغرض تحويلها الى سلعة مصنعة^(١) .
يقول الكاساني "إذا أسلم إلى حداد حديداً ليعمل له إناءً معلوماً
بأجر معلوم أو جلدًا إلى خفاف ليعمل له خفاً معلوماً بأجر معلوم
فذلك معلوم جائز ولا خيار فيه، لأن هذا ليس باستصناع، بل هو
استئجار فكان جائزاً فإن عمل كما أمر استحق الاجر.." ^(٢) .

وخلاصة ماتقدم أنه لا ينبغي أن تتضمن عقود الاستصناع
أي شرط يقضي بإلزام العميل بتوفير المادة الخام سواء كانت
أساسية أو ثانوية ، فذلك يفسد عقد الاستصناع ويخرجه من
حقيقته إلى صورة أخرى هي عقد الإجارة.

١- لا مانع أن يشرف العميل طالب الصنعة على عمل
الصانع النهائي الذي يتعاقد معه البنك لتنفيذ
المصنوع ، وذلك للتأكد من التزام الصانع بالمواصفات
المتفق عليها بين البنك والعميل ، بشرط أن لا ينشأ عن
ذلك علاقة تعاقدية مباشرة بين العميل والصانع
النهائي ذات صلة بالمصنوع .

هناك بعض أنواع من الصناعات كصناعة المباني يتطلب
التأكد من مطابقتها للمواصفات إشرافاً مستمراً خلال مراحل
الإنشاء، وذلك لأن اجزاء من هذه المباني يتم تغطيتها، مما يتعذر
معه الكشف عن مدى مطابقتها للمواصفات المتفق عليها. ففي
مثل هذه الحالات فلا مانع أن يتم الاتفاق بين البنك وعميله بأن
يقوم العميل، سواء بنفسه مباشرة أو عن طريق جهة مختصة،

(١) دنيا، الجمالة والاستصناع ص ٣٨ .

(٢) بدائع الصنائع ٤/٥ .

بمتابعة الصانع النهائي بغية التأكد من قيام ذلك الصانع بتنفيذ المصنوع حسب المواصفات. ومثل هذا الشرط لا يتعارض مع طبيعة عقد الاستصناع، وذلك لأن فيه مصلحة للبنك باعتباره الملتزم بالصناعة وبالنسبة للعميل باعتباره المستصنع .

وتتمثل مصلحة الطرفين في الاطمئنان على مطابقة المصنوع للمواصفات وتضييق مجال المنازعات التي يمكن أن تنشأ بين الطرفين . ولكن ينبغي أن يكون إشراف العميل المستصنع إشرافاً يقوم على التراضي، ودون أن يترتب على ذلك الإشراف أي تغيير في الحقوق والالتزامات التي يربتها عقد الاستصناع ، فيجب أن تظل علاقة العميل التعاقدية هي مع البنك وحده، ولا يجوز أن تتعدى بأية صورة من الصور إلى الطرف الثالث الذي يتعاقد معه البنك لتنفيذ المصنوع. بمعنى أنه لا يجوز أن يترتب منح العميل حق الإشراف على عمل الصانع النهائي تخلي البنك عن ضمان توفير المصنوع، والقاء تبعه ذلك على الصانع النهائي، لأن استحقاق البنك للريح في عقد الاستصناع المصرفي إنما هو على الضمان الذي رتبه عقد الاستصناع المصرفي على البنك باعتباره صانعاً.

II- إذا حصل المصرف من الصانع النهائي على ضمان للعيوب الخفية أو حسن التنفيذ أو على التزام بالصيانة لفترة بعد التسليم جاز له تحويل ذلك لصالح العميل.

جرى العرف في بعض أنواع الصناعات الحديثة أن الصانع يقدم للمستصنع ضمانات بحسن التنفيذ ، أو يلتزم بصيانة الأصل

المصنوع لسنوات معينة. ونظراً لأنه لا توجد علاقة تعاقدية مباشرة بين الصانع النهائي والعميل الذي يطلب السلعة من البنك، فإنه لا مانع عندئذٍ من أن يحول البنك الضمانات التي يحصل عليها من الصانع لمصلحة العميل، وذلك بعد تسليم المصنوع للعميل، فينشئ بذلك علاقة مباشرة بين العميل والصانع النهائي، يقوم بموجبها الصانع النهائي بصيانة الأصل حسبما ينص عليه العقد الموقع بين البنك والصانع النهائي.

ولتحقيق هذه الغاية ينبغي أن ينص عقد الصيانة الموقع بين البنك والصانع النهائي على أحقية البنك في الاستفادة من خدمات الصيانة المتعاقد عليها عن طريق تحويلها إلى طرف آخر بكل شروطها والتزاماتها .

١٢- يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع خدمات التركيب أو التدريب على تشغيل الأصل أو صيانته أو أي خدمات أخرى مرتبطة بالمصنوع .

تعتبر هذه المادة عن طبيعة الصناعة في العصر الحاضر، حيث أصبحت العملية الصناعية عملية معقدة ومتشابكة، لا تقتصر فقط على صناعة السلعة وحدها، ولكن ترتبط بعملية الصناعة مجموعة من الأشياء المكتملة لها مثل عمليات التركيب والصيانة والتدريب على التشغيل، وهي عمليات تتطلب قدراً من المهارة والامام بالتقنية لا تتوفر في كثير من الأحيان إلا عند الشركات الصانعة نفسها، ولهذا جرى العرف على أن تكون مثل هذه الخدمات مضمنة

في عقد الاستصناع باعتبارها جزءاً غير منفصل عنه ، ولكن يحدد لكل منها في الوقت نفسه تكلفة معينة.

وعقد الاستصناع المصرفي الذي يتضمن مثل هذه الشروط لا يعكس حقيقة عقد الاستصناع باعتباره عقد على صناعة عين موصوفة في الذمة، وليس عقداً على الصيانة أو التدريب على التشغيل أو التركيب إذ أن مثل هذه العمليات تتم في حالة كونها منفصلة على أساس عقد الإجارة باعتبارها خدمة على عمل معين . غير أن دمج هذه الخدمات في عقد الاستصناع يساعد في كثير من الأحيان على تقليل التكلفة التي يتحملها العميل.

وهذا الأمر يتطلب الاحتكام إلى معيار معين يكون أساساً ومرجعاً لتضمن مثل هذه الخدمات في عقد الاستصناع ، والمعيار المقترح في هذه المادة هو النظر إلى تكلفة الخدمات المكتملة لعقد الاستصناع، فإذا كانت تكلفة هذه الخدمات أقل من تكلفة صناعة السلعة المطلوبة فيمكن تضمينها في عقد الاستصناع، أما إذا كانت تكلفة تلك الخدمات أكبر من تكلفة السلعة المطلوبة صناعتها فيجب حينئذٍ فصلها في عقد منفصل.

والقاعدة الفقهية التي تم بناء هذه المادة على أساسها هي أن « لكل حكم الأكثر » . فطالما كان ثمن المصنوع أكبر من تكلفة الخدمات المصاحبة يظل العقد استصناعاً وتنطبق عليه أحكام عقد الاستصناع والعكس صحيح .

١٣- لا مانع ، إذا كان البنك مستصنعاً من توكيل الصانع ببيع المصنوع بربح إلى طرف ثالث نيابة عن المستصنع.

تعكس هذه المادة بعض الصور الممكنة لاستخدامات عقد الاستصناع المصرفي ، ومنها قيام البنك بتمويل الشركات الصناعية عن طريق الدخول معها في عقود استصناع تلتزم بموجبها تلك الشركات بصناعة سلع محددة الأوصاف.

وهذه الطريقة برغم إمكانية تطبيقها عملياً إلا أنه قد يقف أمامها صعوبة البحث على مشتري لتلك السلع المتعاقد على صناعتها الأمر الذي قد يحتم على البنك إيجاد مخازن لتخزينها ، ومثل هذه العقبات لا تحفز البنك على الدخول في مثل هذه العقود.

والحل العملي لازالة مثل تلك العقبات هو أن يكون هناك ترتيب معين يتم عن طريق توقيع اتفاق مسبق بين البنك والشركات الصانعة بحيث يدخل البنك معها في عقود استصناع يشتري بموجبها منتجاتها من السلع ، ويوقع معها في الوقت نفسه عقد وكالة يعهد فيه لها بتسويق تلك المنتجات وبيعها إلى عملاء تلك المصانع.

وبما أن وكالة البنك للعميل في هذه الحالة هي وكالة لبيع السلع المتعاقد على صنعها فلاشك أنها وكالة جائزة لأنها وكالة على البيع ، والبيع من العقود التي يجوز فيها التوكيل،

يقول صاحب المغني : « لانعلم خلافاً في جواز التوكيل في البيع والشراء »^(١) . ولا مانع أن تكون مثل هذه الوكالة بأجر ، فيخصص البنك للعميل أجر معين نظير قيامه بتسويق المنتجات المصنعة ، فالوكالة جائزة بأجر أو بغير أجر ، جاء في المغني « ويجوز التوكيل بجعل أو بغير جعل »^(٢) .

١٤- لا يجوز للبنك الطانع توكيل العميل المستصنع بمباشرة الصناعة وتنفيذ المصنوع نيابة عنه .

بالرغم من أن حقيقة دور البنك في عقد الاستصناع المصرفي هو دور الوسيط بين العميل طالب الصناعة والصانع النهائي ، إلا أن هذه الوساطة يجب أن تكون وساطة حقيقة وليست صورية ، ويقتضي ذلك بأن يتولى البنك تنفيذ المصنوع عن طريق التعاقد بنفسه مع الصانع النهائي ، وعليه أن يتحمل مسؤولية الوفاء للعميل المستصنع بالسلعة المصنوعة مطابقة للمواصفات .

وعلى ذلك فلا ينبغي للبنك أن يتنازل عن هذه المسؤولية ويوكل العميل المستصنع بها ، لأن ذلك ينافي مقتضى عقد الاستصناع ، الذي يلزم البنك باعتباره صانعاً تولى الصناعة بنفسه أو التعاقد مع غيره ، أما في حال توكيل البنك للعميل فإن دور البنك سينحصر في توفير التمويل وحده دون تحمل مسؤولية الصناعة ، ويتحول عقد الاستصناع في هذه الحالة إلى شيء قريب

(١) المغني مع الشرح الكبير ٢٠٣/٥ .

(٢) المغني مع الشرح الكبير ٢١٠/٥ .

من التمويل بالفائدة . ولذلك فإن نص هذه المادة يمنع البنوك من توكيل عملائها لمباشرة الصنعة وتنفيذ المصنوع نيابة عنها وذلك دفعاً للشبهات التي يمكن أن تتولد في مثل هذه الحالات .

٣

معيار السلم المصرفي

١-٣ تعاريف

٢-٣ نطاق المعيار

٣-٣ نص المعيار

٤-٣ المذكرة التفسيرية

٣ - ١ تعاريف

أ- السلم : من العقود المسماة في الشريعة الإسلامية وهو بيع مؤجل موصوف في الذمة بثمن يدفع عاجلاً .

ب- السلم المصرفي: هو دخول البنك في عقد سلم بائعاً أو مشترياً لكمية معلومة من سلعة مثلية إلى أجل معلوم بثمن مدفوع نقداً .

ج- المسلم : هو المشتري في عقد السلم .

د- المسلم إليه : هو البائع للسلعة المؤجلة في عقد السلم: أي الذي يستلم رأس مال السلم (ثمن السلعة) مقدماً من المشتري.

هـ - المسلم فيه : هو السلعة موضوع عقد السلم.

و - عقد السلم الموازي: هو عقد السلم الذي يكون فيه البنك بائعاً من جنس ما يكون قد اشتراه مسلماً وليس عين ما تعاقدنا عليه .

ز- المثليات: هي السلع المنضبطة بالوصف بحيث لا تختلف مفرداتها بصورة يؤبه لها، وتكون معروفة في السوق ويمكن أن تثبت ديناً في الذمة.

ح- القيميات: هي السلع التي تختلف مفرداتها بدرجة مؤثرة ولا تصلح أن تكون ديناً في الذمة.

ط- رأس مال السلم: يقصد به ثمن السلعة التي تكون محلاً لعقد السلم .

٣ - ٢ نطاق المعيار

- ١- السلع المثلية المنضبطة بالصفة .
- ٢- لا يتضمن الذهب والفضة والنقود والأوراق المالية والسندات والأسهم.

٣ - ٣ نص المعيار

- ١- يجوز للبنك تقديم التمويل لعملائه بطريق عقد السلم.
- ٢- لا يجوز تقديم العربون في السلم المصرفي وينبغي تسليم كامل الثمن عند التعاقد.
- ٣- يلزم قبض الثمن في السلم المصرفي عند التعاقد بالطرق المتعارف عليها والتي لا تشترط تأجيلاً في الدفع.
- ٤- إذا اقتضى العرف تأخير تسليم الثمن للبائع فلا مانع ما لم يزد ذلك عن ثلاثة أيام.
- ٥- يشترط لصحة السلم أن تكون السلعة محددة الجنس والقدر والصفة ومكان التسليم بطريقة نافية للجهالة.
- ٦- كل سلعة مثلية تنضبط بالوصف مزروعة كانت أم مصنوعة وهي مباحة من الناحية الشرعية يجوز تمويلها بواسطة عقد السلم .
- ٧- يترتب على الدخول في عقد السلم تحديد الأجل وإلزام البائع بتسليم السلعة المتعاقد عليها عند حلول ذلك الأجل .
- ٨- تحدد أثمان السلع المسلم فيها بين البنك والعميل ، ولا مانع أن يلحظ الأجل في تحديد الثمن .

٩- إذا عجز البائع عن تسليم السلعة في أجلها المعقود ، فلا مانع من الاتفاق بين الطرفين على تمديد الأجل بشرط أن يكون ذلك بدون عوض ، وإلا فيعد العقد مفسوخاً .

١٠- يتحقق للبنك الحد الأدنى اللازم من متطلبات قبض سلعة السلم إذا انتقلت إليه عند استلامها تبعة هلاكها .

١١- لا مانع للبنك عندما يكون مشترياً في السلم من الدخول في عقد وكالة مع بائع السلعة لقبضها نيابة عن البنك وتمييزها مادياً عن سواها عند حلول الأجل ثم بيعها إلى طرف ثالث نيابة عن البنك .

١٢- لا يجوز للبنك أن يبيع سلماً عين ما اشتراه سلماً .

١٣- إذا كان البنك مشترياً لسلعة في عقد سلم فلا مانع من أن يدخل بائعاً في عقد سلم آخر لسلعة مثلها جنساً ونوعاً وكماً ، ولا مانع من أن يكون تاريخ التسليم في العقدين متوافقاً بشرط أن لا يكون هناك أي ربط أو تداخل بين العقدين .

٣-٤ المذكرة التفسيرية لمعيار السلم المصرفي

١- يجوز للبنك تقديم التمويل لعملائه بطريق عقد السلم.

عقد السلم من العقود المسماة في الفقه الإسلامي والمجمع على جوازها وهو عقد بيع لازم يُعجل فيه قبض البائع للثمن ويُوجَل فيه استلام المشتري للسلعة والدليل على جواز بيع السلم هو حديث النبي ﷺ بعد هجرته إلى المدينة إذ وجد الناس يسلفون في الثمار السنة والسنتين فأقر ذلك ضمن ضوابط شرعية تقضي نفي الغرر والجهالة عن عقد السلم وذلك بقوله ﷺ « من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم »^(١).

وقد أدخل جمهور الفقهاء بيع السلم في باب بيع المعدوم، إذ أن البائع يقبض ثمن مبيع لا يتحقق له فيه شرط الملكية والقبض عند التعاقد، فاعتبروه بيعاً جائزاً على خلاف القياس المبني على الحديث المروي عن حكيم بن حزام عن النبي ﷺ « لا تبع ما ليس عندك »، وغير ذلك من الشواهد التي تشترط ملكية السلعة وقبضها قبل بيعها^(٢).

ومع ذلك، نظر ابن تيمية لعقد السلم بأنه ليس مخالفاً للقياس لأن المقصود عنده من اشتراط الملكية والقبض هو تأكيد

(١) متفق عليه .

(٢) البحر الرائق ٦/١٦٩، أسمى المطالب شرح روض الطالب ٢/١٢٢، منح الجليل

لعليش ٢/٣ .

قدرة البائع على تسليم المبيع للمشتري وهذه القدرة مفترضة في عقد السلم ، وقد أجمل ابن تيمية رأيه في هذه المسألة بقوله « حيث علمنا أن النص جاء بخلاف القياس علمنا قطعاً أنه قياس فاسد »^(١) .

٢- لا يجوز تقديم العربون في السلم المصرفي وينبغي تسليم كامل الثمن عند التعاقد.

من شروط صحة عقد السلم، تسليم المشتري للبائع كامل رأس مال السلم في ساعة التعاقد دون أي تأخير أو تأجيل. فلو تفرقا قبله بطل العقد. هذا هو رأي الحنابلة والشافعية والأحناف، باستثناء المالكية الذين أجازوا تأخير رأس المال اليومين والثلاثة بشرط أو بدون شرط بناءً على قاعدة «ماقارب الشيء يعطى حكمه» ، لأنهم اعتبروا التأخير اليسير معفوياً عنه باعتباره تشاغلاً بالقبض^(٢) . ولاخلاف بين الفقهاء في عدم جواز تقديم جزء من رأس المال في مجلس العقد وحبس جزء آخر منه ليدفع أجلاً، فقد أبطل المالكية الصفقة كلها، أما الأحناف والشافعية والحنابلة فقد أبطلوا السلم فيما لم يقبض في مجلس العقد وأسقطوا حصته من المسلم فيه^(٣) .

(١) فتاوى ابن تيمية المجلد ج ٢٠، ص ٥٠٥ و ٥٢٩ .

(٢) شرح الخرشي ٥/٢٢٠ .

(٣) الموسوعة الفقهية الكويتية، ٢٥/٢٠٤ .

٣- يلزم قبض الثمن في السلم المصرفي عند التعاقد بالطرق المتعارف عليها والتي لا تشترط تأجيلاً في الدفع.

يمكن دفع ثمن سلعة السلم نقداً أو بأية وسيلة من وسائل الدفع الحديثة إذا كانت تدفع بمجرد الاطلاع مثل الشيك والحوالة وأذونات السحب ، ولاعبرة بالتأخير اليسير الذي تسببه إجراءات الدفع إذا لم يزد عن ثلاثة أيام باعتباره من قبيل التشاغل بالقبض عملاً بالمذهب المالكي، أما وسائل الدفع المؤجلة مثل الكمبيالات والسندات لأمر فهي لا تصلح لتسليم رأس المال في عقد السلم لأن تأجيل الدفع يكون فيها مقصوداً وليس عرضاً إجرائياً.

٤- إذا اقتضى العرف تأخير تسليم الثمن للبائع فلا مانع ما لم يزد ذلك عن ثلاثة أيام.

سبقت الإشارة إلى إجازة المالكية تأخير تسليم رأس مال السلم في حدود ثلاثة أيام، بشرط أو بدون شرط، أما تأخيره فوق الثلاثة بشرط فذلك لا يجوز عندهم، بخلاف الأحناف والشافعية والحنابلة الذي تشددوا في عدم الترخّص أو السماح بتأخير أو تأجيل رأس المال. غير أن اتساع رقعة التعامل الدولي في العصر الحديث وضرورة توثيق تعليمات السحب والدفع والتقيد على الحسابات الدائنة والمدينة، تجعل من المتعذر اكتمال عملية التسليم والتسلم في يوم واحد، ولذلك رفعاً للحرص يمكن العمل وفقاً لرأي المذهب المالكي في هذا الشأن.

٥- يشترط لصحة السلم أن تكون السلامة محددة الجنس والقدر والصفة ومكان التسليم بطريقة نافذة للجهالة.

أجمع جمهور الفقهاء على أن مالا يمكن ضبط صفاته من الأموال لا يصح السلم فيه لأنه يُفضي إلى المنازعة والشقاق^(١). ولا خلاف بينهم في اشتراط كون المسلم فيه معلوماً جنساً ونوعاً وقدرًا بما يرفع الجهالة المفضية إلى المنازعة، وليس هنالك بأس في إتفاق العاقدين على استخدام أية وحدة قياسية يقبلها العرف لضبط كمية المسلم فيه، سواء أكانت وزناً أو كيلاً أو حجماً أو عدداً أو طولاً، ما لم يكن المسلم فيه ذهباً أو فضة.

ومع ذلك فليس المقصود استقصاء كل الصفات الممكنة لأن ذلك يستحيل في الواقع العملي ويجعل من الصعب تسليم المسلم فيه، وقد عبر الخرشي عن هذا الشرط بقوله «... إن تبين أوصاف المسلم فيه التي تختلف بها قيمته عند المتبايعين اختلافاً يتغابن الناس في مثله عادة»^(٢).

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية ٢٥/٢٠٨ .

(٢) شرح الخرشي ٥/٢١٣ .

٦- كل سلعة مثالية تنضبط بالوصف مزروعة كانت أم مصنوعة وهي مباحة من الناحية الشرعية يجوز تمويلها بواسطة عقد السلم.

نظراً إلى أن سلعة السلم تكون ديناً في ذمة المسلم إليه (البائع) عند إبرام العقد واستلام ثمن السلعة، فقد اشترط الفقهاء أن تكون السلعة من المثليات لأن السلع والأصول المثلية هي التي يمكن أن تكون ديناً يثبت في الذمة ، ولذلك ورد عن النبي ﷺ في الحديث عن عبدالله بن سلام الذي رواه ابن ماجه أنه نهى يهودياً عن تعيين حائط بني فلان في عقد السلم قائلاً: «بسر كذا وكذا إلى أجل كذا وكذا وليس من حائط بني فلان».

وأجمع الفقهاء على أن ما لا يمكن ضبط صفاته من الأموال لا يصح السلم فيه لأنه يفضي إلى المنازعات^(١) . وعلى ذلك اشترط الفقهاء أن ما يصح أن يكون مسلماً فيه من الأموال هو المثليات كالمكيلات والموزونات والمذروعات والمعدودات المتقاربة، وهذا يتحقق في المزروعات كما يتحقق في كثير من المصنوعات المنمطة خاصة التي تخضع لقياسات معيارية ومعروفة في السوق.

والجدير بالذكر أن فقهاء الشافعية والحنابلة والمالكية تحدثوا عن السلم في المصنوعات (وهو الذي يسميه فقهاء الأحناف بالاستصناع)، والسلم في الصناعة يخضع لنفس شروط وأحكام

(١) أسنى المطالب ٢/١٣٠، كشف القناع ٣/٢٧٦، نهاية المحتاج ٤/١٩٥، وبدائع الصنائع ٥/٢٠٨ .

السلم في الزراعة عند فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة ، ومن ذلك كون المصنوع من السلع المثلية المنمطة التي تعرف في السوق.

٧- يترتب على الدخول في عقد السلم تحديد الأجل وإلزام البائع بتسليم السلعة المتماقد عليها عند حلول ذلك الأجل .

أجمع فقهاء الحنفية والمالكية والحنابلة على أن تحديد الأجل بطريقة نافية للجهالة هو أحد شروط صحة عقد السلم احترازاً من السلم الحال، بخلاف الشافعية الذين أجازوا السلم الحال ولم يشترطوا فيه الأجل^(١) . وقد تبيننا هنا ما ذهب إليه فقهاء الأحناف والحنابلة والمالكية من اشتراطهم الأجل في عقد السلم لأنه أقرب إلى نص الحديث النبوي الذي أمر بالأجل المعلوم، كما أنه أكثر ملاءمة للتطبيقات المصرفية المعاصرة.

أما تحديد مقدار الأجل ففيه تفاوت بين المذاهب، ولعل أنسب تحديد للأجل ملائم للتطبيقات المعاصرة هو الرأي المشهور عند المالكية بأن أقله ماتختلف فيه الأسواق^(٢) . وحيث أن المسلم فيه هو دين مستحق للمسلم (المشتري) في ذمة المسلم إليه (البائع) فقد ترتب على ذلك إلزام البائع بتسليم السلعة المسلم فيها إلى المشتري في الأجل المحدد. والمقصود من ذلك الوفاء بالدين وإزالة الضرر عن المشتري بعدم تأخير سلعته عن أجل استلامها.

(١) الأم ٩٥/٣ .

(٢) شرح الخرشني ٢١٠/٥ .

٨- تحدد أثمان السلع المسلم فيها بين البنك والعميل ، ولا مانع أن يلحظ الأجل في تحديد الثمن .

المعروف عن عقد السلم أنه يحقق مصلحة لكل من البائع والمشتري، فالبايع تدفعه الحاجة إلى السيولة النقدية التي تساعد على إعداد السلعة المسلم فيها عند حلول أجل التسليم، وفي مقابل ذلك يتطلع المشتري للحصول على السلعة بثمن يكون في ظنه الغالب أنه أدنى من ثمن المثل في السوق عند حلول أجل التسليم، علماً بأن العين أفضل من الدين والحلول أفضل من التأجيل، وقد عبر الفقهاء عن ذلك بقولهم «لأجل حصة من الثمن»، بمعنى أن ثمن السلعة يتأثر سلباً أو إيجاباً بطول أو قصر أجل تسليمها أو تسليم ثمنها. ولكن لا ينبغي أن يفهم من ذلك إمكانية افراد الاجل بثمن خاص به لأن الأجل في ذاته ليس سلعة متقومه.

٩- إذا عجز البائع عن تسليم السلعة في أجلها المعقود ، فلا مانع من الاتفاق بين الطرفين على تمديد الأجل بشرط أن يكون ذلك بدون عوض ، وإلا فيعد العقد مفسوخاً .

لا مانع من تمديد الأجل المتعاقد عليه إذا دعت إليه الظروف ولكن دون تجديد لعقد السلم سواء كان ذلك التجديد بزيادة في كمية السلعة المتعاقد عليها أو رفع لدرجة جودتها أو تخفيض لرأس مال السلم بارجاع جزء منه إلى المشتري، أو غير ذلك مما يعطي المشتري عوضاً مقابل تمديد الأجل المتعاقد عليه، لأنه داخل

ضمن قاعدة « انظرني أزدك » التي هي عين الربا. لذا، فالخياران الوحيدان أمام المشتري هما إنظار البائع إلى ميسرة دون مقابل أو فسخ العقد بإرجاع رأس مال السلم إلى المشتري.

١- يتحقق للبنك الحد الأدنى اللازم من متطلبات قبض سلامة السلم إذا انتقلت إليه عند استلامها تبعة هلاكها .

ذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن « قبض كل شيء بحسبه »^(١) . فليس هنالك صورة محددة للقبض تنطبق على جميع الأموال، ولذلك كان هناك تفصيل حول كيفية قبض الأموال المختلفة ويلعب العرف في ذلك دوراً مهماً.

أما الشافعية فقد فرقوا بين القبض المصحح للتصرف وهو الذي أفاضت في تفصيله المذاهب الأخرى، والقبض الناقل للضمان من البائع^(٢) . فذلك مداره استيلاء المشتري على المبيع سواء انقله أم لا، وسواء أخلى البائع بينه وبينه أم لا. فمتى استولى المشتري على المبيع انتفى الضمان على البائع بمعنى أن تبعة الهلاك تؤول إلى المشتري ولا يرجع الضمان إلى البائع بعد انعقاد البيع. فهذا الرأي أقرب إلى واقع التطبيق العملي المعاصر لأن البنك لا يرمي إلى التصرف في سلعته المشتراة بأكثر من إعادة بيعها إلى آخر. لذلك يمكن أن يأخذ قبض البنك للسلعة عند حلول أجلها صورة

(١) المغني لابن قدامة ٤ / ٢٢٠ .

(٢) حاشية الجمل على شرح المنهج ٣ / ١٦٨ .

الاستلام لوثيقة المستودع المشتمل على عين السلعة المشتراة نوعاً
وكماً ووصفاً، ولا يلزم ذلك تحويل السلعة فعلياً من ذلك المستودع
لتكون في حيازة البنك، طالما أن السلعة معينة في موضع محدد
داخل المستودع وكان البنك متحملاً لتبعية هلاكها. وعندئذٍ، لا
تكون يد إدارة المستودع على تلك السلعة أكثر من أنها يد أمانة
ولا تضمن السلعة إلا بالتعدي والتقصير. فإذا تحقق ذلك الشرط
يجوز للبنك بيع عين السلعة الموجودة في المستودع إلى طرف ثالث.
وفي ذلك اتاحة لفرصة التعامل في الأسواق الدولية للسلع بأقل
قيود ممكنة.

١١- لا مانع للبنك عندما يكون مشترياً في السلم من
الدخول في عقد وكالة مع بائع السلعة لقبضها
نيابة عن البنك وتمييزها مادياً عن سواها عند حلول
الأجل ثم بيعها إلى طرف ثالث نيابة عن البنك .

إن الأمر المعتاد هو أن يتولى مشتري السلعة في عقد السلم
قبضها بنفسه عند حلول الأجل قبل التصرف فيها بالبيع إلى طرف
آخر، تحرزاً من بيع السلعة قبل قبضها. ولكن هنالك ظروف خاصة،
كما هي الحال في عمليات شراء وبيع السلع الدولية التي قد تضطر
مشتري السلعة إلى توكيل من يقبضها خارج الحدود الجغرافية
ويبيعها نيابة عن مالكيها إلى طرف ثالث.

فالوكالة في البيع والشراء ثابتة بالكتاب والسنة، باعتبار
أن الوكيل مؤتمن على التصرف في حقوق الأصيل الموكلة عليه

وليس ضامناً لها إلا في حالة التعدي والتقصير . قال ابن قدامة : ^(١) « لانعلم خلافاً في جواز التوكيل في البيع والشراء » ومن المبررات التي ساقها الفقهاء للبيع أو الشراء نيابة عن الأصيل « أنه قد يكون ممن لا يحسن البيع والشراء أو لا يمكنه الخروج إلى السوق وقد يكون له مال ولا يحسن التجارة فيه وقد يحسن ولا يتفرغ . وقد لا تليق به التجارة... » ^(٢) . ولا شك أن كل هذه الصفات تنطبق على البنك . فالوكالة جائزة بأجر وبغير أجر كما ثبت عن رسول الله ﷺ وأن تكون معلنة أو غير معلنة للأطراف الأخرى . وبوجه خاص يعتد بقبض الوكيل لسلم نيابة عن موكله بأنه تحقيق لشرط القبض الشرعي الذي يجيز للأصيل الانتفاع بثمن السلعة المملوكة له .

١٢- لا يجوز للبنك أن يبيع سلماً عين ما اشتراه سلماً .

عندما يدخل البنك مشترياً في عقد سلم يكون دائماً لعميله بسلعة مثلية موصوفة في الذمة . فإذا عرض البنك هذه السلعة نفسها للبيع إلى عميل آخر يكون قد وقع في محذور شرعي وهو بيع دين السلم ، فقد ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة إلى عدم صحة بيع المسلم فيه لمن هو في ذمته أو لغيره قبل قبضه وذلك على خلاف رأي المالكية الذين أجازوه ما لم يكن

(١) المغني ٢٠٣/٥ .

(٢) المغني ٢٠٣/٥ .

طعاماً^(١) . والحجة في أن سلعة السلم ينبغي أن تكون مثلية ماروى عن النبي ﷺ أنه نهى أن يكون السلم في سلعة معينة وذلك بقوله «بسعر كذا و كذا إلى أجل كذا وكذا وليس من حائط بني فلان»^(٢) . ولذلك لانجد خلافاً بين الفقهاء في بطلان عقد السلم إذا جعل المسلم فيه شيئاً معيناً بذاته. لأن المسلم فيه إذا كان معيناً تعلق حق رب المسلم بذات الشيء المعين لابذمة المسلم إليه، مما يناقض مقتضى عقد السلم. كما أن التعيين يجعل من المحتمل هلاك ذلك الشيء المعين قبل حلول أجل أدائه مما ينشأ عنه غرر عدم القدرة على تنفيذ العقد.^(٣) . بناءً على ذلك فإن تعيين تلك السلعة المطلوبة من ذلك العميل لتكون هي نفسها بذاتها مباحة في عقد سلم لعميل آخر يجعلها معينة بالذات وغير متعلقة بذمة البائع مما يجعل عقد السلم باطلاً.

١٣- إذا كان البنك مشترياً لسلعة في عقد سلم فلا مانع من أن يدخل بائعاً في عقد سلم آخر لسلعة مثلها جنساً ونوعاً وكمياً، ولا مانع من أن يكون تاريخ التسليم في العقدين متوافقاً بشرط أن لا يكون هناك أي ربط أو تداخل بين العقدين.

إن الدخول في أكثر من عقد بيع أو شراء في آن واحد، هو من الأمور المباحة شرعاً ولايستثنى من ذلك بيع السلم، ولكن في

(١) بداية المجتهد ٢/٢١٣ .

(٢) رواه ابن ماجه .

(٣) نهاية المحتاج ٤/١٨٣، بداية المجتهد ٢/٢٣٠، مواهب الجليل ٤/٥٣٤، الهداية مع فتح

القدير والعناية «الميمنة ١٣١٩هـ» ٦/٢١٩ .

الحالة الأخيرة يحظر من الوقوع في بيع أو شراء دين منعقد في الذمة لأن سلعة السلم تظل ديناً في ذمة بائعها حتى يحل أجل تسليمها. لذلك وجب على البنك إذا دخل مشترياً لسلعة في عقد سلم مع عميل له أن لا يعين نفس تلك السلعة في عقد سلم آخر يكون فيه البنك بائعاً لعميل آخر، وذلك تحرزاً من بيع الدين ومن تعيين سلعة بعينها في عقد السلم. بل ينبغي أن يكون العقدان مستقلين تماماً عن بعضهما البعض دون أدنى إحالات أو إشارات فيما بينهما. وبهذه الطريقة يستطيع البنك أن يكون مشترياً في عقد سلم وبائعاً في عقد سلم آخر فيستثمر أمواله وأموال عملائه في أسواق السلع الدولية، ويحقق البنك ربحه من الفرق بين السعرين .

٤

معيار الإجارة المصرفية

١-٤ تعاريف

٢-٤ نطاق المعيار

٣-٤ نص المعيار

٤-٤ المذكرة التفسيرية

٤ - ١ تعاريف

- أ - الإجارة : (كراء الأعيان) بيع منفعة معلومة مقابل عوض معلوم لمدة محددة.
- ب - الإجارة المصرفية : هي صيغة تمويلية تقوم على عقد الإجارة المعروف في الفقه الإسلامي وفيها يبيع البنك منفعة مملوكة له سواء كانت بطريقة امتلاك الرقبة أو امتلاك حق الانتفاع .
- ج - الأجرة الكلية : هي الثمن الكلي الذي يبيع به المصرف منفعة العين إلى المستأجر سواء كانت مدفوعة بالتقسيط أو دفعة واحدة .
- د - مدة الإجارة : هي المدة التي يدفع فيها العميل مدفوعات إيجارية خلال مدة العقد .
- هـ - المستأجر : هو مشتري المنفعة لأجل محدد .
- و - المؤجر : هو بائع المنفعة التي يولدها الأصل المؤجر سواء كان مالكا للعين أم مستأجراً يؤجر غيره من الباطن .

٤ - ٢ نطاق المعيار

- ١- الأصول التي تدر المنافع الاستعمالية مع بقاء الأصل منها ،
كالمعدات الصناعية والآلات الإنتاجية والعقارات والتي
يرغب العميل في امتلاكها عند نهاية عقد الإجارة .
- ٢- الحالات التي يمكن للمصرف امتلاك الأصول الحقيقية أو
امتلاك منفعتها لمدة تغطي مدة الإجارة .

٤ - ٣ نص المعيار

- ١- يمكن للبنك تمويل عملائه الراغبين في استئجار الادوات والآليات والمعدات الإنتاجية أو المباني، بصيغة الإجارة المنتهية بالتملك حيث يكون البنك هو المؤجر والعميل هو المستأجر وذلك لفترة محددة تنتهي بتمليك الأصل إلى العميل.
- ٢- يجوز تأجير كل عين أو أصل له منفعة مباحة مع بقاء أصله.
- ٣- يجب أن يكون كل من الأجرة والأجل معلومين ومسميين في عقد الإجارة.
- ٤- تستحق الأجرة للمؤجر بمجرد توقيع عقد الإجارة ويمكن أن تدفع دفعه واحدة أو على دفعات وخلال مدة تساوي أو تزيد أو تقل عن أجل التأجير.
- ٥- إذا رغب الطرفان في اشتراط مراجعة الأجرة المتعاقد عليها بصفة دورية ، يعد العقد عند كل مراجعة عقداً جديداً وللطرفين الخيار في الدخول فيه.
- ٦- إذا حصل المؤجر من المستأجر على عربون جاز له الاحتفاظ به لنفسه إذا لم يمض المستأجر العقد.
- ٧- يمكن للمؤجر تحديد الأجرة باي طريقة بشرط أن تكون معلومة

كمبلغ محدد عند التعاقد.

٨- يمكن الاتفاق على أجره متزايدة أو متناقصة مادام أنها معلومة لطرفي العقد، كمبلغ أو مبالغ محددة.

٩- يمكن للمستأجر بموافقة مالك العين إعادة تأجيرها إلى طرف ثالث .

١٠- لمالك العين المؤجرة بيعها لطرف ثالث قبل انتهاء عقد الإجارة.

١١- لا يحق للمؤجر مطالبة المستأجر بالتعويض عن البلى أو الاستهلاك المعتاد في العين المؤجرة، ولكن من حقه مطالبة المستأجر بالتعويض عن الأضرار الناتجة عن التعدي في الاستخدام .

١٢- يستحق مالك العين المؤجرة الأجرة طوال مدة صلاحيتها للانتفاع المتعاقد عليه ، وإذا لم تعد صالحة فللمستأجر فسخ العقد.

١٣- يجب أن ينص عقد الإجارة على أنواع الصيانة التي يتحملها المستأجر وتلك التي يتحملها المالك حسب اتفاق الطرفين بحسب العرف .

١٤- يمكن للمصرف أن يتفق مع عميله على شراء أصل من الأصول ثم تأجيره للعميل لمدة محددة يعرض بعدها للبيع له أو لسواه بثمن السوق عندئذٍ .

١٥- لا يجوز إذا اشترى المصرف الأصل المؤجر من العميل المستأجر أن يتضمن عقد البيع أو عقد الإجارة إعادة شراء العميل لذلك الأصل بثمن محدد . ولكن يجوز للمصرف تسمية الثمن الذي يلتزم بالبيع به للمستأجر دون أن يكون على الأخير الالتزام به في عقد الإجارة .

١٦- إذا رغب المصرف في التأمين على الأصل لصالحه وجب أن يتحمل هو رسوم ذلك التأمين .

١٧- إذا حسبت الأقساط الإيجارية في عقد الإجارة المنتهية بالتملك بحيث يملك المستأجر الأصل بعد مدة محددة، ثم رغب العميل في الامتلاك قبل ذلك مما يقتضي تعديل مدة الإجارة فلا مانع من فسخ عقد الإجارة الأول والدخول في عقد جديد بأقساط إيجارية مختلفة .

٤ - ٤ المذكرة التفسيرية

١- يمكن للبنك تمويل عملائه الراغبين في استئجار الأدوات والآليات والمعدات الإنتاجية أو المباني، بصيغة الإجارة المنتهية بالتملك حيث يكون البنك هو المؤجر والعميل هو المستأجر وذلك لفترة محددة تنتهي بتمليك الأصل إلى العميل.

الإجارة من العقود المسماة والمجازة بالكتاب والسنة والاجماع وقد أحقها الفقهاء في الأحكام بعقد البيع باعتبار أن المعقود عليه في الإجارة هو المنفعة التي تدرها العين، ولذلك عرفوا الإجارة بأنها «عقد معاوضة على تملك منفعة بعوض» وقد عدّه جمهور الفقهاء عقداً لازماً قياساً على عقد البيع وعملاً بقوله تعالى ﴿يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود.. الآية﴾^(١)، ومن ثم لا يجوز لأحد طرفي عقد الإجارة الانفراد بفسخه إلا بما يفسخ به عقد البيع، مثل ظهور العيب في العين المؤجرة أو هلاكها أو زوال منفعتها. إلا أن الأحناف أجازوا للمستأجر فسخ العقد لعذر طارئ يجعله عاجزاً عن الانتفاع بالعين المؤجرة، مثل سرقة أو حريق البضاعة المعروضة في دكان مستأجر مما يذهب معه منفعة ذلك الدكان فأجازوا للمستأجر فسخ العقد قياساً على هلاك العين المؤجرة.

وفي الواقع العملي نجد أن البنوك الإسلامية لا ترغب في

(١) سورة المائدة أية رقم ١ .

استرداد أصولها المؤجرة بعد انتهاء عقود الإجارة ولذلك تتفق مسبقاً مع عملائها على أن تبيع لهم تلك الأصول بعد انتهاء مدد الإجارة، فيكون هنالك وعد بالبيع من قبل البنك إلى المستأجر بعد انقضاء عقد الإجارة، على ماسياتي بيانه في المواد التالية. وهذا هو المقصود بصيغة الإجارة المنتهية بالتملك.

وقد يبدو أن هنالك وجه شبه بين صيغة الإجارة المنتهية بالتملك وما يسمى بالبيع الإيجاري (hire-purchase) في العرف الشائع لدى كثير من الدول الأوروبية وهو يقوم على مبدأ البيع بالتقسيط مع رهن المبيع حتى ينتهي المشتري من سداد آخر قسط. والفرق بين هذه الصيغة من الإجارة المنتهية بالتملك هي أن الأقساط في حالة البيع الإيجاري تمثل ثمن بيع رقبة العين بينما في حالة الإجارة المنتهية بالتملك هي أقساط ثمن منفعة العين، ولذلك يخضع الجزء المتبقي من رقبة العين لعقد بيع منفصل في الحالة الأخيرة.

٢- يجوز تأجير كل عين أو أصل له منفعة مباحة مع بقاء أصله.

أجمع جمهور الفقهاء على أن الإجارة لا تقع إلا على العين التي يمكن الانتفاع بها نفعاً مباحاً مع بقاء أصلها. جاء في المغني^(١) : (تجوز إجارة كل عين يمكن أن ينتفع بها منفعة مباحة

(١) المغني ٦/١٢٩ .

مع بقائها بحكم الأصل...) أما ما لا يمكن الانتفاع به إلا باتلاف عينه، كلاً أو جزءاً، فهذا لا يجوز تأجيله مثل المطاعم والمشروبات أو استئجار البهائم لصوفها أو شعرها أو لبنها أو استئجار المراعي لكلئها، وذلك تحرزاً من الجهالة في العقد، لكونه واقعاً على بيع عين مضمنة وإجارة منفعة في آن واحد ولكن مع جهالة القدر الذي وقع عليه البيع وجهالة المنفعة التي وقعت عليها الإجارة مما يفسد كلا العقدين.

وتجدر الإشارة إلى أن شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم يخالفان الجمهور في إمكانية تأجير الأصول التي تدر أعياناً قابلةً للانفصال عن الأصل وبيعها بعقود منفصلة ، وقد أشار ابن رشد المالكي إلى حالات مشابهة.

من ناحية أخرى ، لا يجوز استئجار الأصول إذا كانت المنفعة المستوفاة منها منفعة محرمة مثل صنع الخمر أو لعب الميسر والملاهي وغير ذلك من المعاصي، لأنه من باب التعاون على الإثم والعدوان.

٣- يجب أن يكون كل من الأجرة والأجل معلومين ومسميين في عقد الإجارة.

الأجرة هي الثمن المستحق للمؤجر مقابل بيع المنفعة، وجمهور الفقهاء يشترطون في الأجرة ما يشترط للثمن في عقد

البيع، حيث جاء في المغني^(١) « يشترط في عوض الإجارة كونه معلوماً لانعلم في ذلك خلافاً ».

ولذا، يحكم على العقد بالفساد إذا كان في الأجرة جهالة مفضية للنزاع، والشاهد على ذلك قول النبي ﷺ « من استأجر أجيراً فليعلمه أجره »^(٢). ولأمانع أن يتفق الطرفان على نسبة تزيد الأجرة أو تنقص في حدودها مثل الاتفاق على أن الأجرة تزيد بنسبة ١٠٪ أو تنقص بمثل هذه النسبة. ولا يعد ذلك جهالة مفضية للنزاع إذا وقع بيان نسبة الزيادة في بداية كل فترة، حيث أن علم كلا الطرفين بهذه النسبة وتراضيهما على ذلك يقطع الجهالة. ولا يلزم أن تكون الأجرة نقداً لأن كل ما جاز أن يكون ثمناً في البيع جاز أن يكون عوضاً في الإجارة، مثل مقايضة منفعة بمنفعة أخرى أو بمال آخر متقوم.

وقد خالف ابو حنيفة الجمهور في جواز تأجير المنفعة بجنسها لأن الجنس الواحد عنده يحرم فيه النساء.

أما الأجل فهو المعيار الضابط لمقدار المنفعة المتعاقد عليها لأن بيع المجهول لا يصح اجماعاً، ولذلك وجب أن يكون الأجل معلوماً لتقدير المنفعة المستوفاة فيه، مثلما هي الحال في ضبط مقدار المبيع بالكيل والوزن والعدد. ولكن ينبغي التنبيه إلى نوع

(١) المغني ١١/٦ .

(٢) رواه البيهقي عن أبي هريرة .

الإجارة المقصودة هنا وهي إجارة المعدات والآلات والمباني ونحوها .
إذ أن الإجارة على تأدية الأعمال لا يلزم فيها معلومية الأجل وفي
ذلك تفصيل بين المذاهب إذا كان الأجير خاصاً أو مشتركاً وهو
لايعنينا في حالة الإجارة المنتهية بالتمليك.

وبالنسبة لمقدار الأجل فليس هنالك حد ادنى أو أقصى لمدة
الإجارة إذ لا دليل من الشرع على ذلك، ولكن هنالك خلاف بين
المذاهب حول اشتراط تعيين نقطة ابتداء الأجل في العقد.
فالشافعية يشترطون ذلك أما الأحناف فلا يشترطونه. كما أن هنالك
خلاف حول إجارة المشاهرة كأن يقول الشخص لأخيه أجرتك داري
كل شهر بكذا، أو كل يوم أو كل سنة بكذا. فقد حكم الشافعية
ببطلان العقد لجهالة المدة ولأن كل شهر ينبغي أن يبتدىء بعقد جديد
لانفراده بأجرة معينة ، بينما أجازها الجمهور في الشهر الأول
فقط ^(١) . وعلى ذلك ينبغي الدخول في عقد الإجارة مع العلم التام
بالأجل والأجرة لكامل المدة.

٤- تستحق الأجرة للمؤجر بمجرد توقيع عقد الإجارة
ويمكن أن تدفع دفعة واحدة أو على دفعات وخلال
مدة تساوي أو تزيد أو تقل عن أجل التأجير.

هذا النص يقتضي أن ملكية الأجرة تثبت للمؤجر بمجرد
العقد وهو يوافق المذهبين الحنبلي والشافعي لأن الإجارة عقد
معاوضة والمعاوضة تقتضي الملك في العوضين عقب العقد إذا كانت

(١) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته ١/٣٩ .

مطلقة عن الشرط، تماماً كما يملك البائع الثمن بالبيع.

قال ابن قدامة «إذا وقعت الإجارة على مدة معلومة بأجرة معلومة فقد ملك المستأجر المنافع وملكت عليه الأجرة كاملة في وقت العقد إلا أن يشترط أجلاً»^(١)، وهذا خلافاً للمالكية والأحناف الذين اتجهوا إلى القول بأن الأجرة بنفس العقد إلا إذا اشترط الطرفان تعجيلها في العقد، أو عجلها المستأجر إلى المؤجر من غير شرط. وفيما عدا ذلك فإن الأجرة عندهم تملك جزءاً فجزءاً بحسب ما يقابلها من المنافع التي بطبيعة حالها تتولد شيئاً فشيئاً على مر الزمان.

ونحن هنا نأخذ بمبدأ استحقاق الأجرة بمجرد العقد لأن ذلك ماتعارف عليه الناس في هذا العصر فصار كالمشروط في العقد مما يزيل أثر الرأي الآخر الذي لا يجعل الأجرة مستحقة مطلقاً بالعقد بدون شرط، لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.

وتجدر الإشارة إلى أن المالكية أوجبوا استحقاق الأجرة بالعقد إذا جرت به العادة كما في كراء الدواب للسفر والدور^(٢)، وأجوبه كذلك إذا كانت المنافع مضمونة في ذمة المؤجر وهذا يناسب مسألتنا الراهنة بصفة خاصة.

(١) المغني ٤/٦ .

(٢) الموسوعة الفقهية: ٤٧/١ .

٥- إذا رغب الطرفان في اشتراط مراجعة الأجرة المتعاقد عليها بصفة دورية ، يعد العقد عند كل مراجعة عقداً جديداً وللطرفين الخيار في الدخول فيه.

إن تحركات الأسعار وتغيرات ظروف الأسواق تجعل من غير المجدي اقتصادياً الدخول في عقود إجارة تمتد لآجال طويلة بنفس الأجرة المتعاقد عليها مبدئاً، ولذلك لجأت مؤسسات التأجير المالية في العالم الغربي إلى معالجة هذه المشكلة من خلال النص في عقد الإجارة على ربط الأجرة مباشرة بمؤشر خارجي ليضمن تزايد الأجرة كلما ارتفع ذلك المؤشر الذي يعكس تكلفة التمويل في النظام المصرفي.

لكن هذا الإجراء ليس مقبولاً من الناحية الشرعية لجهالة ماسيكون عليه ذلك المؤشر مستقبلاً مما يفضي الى جهالة الأجرة ذاتها. ولانعلم خلافاً لدى الجمهور حول اشتراط العلم النافي للجهالة بالأجرة المتعاقد عليها، نظراً إلى أن عقد الإجارة عقد لازم فلا يمكن إلزام المستأجر في العقد بدفع مبلغ أو مبالغ مجهولة.

ولكن في وسع مؤسسات التأجير حماية نفسها من تقلبات الأسعار ومن خلال تجزئة المدة الكلية المفترضة في التأجير إلى فترات قصيرة نسبياً ومتقاربة على أن تنفرد كل فترة بعقد إجارة مستقل ويكون للطرفين مطلق الخيار في الدخول فيه، وحينئذ لا مانع من مراجعة الأجرة دورياً بما يلائم تحركات الأسعار.

٦- إذا حصل المؤجر من المستأجر على عربون جاز له الاحتفاظ به لنفسه إذا لم يمض المستأجر العقد.

العربون في الاصطلاح الفقهي مبلغ يدفعه المشتري إلى البائع كجزء مقدم من الثمن وصيغته المشهورة هي أن يشتري الرجل السلعة ويدفع إلى البائع درهماً أو أكثر على أنه إن أخذ السلعة احتسب به من الثمن وإن لم يأخذها فهو للبائع^(١) ، وينطبق نفس التعريف على حالة الدخول في عقد الإجارة لأنه عقد بيع على منفعة. لكن هذه الصيغة لم يقبلها من الجمهور إلا الحنابلة وقد استند الجمهور في عدم صحة بيع العربون على حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أنه قال (نهى رسول الله ﷺ عن بيع العربان)^(٢) . ويحتج الجمهور كذلك بأن بيع العربون هو اشتراط شيء للبائع بغير عوض، واعتبروا ذلك من باب أكل أموال الناس بالباطل كما اعتبروه من باب الخيار المجهول.

أما الحنابلة فلم يصح عندهم حديث النهي عن بيع العربون علماً بأن ابن حجر قد ضعفه في التلخيص، وقد أجاز الامام أحمد بيع العربون بناءً على ما روى عن نافع بن الحارث أنه اشترى لعمر دار السجن من صفوان بن أمية واشترط رضى عمر وإلا فلصفوان كذا وكذا. قال الاثرم: قلت لأحمد: تذهب إليه؟ قال: أي شيء أقول؟ هذا عمر رضى الله عنه.

(١) الموسوعة الفقهية ٩/ ٩٣ .

(٢) أخرجه ابو داود .

٧- يمكن للمؤجر تحديد الأجرة بأي طريقة بشرط أن تكون معلومة كمبلغ محدد عند التعاقد.

الغرض من هذا النص إتاحة الفرصة أمام كل من المستأجر والمؤجر في أن يتراضيا على الأجرة المناسبة ويلتزما بها في عقد الإجارة جنباً إلى جنب مع شروطه الشرعية الأخرى، فلا يلزم أن تكون الأجرة هي أجرة المثل في السوق.

وعلى ذلك لا مانع للمصرف من الاسترشاد بأية مؤشرات خارجية لتحديد الأجرة حتى لو كانت هي معدلات الفائدة التي تعمل بها البنوك التقليدية، نظراً إلى أن حرمة الربا هي في الاقتراض أو الاقتراض بمعدل الفائدة، أما معدل الفائدة نفسه كرقم حسابي فهو لا يحكم عليه بالحل أو الحرمة. ولكن لا ينبغي مراجعة الأجرة في ضوء تلك المؤشرات قبل انتهاء عقد الإجارة، وذلك تحرزاً من جهالة الأجرة كما سبق أن أشرنا إلى ذلك في المادة « ٣ » من هذا المعيار .

٨- يمكن الاتفاق على أجرة متزايدة أو متناقصة مادام أنها معلومة لطرفي العقد، كمبلغ أو مبالغ محددة.

بناءً على ما سبق ذكره في المذكرة التفسيرية للمادة (٤) تكون الأجرة مستحقة للمؤجر بمجرد العقد ما لم يشترط تأجيله أو تقسيطه.

وإذا كان الأمر كذلك فلا مانع من ترتيب الأقساط المستحقة

بحيث تبدأ قليلة ثم تتزايد شيئاً فشيئاً أو العكس. ولكن تجدر الإشارة إلى أن مثل هذا الترتيب ليس مقبولاً علي إطلاقه عند الأحناف والمالكية إلا مع ادخال الشرط بأن الأجرة تكون مستحقة بمجرد العقد.

أما بدون ذلك الشرط فإن الأجرة تستحق عندهم بأجزاء متساوية، ولكن بما أن العرف قد جرى على استحقات الأجرة بمجرد العقد، فقد أصبح ذلك في حكم الشرط^(١).

٩- يمكن للمستأجر بموافقة مالك العين إعادة تأجيرها إلى طرف ثالث.

أجمع جمهور الفقهاء (من المالكية، والشافعية، والحنابلة) على أن من حق المستأجر تأجير العين إلى طرف ثالث مادامت العين لا تتأثر باختلاف المستعمل، سواء كان بمثل الأجرة أم بزيادة^(٢). ولا يعلم في ذلك خلافاً إلا عند فقهاء المذهب الحنفي من جهة ربح ما لم يضمن. وقد رد عليهم فقهاء الجمهور بأن قبض المستأجر للعين يقوم مقام قبض المنفعة.

أما إعادة إجارة العين المستأجرة للمؤجر نفسه ففيها خلاف بين المذاهب، حيث يجيزها المالكية والشافعية مطلقاً سواء كانت

(١) المادة «٤» من هذا المعيار.

(٢) الموسوعة الفقهية ١/ ٢٦٧.

عقاراً أو منقولاً ، قبل القبض أو بعده .^(١) ، وقد منعها الأحناف ، وللحنابلة وجهان في هذه المسألة .

١- لمالك العين المؤجرة بيعها لطرف ثالث قبل انتهاء عقد الإجارة .

يمكن بيع العين المؤجرة إلى طرف ثالث قبل انتهاء عقد الإجارة لأن المعقود عليه في البيع هو العين والمعقود عليه في الإجارة هو المنافع فلا تعارض في ذلك عند الجمهور^(٢) ، وقد جاء في المغني : « إذا أجر عيناً ثم باعها صح البيع ، نص عليه أحمد سواء باعها للمستأجر أو لغيره »^(٣) وينسب هذا الرأي للشافعي كذلك في أحد قوليه ، وفي قوله الآخر أن ذلك لا يصح لغير المستأجر لأن يد المستأجر تحول دون القدرة على تسليم العين إلى غيره ، وقد رد ابن قدامة على هذه الحجة بأن يد المستأجر إنما هي على المنافع فقط ، والبيع على الرقبة ، فلا يمنع ثبوت اليد على أحدهما تسليم الآخر .

(١) ابن رشد القرطبي ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ٢/٢٢٩ .

(٢) الموسوعة الفقهية ١/٧٣ .

(٣) المغني ٦/٤٦ .

١١- لا يحق للمؤجر مطالبة المستأجر بالتصويض عن البلى أو الاستهلاك المعتاد في العين المؤجرة، ولكن من حقه مطالبة المستأجر بالتصويض عن الأضرار الناتجة عن التعدي في الاستخدام .

من المعروف أن العين المؤجرة تتعرض للبلى بمرور الوقت وبسبب استيفاء المنفعة المعتادة منها بعقد الإجارة، إذ أن مقتضى العقد تمكين المستأجر من الانتفاع بالعين واستعمالها مع التقيد بما جرى عليه العرف أو ربما كان مشروطاً في العقد.

وللمستأجر الحق في أن يستفيد من العين المؤجرة بقدر المنفعة المعقود عليها أو مادونها ^(١) ، ولكن ليس له الحق أن ينتفع بها بأكثر مما هو متفق عليه. فمثلاً لو استأجر سيارة ليقتضي بها أغراضه داخل المدينة لا يحق له استخدامها للسفر إلى مدينة أخرى مجاورة. وعلى ذلك يكون الأجر مستحقاً للمؤجر مقابل استهلاك العين بقدر المنفعة المعقود عليها أو مادونها وليس من حق المؤجر المطالبة برد العين على حالتها الأولى، بعد انتهاء العقد. ولا خلاف لدى جمهور الفقهاء أن يد المستأجر على العين هي يد أمانة فلو هلكت في يده دون تقصير منه أو تعدي بمخالفة العرف أو الشروط، لا يكون ضامناً. أما إذا تعدى المستأجر على شروط الانتفاع بالعين أو قصر عن القيام بشروط الحفظ والصيانة وقواعد الاستعمال فيكون ضامناً للعين في هذه الحالات .

(١) الموسوعة الفقهية ١/ ٢٧٠ .

ولكن لما كان تحديد مسؤولية التقصير أو التعدي مدعاة للنزاع والخلاف فمن الأفضل التأمين على الأصل . لذا، كان من المناسب اشتمال العقد على كافة النصوص التي تحدد بصورة نافية للجهالة وجه أو أوجه الانتفاع بالعين المتعاقد عليها.

١٢- يستحق مالك العين المؤجرة الأجرة طوال مدة صلاحيتها للانتفاع المتعاقد عليه ، وإذا لم تعد صالحة فللمستأجر فسخ العقد.

المعروف أن "الإجارة عقد معاوضة لازم يقتضي تمليك المؤجر الأجرة والمستأجر المنافع" ^(١) . لذا، فإن استحقاق المؤجر للأجرة يقابله تمكين المستأجر من استيفاء المنفعة المتعاقد عليها طوال فترة العقد، وأي تقصير في ذلك من قبل المؤجر يجعله غير مستحق للأجرة من المستأجر مما يترتب عليه فسخ العقد.

غير أن مسؤولية المؤجر في جعل العين صالحة للانتفاع بها لا يعني قيامه بأعمال الصيانة اليومية أو الدورية وتحمله لمسؤولية العناية بالعين وحفظها عن المؤثرات الخارجية ونحو ذلك من مسؤوليات الاستخدام التي يلقيها العرف عادة على المستأجر. وإنما يقصد بذلك خلو العين من العيوب الظاهرة أو الخفية التي قد تظهر في فترات لاحقة من خلال الاستعمال المعتاد دون أن يكون للمستأجر يد في ذلك.

(١) المغني ٦/٩٩ .

فلاخلاف بين فقهاء المذاهب في أن حدوث العيب خلال مدة الإجارة يجعل العقد غير لازم إذا كان هذا العيب يخل بالانتفاع المعقود عليه. جاء في المغني: «إذا اكترى عيناً فوجد بها عيباً علم به فله فسخ العقد بلاخلاف» والعبرة فيما يستوجب الفسخ أو عدمه من العيوب تقوم بقول أهل الخبرة^(١).

١٣- يجب أن ينص عقد الإجارة على أنواع الصيانة التي يتحملها المستأجر وتلك التي يتحملها المالك حسب اتفاق الطرفين بحسب العرف .

سبقت الإشارة إلى أن يد المستأجر على الأصل هي يد أمانة مما يجعله ضامناً فقط في حالة التعدي والتقصير، وقد جرى العرف على أن مسؤولية القيام بأعمال الصيانة الوقائية واتباع قواعد الاستخدام والمحافظة تقع على عاتق المستأجر وهذا بالطبع يعتمد على خصوصية العين المؤجرة ومواصفاتها الفنية.

لذا فإن أي تقصير في هذا الجانب بما يفضي إلى هلاك العين المؤجرة يلقي بالضمان على المستأجر.

من ناحية أخرى فإن المؤجر مسؤول عن ضمان خلو العين المؤجرة من العيب الخفي الذي قد يظهر في فترة لاحقة أثناء عمليات التشغيل ومتى ما ثبت وجود ذلك العيب فإن الضمان يقع

(١) الموسوعة الفقهية ١/ ٢٧٥ .

على عاتق المؤجر^(١) . وبناءً على ذلك ينبغي أن يحدد العقد بطريقة نافية للجهالة حدود مسؤولية كل من المستأجر والمؤجر.

١٤- يمكن للمصرف أن يتفق مع عميله على شراء أصل من الأصول ثم تأجيره للعميل لمدة محددة يعرض بعدها للبيع له أو لسواه بثمن السوق عندئذ .

إن عمليات التأجير التي تقوم بها البنوك الإسلامية تبدأ عادة بطلب من العميل إلى البنك يطلب فيه شراء الأصل الذي يرغبه مع الوعد باستئجاره لمدة محددة تنتهي غالباً بالتملك للعميل . وهذا الترتيب ذا أهمية خاصة بالنسبة للبنوك نظراً إلى أنها بحكم عملها لا تمتلك الأصول مسبقاً كما أنها لا تحرص على استعادتها بعد انتهاء مدة التأجير، ولذلك غالباً ما يتضمن عقد الإجارة مع العميل وعداً بالبيع له بعد انتهاء مدة التأجير. وكما سيأتي في المادة التالية (رقم ١٥) فإن مثل هذا الوعد ينبغي أن لا يكون ملزماً للطرفين .

(١) راجع المادة «١٢» من هذا المعيار .

١٥- لا يجوز إذا اشترى المصرف الأطل المؤجر من العميل المستأجر أن يتضمن عقد البيع أو عقد الإجارة إعادة شراء العميل لذلك الأطل بثمن محدد. ولكن يجوز للمصرف تسمية الثمن الذي يلتزم بالبيع به للمستأجر دون أن يكون على الأخير الالتزام به في عقد الإجارة.

إحاقاً بالمادة السابقة، يشير هذا النص إلى أن اتفاقية بيع الأصل إلى العميل بعد انتهاء عقد الإجارة يجب أن لا تتضمن ثماً محدداً للبيع لأن ذلك من قبيل بيع الكالئ بالكالئ - أي بيع الدين بالدين - نظراً إلى أن كلا البديلين يكون ديناً في ذمة الطرف الآخر في لحظة التعاقد.

وقد نهى النبي ﷺ عن بيع الكالئ بالكالئ في الحديث الذي أخرجه البيهقي وضعفه بن حجر. وللفقهاء صور متعددة لمفهوم بيع الكالئ بالكالئ باختلاف مذاهبهم ولكنهم بصفة عامة متفقون على أن أهم صورها هو بيع الدين بالدين. وإذا كان لا بد من النص على بيع العين للعميل بعد انتهاء عقد الإجارة، فلا مانع من تسمية الثمن من قبل البنك وذلك يكون من قبيل الإيجاب في عقد البيع حيث يجوز ذلك ما لم يكتمل القبول من طرف المشتري.. وعلى ذلك يمكن التزام البنك بالإيجاب وترك القبول مفتوحاً للعميل حسب رغبته واختياره عند لحظة البيع.

١٦- إذا رغب المصرف في التأمين على الأصل لصالحه وجب أن يتحمل هو رسوم ذلك التأمين.

لقد أفتت المجامع الفقهية المعاصرة بجواز التأمين التعاوني للآلات والمعدات والمباني، ولذلك جاز للبنك أن يؤمن على رقبة الأصل الذي يمتلكه قبل تأجيره للعميل حفاظاً على حقوقه من الضياع. وحيث أن المستفيد من التأمين هو مالك الرقبة فلا يجوز له تحميل كلفة التأمين على أي طرف آخر، كما لو اشترى سلعة واشترط على غيره أن يتحمل ثمنها فهذا من باب أكل أموال الناس بالباطل. ولكن لا مانع إذا دفع المستأجر ثمن التأمين بالوكالة عن المؤجر وفي هذه الحال لا بد من استنزال الثمن من الأجرة المتفق عليها بين الطرفين.

١٧- إذا حسبت الأقساط الإيجارية في عقد الإجارة المنتهية بالتملك بحيث يمتلك المستأجر الأصل بعد مدة محددة، ثم رغب العميل في الامتلاك قبل ذلك مما يقتضي تعديل مدة الإجارة فلا مانع من فسخ عقد الإجارة الأول والدخول في عقد جديد بأقساط إيجارية مختلفة.

جرت العادة على أن أقساط الإجارة المنتهية بالتملك يتم احتسابها أخذاً في الاعتبار طول مدة التأجير التي تنتهي بالبيع، علماً أن طول المدة يقلل من قيمة الجزء المتبقي من الأصل المؤجر، وقصر المدة يزيد من تلك القيمة، وهذا بدوره ينعكس على القيمة الإيجارية في الحالتين. بعبارة أخرى: إن تعديل تاريخ بيع الأصل

أو تأخيرته يؤدي غالباً إلى الحاجة لإعادة النظر في الأقساط الإيجارية . ولكن بالطبع لايجوز إجراء ذلك التعديل في نفس العقد .

زد على ذلك فإن رغبة العميل في تقديم أو تأخير تاريخ البيع المحدد في العقد يعني إدخال تعديل في عقد الإجارة مما يستدعي فسخه بموافقة الطرفين والدخول في عقد جديد .



معيار المضاربة التمويلية

١-٥ تعاريف

٢-٥ نطاق المعيار

٣-٥ نص المعيار

٤-٥ المذكرة التفسيرية

٥ - ١ تعاريف

- أ- المضاربة التمويلية : هي شركة في الربح بين البنك وعميل أو أكثر من الافراد والشخصيات الاعتبارية يكون فيها البنك رب مال وفقاً لقواعد المضاربة المعروفة في الفقه الإسلامي .
- ب- المضارب : عميل المصرف الذي يباشر العمل في رأس مال المضاربة.
- ج- رب المال : المصرف الذي قدم رأس مال المضاربة.
- د - رأس المال : هو المبلغ النقدي الذي يسلم للمضارب عند التعاقد.
- هـ - الربح : هو المبلغ الزائد على رأس مال المضاربة بعد حسم نفقاتها ويعرف عن طريق التنضيض الفعلي أو الحكمي .
- و- الخسارة: هي النقصان الذي يصيب رأس مال المضاربة ويعرف بعد التنضيض الفعلي أو الحكمي.
- ز - نفقات المضاربة : هي النفقات التي يتفق طرفا عقد المضاربة على حسمها من أموال المضاربة قبل القسمة .
- ح - القسمة : توزيع الربح بين المصرف والمضارب .

- ط- التنضيض: تحويل أصول المضاربة إلى نقود، فعلياً أو محاسبياً عن طريق تقويم الأصول في تاريخ محدد .
- ي- المضاربة المقيدة: هي ماقيدها المصرف بزمان أو مكان أو نشاط محدد .
- ك- المضاربة المطلقة: هي التي يطلق فيها المصرف يد المضارب ليعمل في رأس المال بما يراه .
- ل- انقطاع الشركة : فساد عقد المضاربة لشرط قد يؤدي إلى ذهاب كل الربح إلى أحد الأطراف .

٥ - ٢ نطاق المعيار

تمويل الأنشطة التي يمكن أن تولد الربح سواء كانت تجارية أو صناعية أو عقارية أو زراعية أو غيرها من الأعمال الإنتاجية أو الخدمية المباحة شرعاً .

٥ - ٣ نص المعيار

- ١- يجب أن يكون رأس مال المضاربة الذي يقدمه المصرف مبلغاً معلوماً وبعملة محددة.
- ٢- إذا قدم رب المال للمضارب بضائع أو أصولاً عينية لزم أن تقوم بالنقود لتحديد رأس مال المضاربة .
- ٣- يمكن أن يكون رأس مال المضاربة ديناً في ذمة المضارب أو غيره وفي هذه الحالة يجب أن يكون متاحاً لعمل المضارب .
- ٤- على المصرف أن يمكّن المضارب من رأس المال بالطرق المتعارف عليها بما في ذلك منحه سقفاً مصرفياً يكون رأس المال فيه تحت تصرفه عند الطلب .
- ٥- ينبغي عند التعاقد تحديد نسبة اقتسام الربح بين المصرف والمضارب .
- ٦- لا مانع من الاتفاق في عقد المضاربة التمويلية على نسبة مختلفة لتوزيع الربح الذي يزيد على مبلغ معين ، ويجوز للبنك التنازل عن نصيبه من ذلك الربح الزائد للمضارب .
- ٧- الخسارة في المضاربة التمويلية يتحملها المصرف إلا في حالات التعدي والتقصير ومخالفة نصوص العقد.

- ٨- يد العميل على رأس مال المضاربة التمويلية يد أمانة فلا يضمن إلا بالتعدي أو التقصير.
- ٩- لا مانع أن ينص العقد على طرق متفق عليها لإثبات وقوع التعدي أو التقصير.
- ١٠- المضاربة التمويلية مقيدة ويكون العميل ضامناً لرأس المال إذا لم يلتزم بالشروط التي ألزمه بها البنك .
- ١١- ليس للمضارب أن يخلط ماله برأس مال المضاربة التمويلية ولا أن يدفع به إلى مضارب آخر إلا بإذن من البنك .
- ١٢ - ليس للمضارب أن يستدين على حساب المضاربة وإن فعل يعد متعدياً ويضمن رأس المال .
- ١٣- لا مانع من أن يحدد العقد في المضاربة التمويلية النفقات التي تتحملها المضاربة والأعمال التي يلتزم المضارب بأدائها .
- ١٤- يجب على المضارب رد رأس المال زائداً الربح (إن وجد) أو ناقصاً الخسارة (إن حدثت) بمجرد التنضيق ، وإذا تأخر عن ذلك دون موافقة رب المال يعد المضارب غاصباً .
- ١٥- يجوز للبنك أخذ ضمانات مالية أو شخصية من المضارب للتأكد من رده لسائر حقوق البنك بدون تأخير .

- ١٦- مسؤولية تحصيل ديون المضاربة التمويلية تقع على المضارب سواءً حقق ربحاً من عمله أو خسارة.
- ١٧- لا مانع من النص في عقد المضاربة التمويلية على تكوين مخصص لمقابلة الديون المشكوك في تحصيلها على أن يعتبر جزءاً من نفقات المضاربة التي تحسم من الربح .
- ١٨- تعتبر الديون المشكوك فيها معدومة بعد مرور فترة زمنية متفق عليها بين الطرفين بعد تصفية العقد .
- ١٩- لطرفي العقد الاتفاق على طريقة لتقسيم الفائض بينهما إذا جاءت الديون المعدومة فعلياً أقل من المخصص لمقابلة الديون المشكوك فيها .
- ٢٠- إذا جاءت الديون المعدومة فعلياً أكبر من المخصص لمقابلة الديون المشكوك فيها ، حُسم الفرق من نصيب المضارب من الربح حتى لو أتى عليه بالكامل .

٥ - ٤ المذكرة التفسيرية

١- يجب أن يكون رأس مال المضاربة الذي يقدمه المصرف مبلغاً معلوماً وبعملة محددة.

اشترط الفقهاء معلومية رأسمال المضاربة تجنباً لأية جهالة تفضي إلى نزاع بين رب المال والمضارب. ذلك أن الربح في المضاربة لا يعلم تحققه إلا بعد سلامة رأس المال، لذلك اشترط معلومية قدره وتحديد نوع العملة التي يكون منها.

فجاء في المغني: "من شرط المضاربة أن يكون رأس مال المضاربة معلوم القدر ولا يجوز أن يكون مجهولاً"^(١).

كما جاء في شرح منتهى الإرادات : والمضاربة "عقد تمنع صحته الجهالة (...). فلاتصح بصرة دراهم أو دنانير، إذ لا بد من الرجوع إلى رأس المال عند الفسخ ليعلم الربح ، ولا يمكن ذلك مع الجهل"^(٢).

٢- إذا قدم رب المال للمضارب بضائع أو أصولاً عينية لزم أن تقوم بالنقود لتحديد رأس مال المضاربة .

في الحالات التي يقدم فيها رب المال بضائع أو أصولاً عينية كرأس مال للمضاربة يجب تقويمها بالنقود وجعل قيمتها النقدية هي

(١) المغني ، ١٩١/٥ .

(٢) شرح منتهى الإرادات ، ج٢ ، ص٢١٥ .

رأس مال المضاربة. ويحقق ذلك التقويم شرط معلومية رأس المال، فيقطع الجهالة المفضية إلى النزاع^(١).

٣- يمكن أن يكون رأس مال المضاربة ديناً في ذمة المضارب أو غيره وفي هذه الحالة يجب أن يكون متاحاً لعمل المضارب .

لا مانع أن يكون رأس مال المضاربة ديناً ، ويمكن أن يكون ذلك بطريقتين ، الأولى أن يكون ديناً لرب المال على طرف ثالث وأن يُعلق العقد على قبضه من المدين . جاء في المغني: « وإن قال لرجل: اقبض المال الذي على فلان واعمل به مضاربة، فقبضه وعمل به جاز»^(٢) . وذلك لأن المضاربة هنا أضيفت إلى المقبوض الذي هو أمانة في يده، فكان رأس المال عيناً لاديناً، أي أن المضارب يكون وكيلاً في قبضه مؤتمناً عليه)^(٣) .

والثانية أن يكون ديناً في ذمة المضارب لرب المال وفي هذه الحالة يجب أن يكون ديناً مستقراً واجب الأداء عند انعقاد المضاربة وأن يكون المضارب مقراً ومليئاً قادراً على السداد^(٤) .

(١) شرح منتهى الإرادات ، ج٢، ص ٢١٥ .

(٢) المغني، ١٩٠/٥ .

(٣) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج٤، ص ٨٤٥ .

(٤) انظر الفتاوى السعدية ص ٤٢٥ .

٤ - على المصرف أن يمكن المضارب من رأس المال بالطرق المتعارف عليها بما في ذلك منحه سقفاً مصرفياً يكون رأس المال فيه تحت تصرفه عند الطلب .

لابد أن يمكن رب المال المضارب من رأس مال المضاربة. وأجلى صور هذا التمكين هو قبض المضارب لرأس المال ، لكن الظروف والأعراف السائدة في الوقت الحاضر أدت إلى اتجاه الناس إلى إيداع أموالهم في المصارف حفظاً وتنظيماً لأعمالهم . ولذلك فإن المضارب الذي يقبض رأس مال المضاربة نقداً سيودعه بلاريب في أحد البنوك . ولذلك فقد اتجهت البنوك إلى اختصار هذا الإجراء بتحديد رأس المال على شكل سقف ائتماني ، أي أن رأس المال سيكون جاهزاً للسحب منه من قبل المضارب ويكون مسجلاً في دفاتر البنك في حساب مخصص لهذا الغرض .

والسقف المصرفي هو الحد الأقصى الذي يقرره المصرف للمضارب ليسحب في حدوده خلال مدة معينة لتنفيذ المضاربة. وهذا السقف يساوي الحد الأعلى الذي يمكن أن يصل إليه رأس مال المضاربة المتفق عليه بينهما. وعند نهاية المضاربة وتنضيضها يعتد، بغرض اقتسام الربح ومعرفة رأس المال ، بالمبلغ الفعلي الذي سحبه المضارب من السقف المصرفي المقرر.

والقسمة في المضاربة على أساس رأس المال المستخدم فعلياً وإن كانت الحصص المتفق عليها غيره، أمر تقتضيه العدالة ولا تأباه قواعد المعاملات في الفقه الإسلامي.

فقد جاء في المدونة : " (قال) سئل مالك عن رجلين اشتركا أخرج هذا ألفاً وخمسمائة درهم وأخرج صاحبه خمسمائة وقال لي ألف درهم في مكان كذا وكذا ، فأقام أحدهما وهو الذي له ألف وخمسمائة وخرج الذي كانت ألفه غائبة إلى الموضع الذي فيه الألف التي زعم أنها له هناك ليجهز بجميع المال على صاحبه فلم يقدر على ألفه التي زعم أنها هناك فاشترى بالألفين تجارة (قال) قال مالك أرى أن لكل واحد من الربح قدر رأس ماله ولم ير لصاحب الألف الغائبة في الشركة إلا قدر الخمسمائة التي أخرج" (١) .

٥- ينبضي عند التماقد تحديد نسبة اقتسام الربح بين المصرف والمضارب .

من شروط صحة المضاربة المتعلقة بالربح هي أن تكون نسبة اقتسامه معلومة وأن يكون حصة مشاعة كأن يكون الربح بينهما مناصفة، أو ثلثاً لأحدهما والباقي للآخر وهكذا: لأن المقصود من العقد هو الربح وجهالته توجب فساد العقد.

وبعبارة أخرى فإن المضاربة المقصود فيها المال، فإن المضارب ليس له قصد في نفس عمل العامل. لذلك فإن ما قسم الله من ربح كان بين المضارب ورب المال على الشيعوع ؛ ولهذا لا يجوز أن يختص أحدهما بربح مقدر (٢) .

(١) المدونة الكبرى، ج ٤، ص ٣٤ .

(٢) ابن قيم الجوزية، اعلام الموقعين، ج ٢، ص ٦ .

فإذا عين المتعاقدان مقداراً محدداً لأحدهما ، فلا يصح هذا الشرط ، لأن المضاربة تقتضي الاشتراك في الربح . وربما لا تحقق المضاربة إلا هذا المقدار المحدد أو أقل منه فيذهب جميعه لاحدهما دون الآخر ^(١) . ذلك لأن المشاركات مبنية على العدل بين الشريكين ، فإذا خص أحدهما بربح دون الآخر لم يكن ذلك عدلاً ، بخلاف ما إذا كان لكل منهما جزءاً شائعاً 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 ^(٢) .

فللمضارب جزءٌ معلومٌ يأخذه من ربح المال : « أي جزء كان مما يتفقان عليه ثلثاً أو ربعاً أو نصفاً » . ^(٣)

٦- لا مانع من الاتفاق في عقد المضاربة التمويلية على نسبة مختلفة لتوزيع الربح الذي يزيد على مبلغ معين ، ويجوز للبنك التنازل عن نصيبه من ذلك الربح الزائد للمضارب .

لا يجوز في المضاربة تحديد مقدار مقطوع من الربح لأي من طرفي عقد المضاربة عند التعاقد وإنما يجوز تسمية جزء منه كثلث

(١) الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، ج ٤ ، ص ٨٥٠ .

(٢) ابن قيم الجوزية ، أعلام الموقعين ، ج ٢ ، ص ٦ .

(٣) ابن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ج ٢ ص ٢٣٦ .

أو ربع أو نصف لأحدهما » وهذا مستثنى من الإجارة المجهولة، وأن الرخصة في ذلك إنما هي لموضع الرفق بالناس». (١) .

ولا يجوز كذلك أن يشترط أحدهما شرطاً ينافي مقتضى العقد ويؤدي إلى انقطاع الشركة بينهما كأن يقول له خذ مضاربة ولي ربحه فهذا لا يصح (٢) .

وحيث أن الاتفاق في عقد المضاربة على منح المضارب نسبة من الربح مرتبطة بما يتحقق منه فهذا الشرط لا يقطع الشركة ولا ينافي مقتضى عقد المضاربة لأن كلا الطرفين يحصلان على جزء من الربح المتحقق. كما يجوز أن يشترط رب المال أو العامل أن يكون له مبلغاً مسمى إذا زاد الربح عليه، ويكون الباقي بينهما مناصفة مثلاً (٣) .

وقد أفتت بعض الهيئات الشرعية بجواز كون نصيب المضارب بجهده متدرجا تصاعدياً ومرتبوا بالربح المتحقق من عملية المضاربة (٤) . كما أفتت ندوة البركة للاقتصاد الإسلامي على جواز الاتفاق بين رب المال والمضارب على أنه إذا زاد الربح عن نسبة محددة في السنة عن رأس المال فإن الزيادة تكون من نصيب

(١) بداية المجتهد، ج٢، ص٢٣٦ .

(٢) شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص٢١٧ .

(٣) الضربير، الغرر واثره في العقود، ص٥٢٣ .

(٤) قرار الهيئة الشرعية لشركة الراجحي المصرفية للاستثمار رقم ٧٧ .

المضارب^(١) .

٧- الخسارة في المضاربة التمويلية يتحملها المصرف إلا في حالات التعدي والتقصير ومخالفة نصوص العقد .

المضارب أمين فلا يضمن ماتلف من رأس المال إذا لم يتعد؛ والخسارة في عقد المضاربة على رب المال وحده ولا يتحمل المضارب من الخسران إلا عمله وجهده^(٢) . وبعبارة أخرى فإن الخسارة في شركة المضاربة على المال خاصة ، وليس على العامل منها شيء^(٣) .

ولتضييق دائرة الخلاف يجب تحديد التعدي والتقصير في عقد المضاربة نفسه . فينص العقد ، بالإضافة إلى نسب توزيع الربح والمصروفات التي تتحملها المضاربة ، إلى مسؤوليات المضارب بالتفصيل حتى لا يترك المجال مفتوحاً للاختلاف في تحديد التعدي والتقصير . وزيادة في الحرص ، فإنه يحسن أن يسمي العقد أعضاء لجنة تحكيم وتكون مهمتها تقرير مدى التزام المضارب بنصوص العقد .

(١) فتوى رقم ١٤٧ .

(٢) ابن رشد، بداية المجتهد ، ج٢ ص ٢٣٦؛ الزحيلي ، ج٤ ص ٨٣٦-٧ .

(٣) المغني ، ١٤٨/٥ .

٨- يد العميل على رأس مال المضاربة التمويلية يد أمانة
فلا يضمن إلا بالتعدي أو التقصير.

اتفق أئمة المذاهب على أن المضارب أمين فيما بيده من رأس المال ، ذلك لأنه يتصرف في المال بإذن ربه ولا يختص بنفعه ^(١) .

كما أن اشتراط ضمان رأس مال على المضارب ينافي مقتضى العقد ويحول المضاربة إلى قرض. ولأن المضارب أمين فإنه لا يجوز أن يشترط عليه ضمان رأس مال المضاربة إلا في حالة التعدي والتقصير. ويعد المضارب متعدياً في حالة مخالفته لشروط رب المال الصحيحة .

فإن اشترط رب المال شرطاً صحيحاً على المضارب ولم يلتزم به جاز تضمينه . فإذا اشترط رب المال على العامل أن لا يبيع إلا نقداً... لم تجز مخالفته فإن فعل كان ضامناً ^(٢) . وإذا فعل المضارب ما ليس له فعله، كما لو اشترى مانهياً عن شرائه أصبح متعدياً ويضمن ^(٣) . وإذا قام عرف الناس على أن المضارب يؤدي أعمالاً بعينها في مثل نشاط المضاربة ، فلم يرقم بتلك الأعمال كان مقصراً .

(١) شرح منتهى الإرادات ، ج٢؛ المغني ، ١٩٢/٥ ، الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ،

ج٤ ، ص ٨٥٣-٤ .

(٢) المغني ، ١٤٩/٥-١٥١ .

(٣) المغني ، ١٦٥/٥ .

ولا يعني كون المضارب ضامناً اختصاصه بالربح ، فإذا ضمن المضارب رأس المال فقط واختص بالربح فقد يؤدي ذلك إلى تشجيع المخالفة والتعدي . لذلك فإنه من المناسب تبني وجهة نظر الفقه المالكي - في حالة حدوث المخالفة - ويقسم الربح ، إن وجد ، حسب الشرط ولكن يتحمل المضارب كل الخسارة إذا كانت بسبب المخالفة ^(١) .

ودفعاً للنزاع وقطعاً للجهالة المفضية إليه ينبغي أن يفصل العقد ما يشترطه رب المال على المضارب من شروط ، وذلك تيسيراً لمهمة لجنة التحكيم للفصل في مدى التزام اوعدم التزام المضارب بشروط رب المال.

٩- لا مانع أن ينص العقد على طرق متفق عليها لإثبات وقوع التعدي أو التقصير .

إن دائرة تحديد التعدي والتقصير دائرة واسعة وتختلف فيها المفاهيم ، فما قد يراه المصرف تعدياً قد لا يراه المضارب كذلك . وحتى فقهاء المذاهب المعتبرة قد «اختلفوا فيما هو تعدد مما ليس بتعد» ^(٢) . لذلك فإن المصارف في تطبيقاتها العملية تحرص على تضيق دائرة الاختلاف بمحاولة الاتفاق في العقد على طرق من خلالها يتم إثبات تعدي المضارب أو تقصيره.

(١) الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج ٣ ، ص ٥٢٧ .

(٢) بداية المجتهد، ج ٢ ص ٢٣٦ .

أول هذه الأساليب الحرص على اشتمال العقد على وصف مفصل ودقيق لمهام ومسؤوليات المضارب وكذلك اشتماله على تلك الأعمال التي يشترط عليه رب المال عدم ممارستها كل ذلك في إطار الشروط الصحيحة غير المفسدة للعقد.

ثانيها : النص في العقد على تكوين لجنة تحكيم لتفصل في الخلافات التي قد تنشأ بين أطراف عقد المضاربة. وتعمل هذه اللجنة في إطار الشروط المنصوص عليها في العقد والأعراف التجارية السائدة.

ومن المقرر لدى الفقهاء جواز اشتراط رب المال تقييد المضاربة بما يراه مناسباً من شروط لحفظ حقه وأمواله لدى المضارب^(١) ؛ فقد روى ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال : " كان سيدنا العباس بن عبدالمطلب إذا دفع المال مضاربة اشترط على صاحبه أن لا يسلك به بحراً ، ولا ينزل به وادياً ، ولا يشتري به دابة ذات كبد رطبة ، فإن فعل ذلك ضمن ، فبلغ شرطه رسول الله ﷺ ، فأجازه"^(٢) .

فإن جاز النوع المذكور من الشروط فلعل اشتراط ما يقصد به رفع الجهالة المفضية للنزاع من طرق لاثبات التعدي والتقصير أكد وألزم في عقد المضاربة.

(١) الزحيلي، الفقه الإسلامي، ج ٤ ص ٨٤٠، ٨٣٨، المغني، ١٨٤/٥، شرح الزرقاني على

موطأ مالك، ج ٣ ص ٣٤٩، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٢١٣ .

(٢) رواه الطبراني في الأوسط .

١٠- المضاربة التمويلية مقيدة ويكون العميل ضامناً لرأس المال إذا لم يلتزم بالشروط التي ألزمه بها البنك .

المضاربة نوعان مطلقة ومقيدة. فالمطلقة ما حررت من القيود كأن يقول له دفعت إليك هذا المال مضاربة على أن الربح بيننا. والمقيدة ما اشترط فيها رب المال على المضارب خصوص التصرف، مثل أن يشترط عليه تعيين جنس ما من السلع، أو تعيين جنس ما من البيع، أو تعيين موضع ما للتجارة، أو تعيين صنف ما من الناس يتجر معهم. والنوع الأول من المضاربة وهي المطلقة جائزة عند جمهور الفقهاء أما المقيدة فهي جائزة عند أبي حنيفة والامام أحمد بن حنبل كما جوزا أيضاً تأقيت المضاربة^(١) .

وعلى الرأي الذي يجيز المضاربة المقيدة فإن ما اشترط رب المال على المضارب من شرط يلزمه، وإن تصرف في غير ما اشترط عليه ضمن^(٢) .

والمصارف حرصاً منها على استقرار المعاملات وقطع الجهالة ما أمكن تبنت هذا الرأي الذي يرى جواز المضاربة المقيدة بما في ذلك توقيتها بزمن محدد. وعدم التزام المضارب بالقيود التي يشترطها المصرف في عقد المضاربة تجعله متعدياً ومن ثم جاز أن يضمن رأس مال المضاربة.

(١) ابن رشد، بداية المجتهد، ج٢، ص٢٣٨؛ الزحيلي، الفقه الإسلامي، ج٤، ص٨٤٠؛ المغني، ١٨٥/٥؛ الضريير، الفرر واثره في العقود، ص٥١٧ .

(٢) ابن رشد، بداية المجتهد، ج٢، ص٢٣٨؛ المغني ١٤٩/٥-١٥١ .

ومعلوم أن المصارف بحكم طبيعتها كوسيط مالي لا تقتصر في معاملاتهما واستثماراتها المختلفة على استخدام أموالها فقط. وإنما تقوم أيضاً باستخدام أموال عملائها في الحسابات المختلفة لديها. وحرصاً على المحافظة على هذه الأموال وتجنبها المخاطر، فقد تبنت نصوص هذه المعايير كل ما من شأنه تحقيق هذا الغرض، ومن ذلك إبعاد البنك عن الدخول في عقود مضاربة مطلقة .

II - ليس للمضارب أن يخلط ماله برأس مال المضاربة التمولية ولا أن يدفع به إلى مضارب آخر إلا بإذن من البنك .

هناك بعض التصرفات التي لا يجوز للمضارب عملها بمطلق العقد، وإنما تتوقف على إذن رب المال. فليس للمضارب أن يخلط مال المضاربة بماله . ولا أن يدفع المال إلى مضارب آخر. وهذه التصرفات موقوفة على أجازة رب المال.

فإن قال له رب المال اعمل برأيك أو اذن له بالتصرف جاز له أن يخلط مال المضاربة بماله ، أو أن يدفع مال المضاربة إلى مضارب آخر. فإن قال رب المال لعامل (اعمل برأيك) أو بما أراك الله تعالى (وهو) أي العامل (مضارب بالنصف فدفعه) أي المال (ل) عامل (آخر) ليعمل به (بالربع) من ربحه صح و(عمل به) نصاً لأنه قد يرى دفعه إلى أبصر منه. ^(١).

(١) شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص٢١٧-٨؛ المغني /١٥٨، ٤٢/٥؛ الزحيلي، ج٤، ص٨٥٧، ٨٥٩ .

١٢ - ليس للمضارب أن يستدين على حساب المضاربة وإن فعل يعد متعدياً ويضمن رأس المال .

جاء في المغني أنه ليس للمضارب أن يشتري بأكثر من رأس مال المضاربة . وذلك لأنه بشرائه بأكثر من رأس المال إنما يؤدي ذلك إلى فساد العقد حيث أن رأس المال الذي يشتري به السلعة الأولى هو عين المال الذي يشتري به السلعة الثانية ؛ أو أن يشتري الشراء الثاني في ذمته وهذا يقف على إجازة رب المال في إحدى الروايتين في المذهب الحنبلي ^(١) .

وكذلك فإن شراء المضارب بأكثر من رأس المال يوجب ضماناً إضافياً بقيمة الدين الزائد عن رأس المال ؛ وربما نازع رب المال في تحمل هذا الضمان الإضافي في حالة الخسارة . أما إن حققت المضاربة ربحاً فلا يجوز أن يكون الربح لرب المال وضمان الدين على العامل .

جاء في المدونة الكبرى : « ... (قال) سألت مالكا عن قوم يدفعون إلى أقوام مالا قراضاً فيجلسون بها في الحوانيت فيشترون بأكثر مما دفع إليهم ويضمنون ذلك ثم يعطون الذي قارضهم من ربح جميع ذلك (قال) مالك ، لاخير في هذا ... وليس من سنة القراض فيما سمعت من مالك أن يشتري على القراض بدين يكون العامل ضامناً للدين ويكون الربح لرب المال ، فلا يجوز

(١) المغني ، ١٥٨/٥ .

ذلك» (١) .

وطلباً لاستقرار المعاملات وقطع أسباب النزاع فإن هذه المادة منعت المضارب من الشراء بأكثر من رأس المال وإن فعل ضمن .

١٣- لا مانع من أن يحدد العقد في المضاربة التمويلية النفقات التي تتحملها المضاربة والأعمال التي يلتزم المضارب بأدائها .

تهدف هذه المادة إلى التقليل من أسباب الاختلاف والنزاع بين المضارب والمصرف إلى أقصى حد ممكن. فيحدد العقد النفقات التي تتحملها المضاربة والمرتبطة بنشاط المضاربة ارتباطاً مباشراً، مثل مصروفات النقل أو التخزين أو تكاليف التشغيل والإنتاج... الخ، وتلك التي لا تتحملها المضاربة، والتي لا ترتبط بها ارتباطاً مباشراً، وبالذات في الحالات التي يكون فيها للمضارب أكثر من نشاط في مجاله.

فمثلاً إذا كان للمضارب أكثر من خط إنتاجي وكانت المضاربة في خط إنتاج معين فلا تُحمل المضاربة بتكاليف خطوط الإنتاج الأخرى.

ومما يساعد على تحديد كم ونوع النفقات في المضاربة، التطور الذي حصل في أساليب القياس ومحاسبة التكاليف فأصبح بالامكان حساب وقياس متوسط تكلفة إنتاج الوحدة في مجالات

(١) المدونة الكبرى، م ٤، ص ٦٤ .

متعددة. فيمكن مثلاً حساب متوسط تكلفة إنتاج اللتر الواحد من الزيت أو متوسط تكلفة إنتاج القارورة الواحدة من المشروبات الغازية... الخ مما يمكن معه معرفة تكاليف الإنتاج الكلية لدورة إنتاجية معينة، وهذا النوع من البيانات متاح وبإمكان رب المال الحصول عليه من العميل طالب التمويل (المضارب) والتحقق من صحته.

ويهدف هذا النص إلى أن يحرص المصرف الإسلامي دائماً على تحديد نفقات المضاربة في العقد ما كان إلى ذلك من سبيل. وتجدر الإشارة إلى أن هذا التحديد للنفقات ليس طعناً في أمانة المضارب وعدم الثقة به .

والمعلوم أن عقد المضاربة عقد قائم على الأمانة والمضارب أمين في مال المضاربة ، كما جرت إلى ذلك الإشارة سابقاً^(١) . إن التحديد والقياس المسبق لنفقات المضاربة يؤدي إلى تحقيق أعلى كفاءة إنتاجية أو تسويقية ممكنة ، كما يؤدي إلى قطع النزاع وتضييق فرص الاختلاف ، مع ملاحظة أن تحديد هذه النفقات يتم في ضوء التجربة العملية السابقة للمضارب نفسه وهو الذي يقوم بتحديداتها ، ودور المصرف هو فقط التحقق من موضوعيتها وصحتها قبل الموافقة عليها وتضمينها في العقد .

كما يجب أن يحدد العقد - كما أشرنا إلى ذلك سابقاً -

(١) شرح منتهى الإيرادات، ج ٢، ص ٢٢٦، الزجيلي، الفقه الإسلامي، ج ٤، ص ٨٥٤.

الأعمال التي يجب على المضارب القيام بها ويعد مقصراً إذا لم يؤديها على الوجه الأكمل . وهذا الشرط يقطع فرص النزاع التي ربما تنشأ عن عدم تحديد المسؤوليات في العقد. كل ذلك يتم تحديده في ضوء الإطار العام للمضاربة وضمن الشروط الصحيحة التي لا يابها عقد المضاربة ، ولا تعود عليه بالفساد ^(١) .

١٤) يجب على المضارب رد رأس المال زائداً الربح (إن وجد) أو ناقصاً الخسارة (إن حدثت) بمجرد التضيض ، وإذا تأخر عن ذلك دون موافقة رب المال يعد المضارب غاصباً .

إن يد المضارب على رأس مال المضاربة خلال فترة عمل الشركة يد أمانة ولا تضمن . أما بعد تصفية المضاربة وتنظيفها وطلب رب المال ماله زائداً ربح المضاربة أو ناقصاً الخسارة فعلى المضارب رد المال إليه على الفور ، وإن لم يفعل فإن يده تنقلب يد ضمان ، وتصير كيد الوديع الذي آخر رد الوديعة أو منعها صاحبها بعد طلبها بغير عذر.

والمضارب إذا خالف شرط رب المال، كأن فعل ما ليس له فعله صار بمنزلة الغاصب ^(٢) . ومنع المضارب رب المال ماله بمشابة مخالفة شرطه أو أشد، ذلك أن المضارب تصرف في ملك غيره بغير إذنه.

(١) المغني ، ١٨٦/٥ .

(٢) الزحيلي، الفقه الإسلامي، ج ٤، ص ٨٥٤ .

وقد عدُّ المستعير غاصباً إذا لم يرجع ما استعاره في تاريخه المحدد واستمر مستخدماً له. « (وان غرس) مستعير (او بنى) فيما استعاره لذلك (بعد رجوع) معير: فغاصب (أو) غرس او بنى بعد (امدها) أي العارية (في) عارية (مؤقتة) وان لم يصرح بعده بالرجوع (فغاصب) لتصرفه في مال غيره بغير إذنه »^(١).

إذا تقرر اعتبار المضارب غاصباً إذا لم يرد مستحقات رب المال له عند تنضيض المضاربة واستثمرها وحقق ربحاً من هذا الاستثمار فيمكن أن تسري عليه قياساً النصوص الفقهية في حكم اتجار الوديع بالوديعة بدون اذن صاحبها، بجامع أن كلا منهما أمين قد تعدى على الأمانة التي بيده فاستثمرها بغير اذن مالكيها؛ والحكم على الربح الفعلي المتحقق عن ذلك إلى صاحب الوديعة، أخذاً بمذهب الحنابلة: « إن غصب أثماناً فاتجر بها، أو عروضاً فاتجر بأثمانها فالربح للمالك والسلع المشتراة له »^(٢).

واختلف الحكم هنا عن الديون أو القروض التي يمتنع المدينون عن الوفاء بها، فلا يستطيع الدائن أن يأخذ عائد استثمار هذا المال خلال مدة الامتناع - سواء استثمره المدين المماطل خلال تلك المدة أو لم يستثمره - لأنه من قبيل ربا النسئة أو ذريعة إليه، لتعلقها بالذمة. أما المال المغصوب في يد الغاصب، وما يلحق به في الحكم من المال في يد الامناء إذا تعدوا عليه، فإن حق المالك ههنا متعلق

(١) شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص ٢٩١ .

(٢) المغني ٤١٦/٥ .

بنفس العين المغصوبة حقيقة أو حكماً.

ولذلك لا تنشأ شبهة ربا النسيئة أو زدني انظر إذا غرم الغاصب ومن هو في حكمه الريح الفعلي الذي حققه نتيجة الاتجار بالمال المغصوب، لأن محل ربا النسيئة الديون المتعلقة بالذمة دون الحقوق المتعلقة بالاعيان. ذلك أن حق المغصوب منه يتعلق بعين المال المغصوب لا بذمة الغاصب، وحق الشريك (مثلاً) في ماله الموجود بيد شريكه الممتنع عن رده إليه بدون عذر متعلق بعين المال لا بذمة الشريك (الغاصب). فلو تلف المال كله بيد الشريك (قبل الامتناع) بدون تعديه أو تفريطه، فإنه يسقط حق الشريك الآخر في حصته، دون أن تنشغل ذمة من هلك بيده ببذله. أما حق الدائن بالنسبة لدين القرض أو ثمن المبيع المؤجل، فإنه متعلق بذمة المدين فقط لا بشئ من الاعيان^(١).

١٥- يجوز للبنك أخذ ضمانات مالية أو شخصية من المضارب للتأكد من رده لسائر حقوق البنك بدون تأخير .

الأصل أن يد المضارب خلال فترة عمل المضاربة يد أمانة لا تضمن إلا عن تعد أو تقصير، ولا يجوز أخذ ضمانات بغرض ضمان رأس مال المضاربة . ولا يقترح هذا المعيار الضمانات لهذا الغرض. وإنما يعطي المعيار المصرف الحق في استيفاء ضمانات من المضارب تحسباً لمماطلته بمستحقات المصرف (رب المال) عند تصفية

(١) من فتوى د. نزيه حماد للمركز الوطني للاستشارات الإدارية .

وتنضيض المضاربة. وأيضاً لتعويض المصرف وجبر خسارته في حال تعدي أو تقصير المضارب.

ومستحقات رب المال عند تنضيض المضاربة تصبح ديناً في ذمة المضارب يجوز لرب المال توثيقه بالرهن كسائر الديون. لاسيما أن ملاحظة المضارب في العمل المصرفي يترتب عليها ضرر كبير على المصارف. وقد تنقلب الأرباح التي تحققها المضاربة بملاحظة المضارب إلى خسارة.

والمعروف أن كفاءة ومقدرة المصرف لاتقاس فقط بما يحققه من أرباح وإنما أيضاً بمقدرته على تحصيل مستحقاته في اوقاتها المحددة واعادة استثمارها. فأى مبلغ مجمد من غير استثمار لدى المضارب المماثل يمثل في حقيقته فرصة ربح فائتة على البنك.

١٦- مسؤولية تحصيل ديون المضاربة التمويلية تقع على المضارب سواء حقق ربحاً من عمله أو خسارة.

المضاربة عقد بين طرفين يقدم أحدهما مالاً ويقدم الطرف الثاني عملاً. وهذا التزاوج بين المال والعمل هو مظنة تحقيق الربح؛ ولذلك يستحق كلاهما جزءاً من الربح بحسب إتفاقهما. وأعمال التجارة والاستثمار وتقليب الأموال من صميم مهام ومسؤوليات المضارب. وكل ما ارتبط بذلك من شراء وتخزين ونقل أو بيع بالنقد أو نسيئة - إذا لم يمنعه رب المال - وتحصيل الديون هو أيضاً من مسؤوليات المضارب.

إن عمليات تقليب رأسمال المضاربة من شراء وبيع وما يرتبط بها من ديون للمضاربة هي علاقات تعاقدية تنشأ بين المضارب وعملائه، ولا علاقة لرب المال بها. لذلك لا يلزم ولا يتوقع أن تكون من مسؤوليات رب المال تحصيل هذا النوع من الديون. وبالذات إذا أخذنا في اعتبارنا علاقات العمل التجارية والمالية وخصوصاً في مجال الأعمال المصرفية، التي تحفظ للعلاقات التعاقدية تميزها وانفصالها مما يستحيل معه للمصرف (رب المال) الدخول في عمليات تحصيل لديون لم يقم هو أصلاً بإنشائها.

١٧- لا مانع من النص في عقد المضاربة التمويلية على تكوين مخصص لمقابلة الديون المشكوك في تحصيلها على أن يعتبر جزءاً من نفقات المضاربة التي تحسم من الربح .

درجت الشركات المالية والتجارية على احتساب مخصص للديون المشكوك في تحصيلها، في شكل نسبة مئوية من مجمل مديونيتها، وتحميله على حساب الأرباح والخسائر تحرزاً من ملاحظة عملائها وخوفاً من إظهار أرباح غير حقيقية تؤدي الى توزيع جزء من رأس مال الشركة.

وتحرص المؤسسات الرقابية - من خلال المعايير المحاسبية المعتمدة في مكاتب المراجعة - على أن تعبر نسبة الديون المشكوك في تحصيلها، ضمن ميزانية هذه الشركات المالية والتجارية، بأمانة وبأعلى درجة من الصحة عن الواقع الحقيقي لمقدرة هذه الشركات

في تحصيل ديونها.

وليس من مصلحة الشركات زيادة تقدير هذه النسبة أو تخفيضها عن قصد، لأن زيادتها تؤدي إلى تخفيض أرباحها مما يضعف من موقف هذه الشركات التنافسي. أما تخفيضها فقد يؤدي بالشركات إلى كارثة مالية نتيجة لتوزيع جزء من رأسمالها. لهذا فإننا نجد أن الشركات تحرص دائماً على أن تكون نسبة الديون المشكوك في تحصيلها أقرب ما تكون إلى الحقيقة، ولا مصلحة لها في غير ذلك.

ويتم احتساب هذه النسبة باستخدام طرق قياس محكمة تعتمد على التجربة السابقة لهذه الشركات في مجال تحصيل ديونها. وطبيعي أن يجد هذا الموضوع مزيد اهتمام من هذه الشركات حيث أن ربحها يتوقف على مدى مقدرتها وكفاءتها في تحصيل ديونها، لذلك فإن بند المدينين يخضع إلى دراسات ائتمانية وإجراءات محاسبية ورقابية دقيقة. وقد تكون لهذه الشركات رصيد تراكمي وتقاليد تجعل من المناسب الاعتماد على تقديراتها والتي هي في مصاف الحياد.

وحيث أن المصارف عندما تكون رباً للمال تتجه في مضارباتها للشركات ذات السمعة التجارية والمالية الجيدة والكفاءة، فإن نسبة الديون المشكوك في تحصيلها التي يتم تقديرها من واقع التجربة تعبر بصدق عن واقع مديونية هذه

الشركات. ولا يخفى أن المصرف أيضاً يتحقق من سلامة تقدير هذه النسبة بأساليب داخلية وخارجية مناسبة.

أما الأساليب الداخلية فهي الدراسة التي يقوم بها المصرف بنفسه لهذه الشركات بما في ذلك مقدرتها على تحصيل الديون. وأما الخارجية فبالاطلاع على نسب الديون المعدومة في الحسابات المالية الختامية للشركات ذات النشاط المشابه والمراجعة بواسطة محاسب قانوني في ضوء معايير محاسبية موحدة ومعتمدة من الجهات الرقابية المعنية. وعلى كل حال فإن لنسبة الديون المشكوك في تحصيلها المحددة في العقد تأثيراتها على الربح فقط في حالة كون النسبة الفعلية عند التصفية أقل أو أكثر من النسبة المحددة. أما إذا كانت النسبة المحددة في العقد مساوية للنسبة الفعلية عند التصفية فلا يتغير الربح القابل للقسمة بالزيادة أو بالنقصان.

وفي حالة كون النسبة الفعلية أقل من النسبة المحددة في العقد فيعني هذا أن المضاربة قد حققت ربحاً إضافياً. وفي حالة الالتزام بالنسبة المحددة في العقد، فإن هذا الربح سيكون من نصيب المضارب. وحيث أن رب المال على علم بذلك وموافق على هذا الشرط فيصبح الربح الإضافي الذي سيذهب إلى المضارب في هذه الحالة بمثابة الهبة. وهذا يُشبه إعطاء المضارب ربحاً إضافياً مرتبطاً بما يتحقق من ربح المضاربة والذي سبق مناقشته وإعتماده في المادة رقم (٦) من هذا المعيار: المضاربة التمويلية. وقد تضافرت الفتاوى على جوازه طالما أنه لا يقطع الشركة. واختلاف

مضمون هذه المادة عن مضمون المادة (٦) يكمن في أن التنازل عن الربح الاضافي في المادة (٦) مشروط في العقد مسبقاً، أما هنا فإن رب المال يتنازل عنه عند التصفية والقسمة .

١٨- تعتبر الديون المشكوك فيها معدومة بعد مرور فترة زمنية متفق عليها بين الطرفين بعد تصفية العقد .

حيث أن المضاربة التمويلية بطبيعتها مؤقتة وقصيرة الأجل؛ فقد يرغب طرفا العقد فيها ، البنك (رب المال) والمضارب (العميل) أن يتم تحديد مدى زمني بعد تصفيتها ، يعمل المضارب خلاله في تحصيل ما يتيسر من ديون تعثرت خلال فترة المضاربة . وحيث أنه من غير المتصور ومن غير العملي كذلك أن يكون هذا المدى الزمني مفتوحاً وغير محدد ، فقد يرى الطرفان أنه من المناسب تحديد فترة زمنية محددة في العقد لغرض تحصيل الديون المتعثرة ، وبعد مرورها يعد ما لم يحصل من ديون المضاربة ديناً معدوماً . ومثل هذا الشرط من الشروط المقبولة ، طالما ارتضاه الطرفان . وبالذات في الحالات التي تكون فيها المضاربة قد حققت أرباحاً عند تصفيتها ، فيصبح ما زاد من أرباح ناتجة عن تحصيل الديون المتأخرة أرباحاً إضافية للطرفين يجوز التسامح فيه .

وتجدر الإشارة إلى أن تحديد مثل هذه الفترة الزمنية يعتمد على اعتبارات موضوعية مستوحاة من التجربة العملية تصبح الديون المشكوك في تحصيلها عند نهايتها في حكم الديون المعدومة فعلاً . فقد بينت التجربة العملية أن الديون إذا تعثرت لمدة محددة

أصبح من المتعذر تحصيلها .

١٩ - لطرفي العقد الاتفاق على طريقة لتقسيم الفائض بينهما إذا جاءت الديون المعدومة فعلياً أقل من المخصص لمقابلة الديون المشكوك فيها .

ويعني هذا أن المضاربة قد حصلت فعلياً مبلغاً من الديون كان في حساباتها أنه منعدم . وهذا بالطبع يؤدي إلى زيادة أرباحها . والمبلغ الإضافي إما أن يتم تحصيله قبل تصفية المضاربة أو بعد التصفية وفي المدى الزمني المتفق عليه المذكور في المادة أعلاه . وفي كلا الحالتين فإنه يؤدي إلى زيادة أرباح المضاربة ، وللطرفين الاتفاق على كيفية إعادة توزيعه بينهما ، ولهما في ذلك توزيعه بحسب النسبة المتفق عليها بينهما أو أن يهبه أحدهما للآخر .

٢٠- إذا جاءت الديون المعدومة فعلياً أكبر من المخصص لمقابلة الديون المشكوك فيها ، حسم الفرق من نصيب المضارب من الربح حتى لو أتى عليه بالكامل .

إذا كانت النسبة الفعلية للديون المشكوك في تحصيلها أكثر من النسبة المحددة في العقد ، فمعنى هذا أن الربح الذي تظهره الدفاتر المحاسبية هو في حقيقته أكثر من ربح المضاربة الحقيقي ، وأن هناك خسارة خفية متمثلة في ديون لم ولن تحصل . وفي ضوء هذه المادة فإن الخسارة سوف يتحملها المضارب مما يؤدي إلى إنقاص ربحه بقدرها . وطالما جاز لأي من الطرفين التنازل عن جزءٍ من

ربحه إلى الطرف الثاني، كذلك فلعله يجوز أن يتنازل أيضاً أي من الطرفين عن جزءٍ من ربحه لتغطية فوات الربح الناتج عن سوء تقديره أو عدم مقدرته على الالتزام بمسؤولياته وتحصيل ديون المضاربة.

ولا يخفى أن هذا الجواز مرهون بأن لا يؤدي ذلك إلى إنقطاع الشركة واستفراق الديون غير المحصلة لكامل نصيب المضارب في الربح. وفي هذه الحالة الأخيرة يتطلب الأمر تدخلاً من لجنة التحكيم، لتحديد مدى تقصير المضارب في تحصيل ديون المضاربة مما يترتب عليه تضمينه .

٦

معيار المضاربة الاستثمارية

١-٦ تعاريف

٢-٦ نطاق المعيار

٣-٦ نص المعيار

٤-٦ المذكرة التفسيرية

٦ - ١ تعاريف

- أ- المضاربة الاستثمارية : هي شركة في الربح بين البنك وعميل أو أكثر يكون فيها البنك مضارباً وفقاً لقواعد المضاربة المعروفة في الفقه الإسلامي ، مع حقه في خلط أموال العملاء والسماح لهم بالدخول والانسحاب على أسس يتفق عليها في العقد .
- ب- المضارب (العامل) : هو البنك الذي يكون مسؤولاً عن العمل في رأس مال المضاربة الاستثمارية .
- ج- رب المال : العميل أو العملاء الذين يقدمون رأس مال المضاربة .
- د - رأس المال : هو المبلغ النقدي الذي يسلمه رب المال إلى المضارب عند التعاقد ، وهو قابل للتغير بحسب الإضافة أو السحب خلال مدة المضاربة .
- هـ - الربح : هو المبلغ الزائد على رأس المال عند تاريخ التنضيف الحكمي أو الفعلي لأعمال المضاربة وحسب نفقاتها .
- و- الخسارة: هي النقصان الذي يصيب رأس مال المضاربة بعد التنضيف الحكمي أو الفعلي .

- ز - نفقات المضاربة : هي النفقات التي يتفق طرفا العقد على حسمها من إيرادات المضاربة قبل تقسيم الربح بينهما .
- ح - القسمة : تقاسم الربح بين العامل ورب المال والمخالصة النهائية للمضاربة.
- ط - أموال المضاربة : هي جميع الأصول التي اشترت برأس المال بما في ذلك النقود وما تحقق من ربح .
- ي - التنضيف: تحويل أصول المضاربة إلى نقود، فعليا أو بالطرق المحاسبية التي تعتمد على تقويم الأصول في تاريخ محدد، ويمكن القسمة بناء على ذلك.
- ك - المضاربة المقيدة: هي ما قيدت بزمان أو مكان أو نشاط محدد .
- ل - المضاربة المطلقة: هي التي يطلق فيها ربُّ المال المصرف (المضارب) ليعمل في رأس المال بما يراه مناسباً لتحقيق الربح .
- م - انقطاع الشركة : فساد عقد الشركة لشرط قد يؤدي إلى ذهاب كل الربح إلى أحد الشركاء .

٦ - ٢ نطاق المعيار

عمل الصناديق والمحافظ الاستثمارية وحسابات الاستثمار .

٦ - ٣ نص المعيار

- ١- يجب أن يكون رأس المال مبلغاً معلوماً وبعملة محددة.
- ٢- ينبغي أن يكون نصيب البنك حصة مشاعة من الربح يتم تحديدها عند التعاقد .
- ٣- الخسارة في المضاربة يتحملها رب المال إلا في حالات التعدي والتقصير ومخالفة نصوص العقد.
- ٤- لا مانع من تغيير الأنصبة في الربح تبعاً للمدة الفعلية .
- ٥- يد المضارب على أموال المضاربة يد أمانة فلا يضمن إلا بالتعدي أو التقصير.
- ٦- للمصرف في المضاربة الاستثمارية المطلقة حق استثمار رأس المال بالطريقة التي يراها مناسبة .
- ٧- يجوز للبنك في المضاربة الاستثمارية أن يقبل أموالاً من عملاء مختلفين وأن يخلطها معاً بغرض استثمارها بشروط موحدة .
- ٨- يجب أن يحدد عقد المضاربة النفقات التي تتحملها المضاربة والتي لا تتحملها وكذلك حدود مسؤولية المضارب .

٩ - يجب أن لا يحمّل البنك أموال المضاربة بمصروفاته الإدارية غير المباشرة .

١٠ - مسؤولية تحصيل ديون المضاربة تقع على المضارب سواءً حقق ربحاً من عمله أو خسارة.

٦ - ٤ المذكرة التفسيرية

١- يجب أن يكون رأس المال مبلغاً معلوماً وبعملة محددة.

اشترط الفقهاء معلومية رأسمال المضاربة بحيث يكون معلوم القدر والجنس والصفة تجنباً لأية جهالة تفضي إلى نزاع بين رب المال والمضارب ؛ نظراً لأن الربح في المضاربة لا يعد متحققاً إلا بعد سلامة رأس المال، مما يتطلب معلومية قدره وتحديد نوع العملة التي يكون منها. ولتعدد وتنوع العملات المستخدمة في مضاربات المصارف الإسلامية المعاصرة، أصبح تحديد نوع العملة التي يقوم بها رأس المال ضرورياً لتحقيق معلومية قدر رأس المال.

فمن يدفع رأس مالاً بالدولار في مضاربة بالريال السعودي مثلاً، لابد من تحويل الدولارات إلى ريبالات بسعر يومه لتحديد مقدار رأس ماله في المضاربة. كما أن عدم تحديد ومعرفة رأس المال ونوع العملة التي يكون منها يؤديان إلى جهالة الربح مما تفسد معه المضاربة . فقد جاء في المغني ، « من شرط المضاربة أن يكون رأس مال المضاربة معلوم القدر ولا يجوز أن يكون مجهولاً »^(١) .

ويمكن أن يقدم المصرف للمستثمرين أكثر من مضاربة يكون عملة أحدهما مثلاً الريال السعودي والثانية الدولار الأمريكي ، وهكذا . وعند اشتراك المستثمرين يحدد رأس المال حسب العملة

(١) المغني ، ١٩١/٥ .

المختارة .

٢ - ينبغي أن يكون نصيب البنك حصة مشاعة من الربح يتم تحديدها عند التعاقد.

من شروط صحة المضاربة أن يكون الربح حصة مشاعة بحيث يستحق كل من المضارب ورب المال جزءاً منه ، كأن يكون الربح بينهما مناصفة، أو ثلثاً لأحدهما والباقي للآخر وهكذا ، لأن المقصود من العقد هو الربح وجهالته تؤدي إلى فساد العقد. وبعبارة أخرى فليس لرب المال قصد في نفس عمل العامل ، وإنما قصده الربح وكذلك قصد العامل . لذلك كان من المناسب قسمة الربح بين المضارب ورب المال على الشيوخ ؛ ولا يجوز أن يختص أحدهما بربح مقدر^(١) .

فإذا عين المتعاقدان مقداراً محدداً لأحدهما ، أو كل الربح لأحدهما ، فلا يصح هذا الشرط ، لأن المضاربة تقتضي الاشتراك في الربح. وربما لا تحقق المضاربة إلا هذا المقدار المحدد أو أقل منه فيذهب جميعه لاحدهما دون الآخر . ذلك لأن المشاركات مبنية على العدل بين الشريكين، فإذا خص أحدهما بربح دون الآخر لم يكن ذلك عدلاً^(٢) .

(١) ابن قيم الجوزية، اعلام الموقعين، ج٢، ص٦، ابن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ج

٢ ، ص ٢٣٦ .

(٢) الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته ج٤، ص٨٥٠؛ ابن قيم الجوزية، اعلام الموقعين، ج٢، ص٦

؛ شرح منتهى الإرادات ، ج ٢ ، ص ٢١٦-٢١٧ .

ولتحقيق شرط الشيعوع في توزيع الربح ، فلا يصح كذلك أن يختص المضارب أو رب المال بربح صفقة معينة . وينبغي كذلك تحديد نصيب كل من المضارب ورب المال في الربح عند التعاقد . لأن جهالة تحديد نصيب كل منهم مدعاة إلى المنازعة عند تقسيم الربح .

٣- الخسارة في المضاربة يتحملها رب المال إلا في حالات التمدي والتقصير ومخالفة نصوص العقد.

حيث أن المضارب أمين ولا خلاف على أنه لا يضمن ماتلف من رأس المال إذا لم يتعد؛ فإن الخسارة في عقد المضاربة على رب المال وحده ولا يتحمل المضارب من الخسران شيئاً وإنما يخسر عمله وجهده^(١) . وبعبارة أخرى فإن الخسارة في شركة المضاربة على المال خاصة، وليس على العامل منها شيء^(٢) .

٤- لامانع من تغير الأنصبة في الربح تبعاً للمدة الفعلية .

يميل أكثر المستثمرين إلى تفضيل الاستثمار قصير الأجل ، ولذلك لا يربطون استثماراتهم القائمة على أساس المضاربة بمدة أطول إلا بإغراء نسبة أعلى من الربح . وقد اعتادت البنوك تفادياً للجهالة في نصيب كل طرف من الربح إعلان نسب مختلفة لتوزيع الربح تبعاً للمدد ، فيقال إن نصيب المضارب (البنك) من الربح في

(١) ابن رشد، بداية المجتهد، ج٢ ص٢٣٦؛ الزحيلي، ج٤ ص٨٣٦-٧ .

(٢) المغني، ١٤٨/٥ .

مضاربة مدتها شهر هو ٢٠٪ ، وفي مضاربة مدتها ثلاثة شهور هو ١٥٪ ، وفي مضاربة مدتها سنة ١٠٪ ... وهكذا . ولكن المشكلة التي تواجه البنوك عادة هي دخول المستثمرين في النوع الأخير ، ثم بعد مرور عدة أشهر واحتياجهم للسيولة يأتون إلى البنك راغبين في الانسحاب مما يولد إشكاليات كثيرة .

ومن جهة أخرى فإن ذلك الذي احتاط لنفسه فدخل في مضاربة مدتها شهر ظناً منه أنه ربما احتاج إليها بعد تلك المدة ، ربما ترك أمواله مستثمرة لستة أشهر أو سنة ، ولكنه سيحرم من نصيب من الربح متوافق مع المدة ، ولذلك يحاول هذا المعيار توفير قدر من الاطمئنان والعدالة بين أرباب الأموال ثم بينهم والمضارب .

لا ريب أن من شروط صحة المضاربة كون نصيب كل من المضارب ورب المال في الربح معلوماً عند العقد ^(١) .

ولكن حيث إن المضاربة من جنس المشاركات لا من جنس المعاوضات ، لذلك فإنه قد يتجاوز فيها من غرر وتردد في نسبة توزيع الربح مما لا يتجاوز به في المعاوضات . فقد جاء في الفتاوى لشيخ الإسلام ابن تيمية : « إن المضاربة من جنس المشاركات لا من جنس المعاوضات الخاصة التي يشترط فيها العلم بالعوضين والمشاركات جنس غير جنس المعاوضات ، وإن قيل أن فيها شوب

(١) انظر المادة رقم (٢) من هذا المعيار .

المعاوضة»^(١) . وذكر في القواعد النورانية بعد كلامه عن المساقاة والزراعة وأنها من جنس المشاركات لا المعاوضات ... والغرر إنما حرم بيعه في المعاوضة لأنه أكل مال بالباطل ... وهذا المعنى منتف في هذه المشاركات التي مبناها من المعادلة المحضة ليس فيها ظلم البتة لا في غرر ولا في غير غرر»^(٢) .

كما أن الحنفية نصوا على أن التردد في النسبة لا يخل بالعلم بها فقد ذكر الكاساني : " قال سماعة سمعت محمداً قال رجل دفع إلى رجل مالاً مضاربة فقال له إن اشتريت به الخنطة ، فلك من الربح النصف ولي النصف وإن اشتريت به الدقيق فلك الثلث ولي الثلثان فقال : هذا جائز وله أن يشتري أي ذلك شاء على ماسمى له رب المال لأنه خيره بين عمليين مختلفين فيجوز كما لو خير الخياط بين الخياطة الرومية والفارسية ولو دفع إليه على أنه إن عمل في المصر فله ثلث الربح وإن سافر فله النصف جاز والربح بينهما على ما شرطاً إن عمل في المصر فله الثلث وإن سافر فله النصف"^(٣) .

بناءً على ذلك فإن للبنك تحديد نسبة ربح لكل مدة يراها ، مثلاً شهر ، اثنين ، ثلاثة ... ومن تمكث أمواله من أرباب المال لأية مدة من المدد المحددة يُعطى من ربح المضاربة الفعلي ما يعادل

(١) ابن تيمية ، مجموع الفتاوى ٥٠٦/٢٠ .

(٢) القواعد النورانية ، ص ١٦٦ .

(٣) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ٩٩/٦ .

نسبتها المقررة سلفاً .

هـ- يد المضارب على أموال المضاربة يد أمانة فلا يضمن إلا بالتعدي أو التقصير.

اتفق أئمة المذاهب على أن العامل المضارب أمين فيما في يده من رأس المال ، ذلك لأنه يتصرف في المال بإذن ربه ولا يختص بنفعه^(١) .

كما أن تضمين المضارب رأس مال المضاربة ينافي مقتضى العقد ويحوله إلى قرض. وبسبب أن المضارب أمين فإنه لا يجوز أن يضمن رأس مال المضاربة إلا في حالة التعدي والتقصير. والحكم على المضارب بالتعدي يتحقق في حالة مخالفته لشروط رب المال الصحيحة ؛ كأن لايسافر بمال المضاربة أو أن لايتجر في بلد معينة^(٢) .

فإن اشترط رب المال شرطاً صحيحاً على المضارب ولم يلتزم به جاز تضمينه . فإذا اشترط رب المال على العامل أن لايبيع إلا نقدا... لم تجز مخالفته فإن فعل كان ضامناً^(٣) . فإذا فعل المضارب ما ليس له فعله، كما لو اشترى مانه عن شرائه أصبح

(١) شرح منتهى الإرادات ، ج ٢ ؛ المغني ، ١٩٢/٥ ، الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ،

ج ٤ ، ص ٨٥٣-٤ .

(٢) المغني ١٨٣/٥-١٨٤ ، ١٨٦ .

(٣) المغني ، ١٤٩/٥ .

متعدياً^(١) .

كذلك يضمن المضارب نتيجة تقصيره . ويعد المضارب مقصراً إذا لم يقوم بواجباته ومهامه التي يملئها عليه عقد المضاربة على الوجه المطلوب ، ويرجع في تحديد ذلك إلى العرف . وتجدر الإشارة إلى أن تحديد التعدي أو التقصير وإثباته من الأمور الصعبة والتي هي غالباً ما تكون مثار خلاف بين الشركاء . ولتضييق دائرة الاختلاف فيها يحسن أن يتم تحديدها وتحديد طرق إثباتها ما أمكن في العقد . فينبغي أن يفصل العقد بشكل دقيق مهام ومسؤوليات المضارب ، وكذلك ما يجوز له من أعمال وما لا يجوز .. ولا يخفى أن للسلطات الرقابية مثل المصرف المركزي دوراً كبيراً يمكن أن تقوم به في هذا الإطار .

٦- للمصرف في المضاربة الاستثمارية المطلقة حق استثمار رأس المال بالطريقة التي يراها مناسبة .

المضاربة نوعان مطلقة ومقيدة. فالمطلقة ما حررت من القيود كأن يقول له دفعت إليك هذا المال مضاربة على أن الربح بيننا. والمقيدة ما اشترط فيها رب المال على المضارب خصوص التصرف، مثل أن يشترط عليه تعيين جنس ما من السلع، أو تعيين جنس ما من البيع، أو تعيين موضع ما للتجارة، أو تعيين صنف ما من الناس يتجر معهم. والنوع الأول من المضاربة وهي المطلقة جائزة

(١) المغني، ١٦٥/٥ .

عند جمهور الفقهاء أما المقيدة فهي جائزة عند أبي حنيفة والامام أحمد بن حنبل كما جوزا أيضاً تأقيت المضاربة^(١) .

وحيث أن وظيفة المصارف الرئيسية هي الوساطة المالية، فإن المصارف الإسلامية تقوم بتعبئة موارد المودعين ومن ثم إعادة استثمارها لتمويل الأنشطة المختلفة . وهذا يقتضي دفع الأموال إلى من يقوم بالعمل فيها بغرض تنميتها وتحقيق ربح من ذلك وهذا ما يعرف عند الفقهاء بمبدأ المضارب يضارب^(٢) .

٧- يجوز للبنك في المضاربة الاستثمارية أن يقبل أموالاً من عملاء مختلفين وأن يخلطها معاً بفرض استثمارها بشروط موحدة .

تقوم فكرة المصرف الإسلامي على أساس عقد المضاربة حيث يتلقى المصرف أموال المودعين المختلفين على أن يعمل فيها، ومارزق الله من ربح يقتسمه البنك مع عملائه بحسب الاتفاق عند التعاقد . وفي كثير من الأحيان يتطلب استثمار هذه الأموال خلطها، خاصة بالنسبة لرؤوس الأموال الصغيرة . ومن هنا نشأت الحاجة إلى تنظيم عملية المضاربة من خلال عقد موحد الشروط يأذن فيه رب المال بخلط ماله بمال ارباب المال الآخرين في مضاربة

(١) ابن رشد، بداية المجتهد ، ج٢، ص٢٣٨؛ الزحيلي، الفقه الإسلامي، ج٤، ص٨٤٠؛

المغني ٥/١٨٥؛ الضرير، الغرر وأثره في العقود، ص٥١٧ .

(٢) شرح منتهى الإرادات ، ج٢، ص٢١٧-٢١٨؛ المغني ، ٥/١٥٩، ١٦٢؛ الزحيلي،

ج٤، ص٨٥٧، ٨٥٩ .

واحدة.

وقد ذهب الأحناف وبعض المالكية إلى جواز خلط الأموال في المضاربة مع البدء بالعمل في أحدهما . وهذا الخلط محمول على ماتعارفه التجار ، وهذا ما يوافق مقتضى عقد المضاربة لأنه يؤدي إلى تنمية المال ، كما أنه من أساليب استثماره^(١) .

وتجدر الإشارة إلى أن المصارف الإسلامية لا تخلط أموال أرباب المال إلا بإذنه وهذا هو الشرط الذي قيّد به الخلط. وبطبيعة الحال تتوافر لدى المصارف الطاقة الاستثمارية التي تجعلها قادرة على توظيف أكبر قدر ممكن من رؤوس الأموال المتجمعة لديها ، لذلك لا يتوقع أن يشغلها مضاربة عميل عن آخر ، لاسيما أن الأموال جميعاً تستثمر في وعاءٍ واحد. كما أن هناك ضابطاً عملياً يمنع المصارف من قبول أموال جديدة بالمضاربة، إذا كانت إمكانياتها الاستثمارية محدودة، ذلك أن قبول أي أموال جديدة سيؤثر سلباً على الأرباح الموزعة في المضاربة مما يجعل أرباب المال يتجهون إلى مضاربات أخرى أكثر ربحية.

كذلك فإن خلط الأموال بشروط موحدة يهيء للمصرف فرصة استثمار الأموال بمرونة وفعالية ، إذ أن أرباب المال في المضاربة الاستثمارية متعددون . فإذا ألزم المصرف نفسه بشروط

(١) علي محمد الصوّ ، الفوارق التطبيقية بين المضاربة في الفقه الإسلامي والمضاربة المشتركة،

دراسات ، م ١٩ (أ) العدد الأول ١٩٩٢ .

كل رب مال على حدة تعذر عليه استثمار الأموال استثماراً مجزياً.

٨- يجب أن يحدد عقد المضاربة النفقات التي تتحملها المضاربة والتي لا تتحملها وكذلك حدود مسؤولية المضارب .

تهدف هذه المادة إلى الحد من إمكانية الاختلاف والنزاع بين رب المال والمصرف إلى أدنى حد ممكن . لذا ينبغي أن يوضح العقد النفقات المرتبطة بنشاط المضاربة ارتباطاً مباشراً، مثل مصروفات النقل أو التخزين أو تكاليف التشغيل والانتاج... الخ، وتلك التي لا تتحملها المضاربة، والتي لا ترتبط بها ارتباطاً مباشراً، مثل المصروفات الإدارية التي ربما تستوعب كل أرباح المضاربة إذا تحملتها المضاربة ، كرواتب الموظفين وفواتير الكهرباء والتلفونات ... الخ .

ولا مانع كذلك من أن يحدد العقد الأعمال الواجبة على المضارب ، والتي يعد مقصراً إذا لم يؤديها على الوجه الأكمل. وهذا الشرط يقلل إمكانية النزاع التي ربما تنشأ عن عدم تحديد المسؤوليات في العقد. على أن يكون ذلك ضمن الشروط الصحيحة للمضاربة^(١) .

(١) المغني ، ١٨٦/٥ .

٩ - يجب أن لا يحمل البنك أموال المضاربة بمصروفاته الإدارية غير المباشرة .

هناك بعض المصروفات مثل رواتب الموظفين وفواتير الكهرباء والتلفونات ... الخ ، في المصارف أو ما يسمى في العرف المحاسبي بالمصروفات الإدارية ترتبط مباشرة بعمل البنك ولا يتوقف وجودها على عمليات المضاربة . فهذا النوع من المصروفات يتحمله البنك في كل الأحوال حتى وإن لم يقيم بدور المضارب . لذلك فإنه ليس من المناسب تحميل المضاربة به . وإنما يتحمله المضارب (المصرف) لعدم اقتصاره على أعمال المضاربة فقط ، بجانب أن المصرف يمكنه تغطية الجزء المتعلق منه بأعمال المضاربة من حصته في الربح .

وهذا النوع من المصروفات إذا حملنا به المضاربة ربما استوعب كل أرباح المضاربة .

ونرى أن هذا الشرط بتحمل المضارب لكافة نفقاته الإدارية غير المرتبطة مباشرة بالمضاربة يتوافق مع ما قرره الفقهاء من أن المضارب « يستحق من الربح الجزء المسمى ، فلا يكون له غيره ولأنه لو استحق النفقة أفضى إلى أن يختص بالربح إذا لم يربح سوى ما أنفقه »^(١) .

(١) المغني ، ١٥٢/٥ .

١٠- مسؤولية تحصيل ديون المضاربة تقع على المضارب سواء حقق ربحاً من عمله أو خسارة.

المضاربة عقد بين طرفين يقدم أحدهما مالاً ويقدم الطرف الثاني عملاً. وهذا التزاوج بين المال والعمل هو مظنة تحقيق الربح؛ ولذلك يستحق كلاهما جزءاً من الربح بحسب إتفاقهما. وأعمال التجارة والاستثمار وتقليب الأموال أو دفعها إلى من يضارب بها من صميم مهام ومسؤوليات المضارب. وكل ما ارتبط بذلك من شراء وتخزين ونقل أو بيع بالنقد أو نسيئة -إذا لم يمنعه رب المال- وتحصيل الديون هو أيضاً من مسؤوليات المضارب .

إن عمليات تقليب رأسمال المضاربة من شراء وبيع وما يرتبط بها من ديون للمضاربة هي علاقات تعاقدية تنشأ بين المضارب (المصرف) وعملائه، ولعلاقة لرب المال بها. لذلك لا يلزم ولا يتوقع أن تكون من مسؤوليات رب المال تحصيل هذا النوع من الديون. وبالذات إذا أخذنا في اعتبارنا علاقات العمل التجارية والمالية وخصوصاً في مجال الأعمال المصرفية، التي تحفظ للعلاقات التعاقدية تميزها وانفصالها مما يستحيل معه لرب المال (العميل) الدخول في عمليات تحصيل لديون لم يقم هو أصلاً بإنشائها.

٧

معيار الشركة المصرفية (المشاركة)

١-٧ تعاريف

٢-٧ نطاق المعيار

٣-٧ نص المعيار

٤-٧ المذكرة التفسيرية

٧ - ١ تعاريف :

- أ- الشركة : يقصد بالشركة في هذا المعيار أي عقد ينشأ بين اثنين فأكثر في رأس مال وعمل (إدارة) بغرض الربح . وهو ما يعرف عند الفقهاء بشركة الأموال .
- ب- الشركة المصرفية (المشاركة) : صيغة تمويلية مستمدة من عقد الشركة المعروف في الفقه الإسلامي ، يشترك البنك فيها مع عميل أو أكثر ، وقد جرى تسميتها بالمشاركة في العرف المصرفي المعاصر .
- ج- رأس مال المشاركة : هو مجموع المبالغ التي يساهم بها البنك وعمالته في المشاركة.
- د - ربح المشاركة : هو المبلغ الزائد على رأس مال المشاركة في نهاية مدتها والقابل للقسمة بين الشركاء .
- هـ - نظام النمر : هو طريقة حساب تساعد على تحديد حصص الشركاء ، بغرض توزيع الربح ، ويعتمد على المدد الزمنية التي تظل فيها مساهماتهم عاملة في نشاط الشركة .
- و - حصة الشريك : هي مجموع الأرصدة اليومية للشريك في حساب المشاركة خلال فترة المشاركة .
- ز- الخسارة : هي النقص الذي يظهر في رأس مال المشاركة عند

التنضيض .

- ح - نفقات المشاركة: هي النفقات التي اتفق الشركاء على تحميلها على رأس مال المشاركة قبل القسمة .
- ط - القسمة: تقاسم الربح بين الشركاء والمخالصة النهائية للمشاركة.
- ي - التنضيض: تحويل أصول المشاركة إلى نقود فعلياً بالبيع أو حكماً بالطرق المحاسبية التي تعتمد على تقويم الأصول في تاريخ محدد وإجراء القسمة بناءً على ذلك.
- ك - انقطاع الشركة: فساد عقد المشاركة لشرط قد يؤدي إلى ذهاب كل الربح لأحد الشركاء .

٧ - ٢ نطاق المعيار

- ١ - المشاركة في تمويل الأنشطة الاستثمارية التي تستهدف الربح سواء كانت تجارية أو صناعية أو عقارية أو غيرها من النشاطات المباحة شرعاً .
- ٢ - المشاركة في الشركات والمؤسسات التي تهدف إلى الربح .

٧ - ٣ نص المعيار

- ١- ينبغي أن تكون حصة كل شريك في رأس مال المشاركة قدرًا معلومًا ومحددًا، ولا يشترط فيها المساواة .
- ٢- يشترط في عقد المشاركة أن يكون رأس المال متاحًا عند تعاقد الشركاء ، بطريقة من الطرق المتعارف عليها مثل إيداعه في حساب مصرفي جارٍ .
- ٣- إذا قدم الشركاء حصصهم في شكل أعيان أو نقود مختلفة العملات قومت جميعاً بعملة واحدة لتحديد رأس مال المشاركة وحصص الشركاء .
- ٤- إذا رغب البنك أو عميله أن يكون دينه المستحق على الطرف الآخر حصة في المشاركة المصرفية، لزم أن يكون هذا الدين حالاً في تاريخ انعقاد المشاركة وأن يحسب بالقيمة الاسمية بشرط أن لا يكون ذلك الشريك المدين معسراً .
- ٥- لا مانع أن يوكل الشركاء الإدارة إلى شريك أو أكثر من بينهم أو من غيرهم .
- ٦- يترتب على انعقاد المشاركة نشوء ذمة مالية للمشاركة مستقلة عن شركائها .
- ٧- يجوز للبنك الدخول في مشاركة مع اشخاص طبيعيين أو

معنويين.

٨- يجوز توزيع الربح حسب اتفاق الشركاء أما الخسارة فيتم توزيعها بنسبة مساهمات الشركاء في رأس المال.

٩- لا يجوز اشتراط ضمان رأس المال على أحد الشركاء إلا في حالات التعدي والمخالفة للشروط .

١٠- لا يجوز تعيين ربح فترة معينة أو صفقة معينة ضمن أعمال المشاركة لأحد الشركاء، كما لا يجوز اشتراط اختصاص أحد الشركاء بمبلغ مقطوع من الربح.

١١- يجوز استخدام نظام النمر لتحديد حصص الشركاء ولتوزيع الربح والخسارة بين الشركاء في المشاركة .

١٢- لا مانع من أن تكون حصة أحد الشركاء محددة بسقف تسحب منه الشركة بحسب احتياجاتها .

١٣- يجوز الاتفاق في عقد المشاركة على أن يشتري العميل حصة البنك تدريجياً خلال مدة متفق عليها تؤول بعدها ملكية موجودات المشاركة بالكامل إلى العميل .

١٤- إذا تضمن عقد المشاركة نصاً يتعلق بشراء الشريك لحصة البنك خلال مدة متفق عليها لزم أن يترك التعاقد على البيع إلى وقت لاحق .

١٥- لآمانع من النص في عقد المشاركة على أن البنك يبيع حصته
بشمن محدد في تاريخ معين بشرط أن يكون الشريك غير
ملزم بالشراء .

٧ - ٤ المذكرة التفسيرية

١- ينبغي أن تكون حصة كل شريك في رأس مال المشاركة قدرًا معلومًا ومحددًا، ولا يشترط فيها المساواة.

يشترط أن تكون حصة كل شريك في رأس مال الشركة معلومة قدرًا وصفة، وذلك لنفي الجهالة المفضية إلى النزاع^(١). لأن عدم تعيين وتحديد حصة كل شريك يؤدي بالتبعية إلى جهالة رأس مال المشاركة الذي يشترط العلم بمقداره لصحة المشاركة. وتحديد حصة كل شريك تحقق إمكانية الرجوع إليها عند التصفية والقسمة أو عند الفسخ، إذ لا بد من الرجوع إلى رأس المال الذي يتكون من حصص الشركاء عند التصفية ليعلم الربح أو الخسارة ولا يمكن ذلك مع الجهل بحصص الشركاء.

من أجل هذا فقد نص الحنابلة على عدم جواز كون رأس المال مجهولاً أو جزافاً أو غائباً أو ديناً إلا إذا كان الدين في معنى الحضور، مثل لو قال أقبض ديني الذي على فلان وأعمل به^(٢).

ولا يشترط تساوي المالين في القدر^(٣). فيجوز أن يكون مال أحد الشريكين أكثر من الآخر، كما يجوز أن يكون

(١) انظر شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص٢٠٨.

(٢) المغني، ١٢٧/٥؛ د. صالح بن زابن المرزوقي، شركة المساهمة في النظام السعودي، ص٨٦.

(٣) المغني، ١٢٧/٥.

أحدهما مسؤولاً عن الشركة والآخر غير مسؤول^(١) .

وقد نص على ذلك في شرح منتهى الإرادات: " (وهي) أي شركة العنان (أن يحضر كل) واحد... (من ماله) ... (نقداً).... (أو) كان النقد (من جنسين) كذهب وفضة (أو) كان (متفاوتاً) بأن احضر أحدهما مائة والآخر مائتين (أو) كان (شائعاً بين الشركاء إن علم) منهم (قدر ماله) كما لو ورثوه، لأحدهم النصف وللآخر الثلث وللآخر السدس واشتركوا فيه قبل قسمته" ^(٢) .

٢- يشترط في عقد المشاركة أن يكون رأس المال متاحاً عند تعاقد الشركاء ، بطريقة من الطرق المتعارف عليها مثل إيداعه في حساب مصرفي جار .

ومن شروط رأس مال الشركة أن يكون عيناً حاضرة عند العقد أو عند الشراء. واشترط احضار رأس المال عند العقد لتقدير العمل وتحقيق الشركة لأنه لا بد من الرجوع برأس المال ولا يمكن مع جهله. فلا يجوز أن يكون رأس المال مجهولاً ولا جزافاً ولا ديناً ولا مالاً غائباً، لأن المقصود من الشركة الربح، وذلك بواسطة التصرف، والتصرف لا يمكن في الدين ولا في المال الغائب، فلا يتحقق المقصود من الشركة، ولأن المدين قد لا يدفع الدين وربما لا يحضر المال الغائب^(٣) .

(١) الزحيلي، الفقه الإسلامي، ج٤، ص٧٩٧ .

(٢) شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص٢٠٨ .

(٣) المغني، ١٢٧/٥؛ شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص٢٠٨؛ الزحيلي، الفقه الإسلامي، ج٤،

ومع إن حضور رأس المال من جميع الشركاء عند العقد شرط في المذهب الحنبلي، لكنهم أجازوا ما في معنى الحضور، مثل لو قال أقبض ديني الذي على فلان أو وديعتي من زيد ثم ضارب به أو بها^(١).

لذا فإن هذا النص يشترط أن يكون رأس مال المشاركة متاحاً للتصرف لأغراض المشاركة لتحقيق مقصودها عند التعاقد أو عند الشراء. وإيداع رأس مال المشاركة في حساب جارٍ لدى المصرف يحقق تماماً هذا الغرض. وهذا يتيح للشركاء أو لمن يعينونه مديراً للمشاركة السحب من هذا الحساب في أي وقت شاء لتنفيذ وإجراء عمليات المشاركة من شراء أو دفع لمصروفات مرتبطة بالمشاركة... الخ. وبهذا فإن إيداع رأس مال المشاركة في حساب جارٍ يحقق شرط حضور رأس المال تحقيقاً كاملاً، فهو يجعل رأس المال متاحاً للتصرف.

وتجدر الإشارة إلى أن المصارف هي اليوم الجهات التي تعارف الناس على وضع أموالهم فيها لما يجدون من سهولة وتلقائية في التصرف فيها، وإن كانت مودعة في حساب جارٍ في المصرف، فهي متاحة للسحب الجزئي أو الكلي متى شاءوا؛ بجانب ما يجدونه من أمن وسلامة في حفظ تلك الأموال.

(١) صالح بن زابن المرزوقي، شركة المساهمة في النظام السعودي، ص ٨٦.

٣- إذا قدم الشركاء حصصهم في شكل أعيان أو نقود مختلفة العملات قومت جميعاً بعملة واحدة لتحديد رأس مال المشاركة وحصص الشركاء.

الأصل أن يكون رأس مال الشركة نقوداً ، وأجيز استثناءً أن يكون أصولاً مقومة بالنقود عند التعاقد . وفي رواية يجوز عند الحنابلة جعل رأس مال الشركة عروضاً على أن تجعل قيمتها وقت العقد رأس مال فيرجع الشريك عند المفاصلة بقيمة ماله عند العقد ^(١) .

وتصح الشركة في الدراهم والدنانير (النقود) وذلك أنها قيم المتلفات وأثمان المبيعات ^(٢) .

ومع جواز المشاركة بالدراهم والدنانير إلا أن هذا النص يشترط تقويمها بعملة واحدة بغرض تيسير عملية المحاسبة والقسمة عند التصفية، وبجانب هذا فإن رضا الشركاء ومعرفتهم لهذا الشرط مدعاة لقبوله إذ أن تقويم مساهمات الشركاء، بإفترض أنها من غير عملة المشاركة، يتم بسعر يومه.

ومن أهم الأسباب لاشتراط توحيد عملة رأس مال المشاركة هو خوف انقطاع الشركة إذا تم اعتماد مساهمات الشركاء في رأس المال بعملات مختلفة وكان عمل المشاركة بعملة واحدة. لأن ذلك يقتضي عند القسمة ارجاع عملة رأس مال المشاركة إلى أنواعها

(١) المغني، ١٢٥/٥ .

(٢) انظر: شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص٢٠٨ .

الأولى فإذا زادت قيمة بعض أنواع هذه العملات ورخصت أخرى فيؤدي ذلك إلى أن تستوعب العملات التي غلا سعرها جميع أرباح المشاركة أو بعض قيمة العملات التي رخصت.

ولعل هذا من بعض الاسباب التي حدثت بالامام مالك منع الشركة مع اختلاف المالمين كأن يقدم أحدهما دراهم والآخر دنانير. " (قال) ابن القاسم قال مالك في الشريكين يخرج أحدهما دراهم والآخر دنانير ثم يشتركان بها أنه لاخير في ذلك (قلت) ولا تجوز الشركة في قول مالك بالدرهم من عند هذا والدنانير من عند هذا (قال) لا تجوز عند مالك (قلت) وأصل قول مالك في الشركة أنها لا تجوز إلا أن يكون رأس مالها نوعاً واحداً من الدراهم والدنانير ^(١) .

٤- إذا رغب البنك أو عميله أن يكون دينه المستحق على الطرف الآخر حصة في المشاركة المصرفية، لزم أن يكون هذا الدين حالاً في تاريخ انعقاد المشاركة وأن يحسب بالقيمة الاسمية بشرط أن لا يكون ذلك الشريك المدين معسراً.

كما سبق الإشارة فإن المذهب الحنبلي قد أجاز ما في معنى الحضور فيما يتعلق برأس المال، كما لو قال قبض ديني الذي على فلان وتعلقت المشاركة على حدوث ذلك القبض ^(٢) . وكذلك لو

(١) المدونة الكبرى، ج ٤، ص ٣٥ .

(٢) المغني، ١٩٠/٥-١٩١؛ صالح بن زابن المرزوقي، شركة المساهمة في النظام

السعودي، ص ٨٦ .

وفي الدين وسلم للمضارب أو للشركة جاز^(١) .

وبهذا فإنه لا مانع أن تنعقد المشاركة المصرفية على أن تكون مساهمة البنك أو العميل ديناً في ذمة الطرف الآخر بشرط أن يكون هذا الدين حالاً عند انعقاد المشاركة. لأن عدم حلول الدين يعني امتناع قبضه مما تفسد معه المشاركة لغياب حضور حصة أحد الشركاء في رأس المال عند انعقادها. وكذلك يجب اعتبار القيمة الاسمية للدين ولا يجوز غير ذلك لشبهة الربا المرتبطة بزيادة قيمة الدين لعله انظرني أزدك ، أو المرتبطة بانخفاض قيمة الدين بسبب الحسم (خصم الأوراق التجارية).

وتحرزاً من فساد المشاركة بسبب غياب رأس المال أو جزءاً منه أو عدم قبضه وعدم حضوره لتصرف الشركاء فقد اشترط هذا النص قدرة وملاءة الشريك المدين حتى يتمكن من تسديد دين شريكه الدائن ليمثل حصته في رأس مال المشاركة.

٥ - لآمانع أن يوكل الشركاء الإدارة إلى شريك أو أكثر من بينهم أو من غيرهم .

الشركة هي الاجتماع في استحقاق أو تصرف^(٢) . وشركة الأموال هي اشتراك اثنان أو أكثر في مال أو عمل ومارزق الله من ربح يوزع بينهم . ولا يشترط فيها التساوي في المال ولا في

(١) الزحيلي، الفقه الإسلامي، ج٤، ص ٨٤٥ .

(٢) المغني، ١٠٩/٥ .

التصرف^(١) .

لذلك لأي من أطراف المشاركة توكيل الشركاء الآخرين أو بعضهم أو غيرهم بالإدارة طالما لا يشترط في المشاركة تساويهم في العمل . والمعلوم جواز الوكالة ، كما أن النظر يقتضيها^(٢) .

٦ - يترتب على انعقاد المشاركة نشوء ذمة مالية للمشاركة مستقلة عن شركائها.

نشوء ذمة مالية للشركة أو المشاركة مستقلة عن الشركاء أو ما يعرف بالشخصية المعنوية أو الاعتبارية وكذلك فكرة المسؤولية المالية المحددة برأس مال الشركة أو المشاركة، هما مفهومان جديان أملاهما الواقع وتطورات الحياة التجارية والمالية والعلاقات التعاقدية المعقدة وماتج عنها من مؤسسات مالية ضخمة تساهم فيها أعداد كبيرة من الأشخاص بحصص مالية صغيرة نسبياً.

ولم تتوفر حتى الآن على هذا المفهوم المستحدث بأبعاده القانونية ندوات أو مؤتمرات فقهية بغرض دراسته واتخاذ الموقف الإسلامي المناسب تجاهه. وإن لم يخل الموضوع من دراسة منفردة هنا أو هناك في محاولة لاستكشاف جوانبه والحكم له أو عليه .

ومن هذه الدراسات من قبل مفهوم الشخصية المعنوية وما يترتب عليه من آثار بما في ذلك المسؤولية المالية المحدودة

(١) الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، ص ٧٩٧ .

(٢) المغني ، ٢٠٢/٥ .

للشخصية المعنوية. وفرقت بعض الدراسات الأخرى بين الشخصية المعنوية التي رأت قبول الفقه الإسلامي لها وبين الآثار المترتبة عنها، فرفضت هذه الآثار ورجحت مصادمتها لروح الفقه الإسلامي وعدالته.

وتجدر الإشارة إلى أن القانون المدني المصري والقانوني المدني السوري وقانون الشركات الاردني والقوانين العربية الاخرى قد اعترفت بالشخصية المعنوية واعترفت بأن لها ذمة مستقلة عن ذمم الشركاء واسم وموطن وجنسية^(١). وكذلك يقر النظام السعودي الشخصية المعنوية فقد نصت على ذلك المادة (١٣) من نظام الشركات " فيما عدا شركة المحاصة تعتبر الشركة من وقت تأسيسها شخصياً اعتبارياً^(٢) .

وفي محاولتنا لاستجلاء خصائص هذا المفهوم ومدى موافقته لمبادئ الفقه الإسلامي فسوف يُكرس الجهد لتحديد معنى الشخصية المعنوية ومن ثم عرضها على الأحكام الفقهية في ضوء بدهيات هذه الأحكام والبراءة الاصلية وأيضاً في ضوء الكتابات والدراسات المعاصرة التي تناولت هذا الموضوع بالبحث والتمحيص.

وتعني الشخصية المعنوية اعتبار الشركة شخصاً معنوياً

(١) د. عبدالعزيز الخياط، الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي. ج ١، ص ٢١٠ .

(٢) الغرفة التجارية الصناعية، الشركات وأنواعها، جدة: وحدة النشر والتوزيع، ط ٢

١٤٠٢هـ = ١٩٨٢م، ص ١١؛ محمد حسن الجبر، القانون التجاري السعودي، الرياض

١٤٠٢هـ = ١٩٨٢م، ص ١٦٩-٧٠ .

مستقلاً عن اشخاص الشركة أو المساهمين فيها ولها ذمة مالية خاصة منفصلة عن المساهمين فيها، أي أن يكون للشركة وجودها المستقل عن الافراد الطبيعيين المكونين لها وقدرتها على أن تكون لها حياة قانونية يترتب عليها أن تكسب حقوقاً وتلتزم بواجبات، ويكون لها موطن خاص وجنسية معينة.

ومفهوم الشخصية المعنوية يلميه الواقع وهو نابع من المجتمع الذي نعيش فيه؛ فالمؤسسات الحكومية والوزارات والجامعات أو المشروعات الاقتصادية ليست اشخاصاً ولكنها بالرغم من ذلك حقيقة قائمة وذات وجود محسوس ومتميز . ومع أن مفهوم الشخصية المعنوية بأبعاده القانونية والآثار المترتبة عليه هو مفهوم مستحدث ولم يعرفه الفقهاء بهذا الاسم إلا أن أصل هذا المفهوم ومعناه يعرفه الفقه الإسلامي، وقد جعل الفقهاء لما لا يعقل ذمة ويظهر ذلك في بيت المال والمسجد والوقف، وما يترتب من أحكام فقهية في هذه المؤسسات ليست قائمة على الذمة وأهلية الوجوب^(١).

وهناك من يرى أن فكرة الشخصية المعنوية ليست فكرة غريبة عن الفقه الإسلامي بل إن أساسها ورد في أقوال فقهاء المذاهب الإسلامية وقد عبر الفقه الإسلامي عن هذا الأساس والمعنى

(١) مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ج٣، ص٢٥٦-٨؛ يوسف عبدالمقصود: أحكام الشركات في الفقه الإسلامي المقارن، ص١٠؛ سلام مذكور: المدخل للفقه الإسلامي ومصادره ونظرياته، ص٤٤١؛ عبدالعزيز الحياط، الشركات، ج١، ص٢١٣ .

قبل أن يصل اليه فقهاء القانون الوضعي^(١).

والاعتراف بمفهوم الشخصية المعنوية والقول به قد استدعته الحاجة إلى أعداد هائلة من الاشخاص لإنشاء مؤسسات مالية أو شركات في عالم اليوم، وحاجة هذه المؤسسات والشركات إلى رؤوس الأموال الضخمة التي لا يستطيع تجميعها افراد قلائل من الناس، وإنما تحتاج إلى دولة أو أعداد كبيرة من المساهمين. ومعلوم أن هذا النوع من الشركات لم يكن موجوداً خلال اوج عظمة المجتمع المسلم وإزدهاره العلمي، لذلك نجد أن الفقهاء لم يتعرضوا لمناقشة الروابط والعلاقات التي تجمع هذه الأعداد الضخمة من الناس تحت مظلة مالية واحدة تستهدف الربح أو غيره من متطلبات المجتمعات وعمارة الارض من تعليم كما في حالة الجامعات أو علاج كما في حالة المستشفيات... الخ^(٢).

ولعل أهمية الشخصية المعنوية وضرورتها للمجتمعات المعاصرة تكمن في أنها:

أ- تنظم وتسهل معاملات المؤسسات المدنية أو المالية والشركات وغيرها مع عملائها المختلفين. فالانفع والافضل للعميل التعامل مع شخص اعتباري محدد ومعروف بدلاً من مطالبته أن يتعامل مع مجموع مساهمي هذه المؤسسات، الأمر الذي قد يتعذر

(١) السيد علي السيد، الحصة بالعمل بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، القاهرة:

المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية ص ٥٧، ٦٦-٧.

(٢) انظر: عبدالعزيز الخياط، الشركات، ج ١، ص ٢١٢-٣.

معه جمعهم كلهم في وقت واحد له كيفما كان هذا التعامل إقتصادي أو قانوني أو غيره.

ب - تجعل قيام المؤسسات المالية وشركات المساهمة الضخمة ممكناً بما تتطلبه من رؤوس أموال هائلة يتعذر على فرد أو أفراد قليلين جمعه.

ج - إذا تم رفض هذا المفهوم فما هو البديل الذي في ضوئه تتحدد علاقة العملاء بالشركات والمؤسسات وكيف تنتظم علاقاتهم الحقوقية والقانونية واختلافاتهم.

وفيما يتعلق بإنشاء ذمة مستقلة للمؤسسة أو الشركة، فنكاد نجزم بأن ليس هناك نص من كتاب أو سنة يمنع من أن تكون للشركة ذمة مستقلة ولكنها دون ذمة الشخص الطبيعي. والذمة في القانون هي الحقوق والالتزامات المالية الموجودة أو محتملة الوجود لشخص معين. وعلى هذا فإن ذمة الشركة أو المؤسسة في الشريعة وصف يقوم بالشركة أو المؤسسة وتجعلها أهلاً للالتزام والالتزام في الحقوق والواجبات المالية^(١).

وقد يعود الاعتراض الشرعي على تبني مفهوم الشخصية المعنوية ذات الذمة المالية المستقلة في أن مفهوم الذمة المستقلة للشركة عن المساهمين فيها، قد يحول بين دائني الشركة وحقوقهم ولا تتعدى مطالبتهم إلى المساهمين. فكأن هذا المفهوم قد حمى

(١) انظر: عبدالعزيز الخياط، الشركات، ج ١ ص ٢٢٣ .

المساهمين من مطالبة دائني الشركة بمستحققاتهم لديها في حالة الإفلاس ومن ثم ضياع هذه الحقوق. وقد يبدو هذا الاعتراض من النظرة الأولية مقبولاً. ولكن في الحقيقة فإن الذي حال بين الدائنين ومستحققاتهم لدى الشركة ليس هو مفهوم الشخصية المعنوية ذات الذمة المستقلة وإنما هو إفلاس الشركة.

واحتمال ضياع مستحقات الدائنين لدى مدينيهم عند إفلاس الأخيرين بأن تكون الديون التي عليهم أكثر من أموالهم، متحقق حتى في حالة الاشخاص الطبيعيين. فلو أعلن شخص طبيعي أفلاسه فسوف يؤدي هذا إلى أن يخسر دائنوه بعضاً من ديونهم لديه. فضياع مستحقات الدائنين على الشركات في حالة الإفلاس ليس يعود لمفهوم الشخصية المعنوية. وإنما يعود بالأصالة إلى المخاطر التجارية أو الإدارية أو غيرها والتي تحف العمل التجاري والاستثماري من جوانبه المختلفة، وربما أدت إلى إعلان الاشخاص الطبيعيين أو المعنويين إفلاسهم.

لذلك فإنه لا يترتب على إفلاس الشركة إفلاس المساهمين فيها، لأن إفلاسهم يتعلق برأس مالها ولا يتعلق بأموال الشركاء المساهمين خاصة^(١).

كما اسلفنا فإن الشخصية المعنوية تجعل للشركة شخصية وذمة منفصلة تماماً عن المساهمين فيها. وبذلك يصبح ما يقدمه

(١) صالح بن زابن، شركة المساهمة أشخاص في النظام السعودي؛ ص ٢٢١-٢٢٠.

الشركاء من مساهمات مالية في رأس مال الشركة داخلاً في ذمة الشركة وملكاً لها، ويتجرد الشريك من حصته المقدمة ولا يكون له فيها إلا حق الحصول على أرباحها في أثناء استمرار نشاط الشركة وأخذ نصيبه من موجوداتها عند انحلالها أو تصفيتها، وكذلك تصبح ذمة الشركة موضوع الضمان العام لدائنها^(١).

كما أن الشركة هي التي تدير هذه الأموال في النشاط المحدد كما يبينه عقد التأسيس والنظام الأساسي للشركة والذي يحدد ويفصل أغراض الشركة وأعمالها^(٢). وليس للمساهم - منفرداً - المقدرة على اختيار مدير للشركة ولاتوجيه نشاطها أو التأثير على قرارات الشركة الاستثمارية.

ولعل هذا ما يبرر عدم مسؤوليته أو مطالبته بتسديد ديون الشركة في حالة زيادتها عن مال الشركة. وتحديد مسؤولية الشركاء فقط بقدر حصصهم في رأس مال الشركة معتبر في الفقه الإسلامي وجائز كما هو معتمد في شركة المضاربة، فإننا نجد أن رب المال لا يسأل إلا بمقدار ما قدم لشركة المضاربة من رأس مال، وهو غير مسؤول عن ديون الشركة إذا تجاوزت رأس المال الذي قدمه^(٣).

(١) عبدالعزيز الخياط، الشركات، ج١، ص٢٢٣-٤.

(٢) بروفيسور محمد هاشم عوض، دليل العمل في البنوك الإسلامية، ص١٤.

(٣) عبدالعزيز الخياط، الشركات، ج٢، ص٢١٠.

بناءً على المناقشة السابقة فيمكن وجرياً مع مقتضيات المصلحة العامة أن تُعطى الشركة تبعاً لنوعها شخصية معنوية، وتكون لها ذمة مستقلة ووجود مستقل، فيكون لها اسم وموطن وجنسية ويترتب عليها مسؤولية^(١). ولعل هذا القبول لمفهوم الشخصية المعنوية تدعمه القواعد الشرعية العامة جرياً مع المصالح المعتبرة؛ وحيثما وجدت المصلحة فثم شرع الله.

ولانعلم بلداً مسلماً معاصراً رأى من المصلحة أو بالإمكان إلغاء فكرة محدودية المسؤولية في الشركات الكبرى ذات المالكين الكثر والقول بمنع ذلك يعني القول بوجوب تفكيك الشركات الكبرى المساهمة . ومفهوم الشخصية المعنوية لا يصادم نصاً من كتاب أو سنة والمصلحة والضرورة تقضي به لتستقيم معاملات الناس . فالأصل في الأشياء الإباحة . قال تعالى : ﴿ هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعاً ... الآية ﴾^(٢) . وقال تعالى ﴿ قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده والطيبات من الرزق.. الآية ﴾^(٣) . وأصل التشريع رفع الحرج واليسر بالناس . قال تعالى ﴿ ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج ﴾^(٤) . وقال تعالى ﴿ يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر ﴾^(٥) .

(١) الخياط، الشركات، ج١، ص ٢٢١ .

(٢) البقرة، آية ٢٩ .

(٣) الأعراف، الآية ٣٢ .

(٤) المائدة، آية ٦٤ .

(٥) البقرة: آية ١٨٥ .

٧ - يجوز للبنك الدخول في مشاركة مع أشخاص طبيعيين أو معنويين.

البنك بحكم تكوينه القانوني هو شخصية معنوية. وفي ضوء مناقشتنا السابقة لمفهوم الشخصية المعنوية خلصنا إلى اعتماد هذا المفهوم لتكون بموجبه للشركة أو المؤسسة ذمة مالية مستقلة لها أهلية قانونية، تمنحها حق التقاضي مدعيا كانت أو مدعى عليه، وتعبر عن إرادتها من خلال نائب^(١).

وهذه المعاني تمنح الشركة الحق في ممارسة مختلف الأعمال بحسب نظامها الأساسي. فلها أن تحترف التجارة وتشتري وتبيع كما يمنحها ذلك حق الدخول مع الآخرين في مختلف العقود من مضاربة أو مشاركة أو إجارة.. الخ.

فالشركة ذات الشخصية المعنوية لها نفس مؤهلات الشخص الطبيعي فيما يتعلق بممارسة الأعمال والأهلية، فتستطيع أن تكسب الحقوق وأن تمارسها، ولها حق التقاضي، كما لها صفة التاجر إذا مارست التجارة، على أن الشركة لا روح لها ولا عواطف. وهذا المفهوم يعطي الشركة الحق للدخول في مشاركة مع أشخاص طبيعيين أو أشخاص معنويين مثلها.

(١) الخياط، الشركات، ج١، ص ٢٢٢ .

٨ - يجوز توزيع الربح حسب اتفاق الشركاء أما الخسارة فيتم توزيعها بنسبة مساهمات الشركاء في رأس المال.

من المقرر عند الحنفية والحنابلة في الفقه الإسلامي عند بعض الفقهاء جواز تقسيم الربح في الشركة بحسب ما يتفق عليه المتعاقدون ولو اختلف عن حصصهم في رأس المال . وقد نص المغني صراحة على ذلك : « الربح في جميع أنواع الشركات يقسم بين الشريكين بحسب ما يتفق عليه المتعاقدان من مساواة أو تفاضل إذا كان النصيب جزءاً مشاعاً كثلث الربح أو نصفه أو نحوهما . وإذا أطلقا في شركة العنان قسم الربح على قدر المالين » ^(١) .

أما الخسارة في شركة العنان فتقسم بين الشركاء بحسب حصصهم في رأس المال وذلك باتفاق جمهور الفقهاء . ولا يجوز توزيع الخسارة بين الشركاء بحسب اتفاقهم إن كان هذا الاتفاق يؤدي إلى أن يتحمل أحد الشركاء من الخسارة أكثر من نسبة حصته في رأس المال . وذلك عملاً بقاعدة «الربح على ما شرط، والوضيعة على قدر المالين» ^(٢) . واشتراط أحد الشركاء تحميل الشريك أو الشركاء الآخرين نسبة من الخسارة أكبر من قدر ماله أو أموالهم، شرط فاسد، ويعد مثل هذا الشرط فاسد وغير مفسد للشركة " .

(١) المغني: ١٤١/٥ .

(٢) الزحيلي، الفقه الإسلامي، ج٤، ص٧٩٧ .

وهكذا نرى أنه ليس من مانع في المشاركة المصرفية أن يتم توزيع الربح فيها حسب اتفاق المصرف مع العميل أما الخسارة فتقسم بحسب حصصهم في المشاركة.

٩- لا يجوز اشتراط ضمان رأس المال على أحد الشركاء إلا في حالات التعدي والمخالفة للشروط .

تقوم شركة العنان على تساوي الشركاء في الواجبات والحقوق والتصرفات. لذلك لا ينبغي أن ينفرد أحد الشركاء بميزة تكون على حساب شريكه إلا ميزة تمنحها طبيعة عقد الشركة بحسب الشروط الصحيحة غير الفاسدة أو المفسدة للعقد^(١) . لذلك فإنه لا يجوز أن يشترط أحد الشركاء على الشريك الآخر ضمان حصته في رأس المال أو جزءٍ منها. فمثل هذا الشرط شرط فاسد لا يعتد به ويعتبر لغوا في حالة سريان العقد^(٢) .

وفي رواية في المذهب الحنبلي قيل إن اشترط ما ليس من مصلحة العقد ولا مقتضاه ، مثل أن يشترط على العامل في المضاربة ضمان المال يؤدي إلى فساد العقد^(٣) . وتجدر الإشارة إلى أنه في المذهب الحنبلي يعد الحكم في أثر الشروط الفاسدة في عقد الشركة، كحكمها في المضاربة سواء^(٤) . وإن ضمان أحد الشركاء

(١) شرح منتهى الإرادات، ج٤، ص٢٠٧-٨، ٢١٣ .

(٢) شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص٢١٣، الزحيلي، الفقه الإسلامي، ج٤، ص٨٥٤ .

(٣) المغني، ١٨٧/٥ .

(٤) المغني: فهرس أ-ش، ص٤٧٩ .

لحصة شريك أو لجزء منها هو من الشروط الفاسدة على رأي الحنفية والحنابلة أو المفسدة للعقد على رأي المالكية والشافعية وقول عند الحنابلة، لان مثل هذه الشرط يتنافى مع طبيعة العقد^(١).

ولعل السبب في عدم جواز ضمان حصة أحد الشركاء في المشاركة يعود إلى أن هذا الشريك المضمونة حصته يتحول عملياً إلى مقرض للمشاركة أو للشركاء الآخرين، فيكون بما يأخذه فوق رأسماله عين الربا.

١- لا يجوز تعيين ربح فترة معينة أو صفقة معينة ضمن أعمال المشاركة لأحد الشركاء، كما لا يجوز اشتراط اختصاص أحد الشركاء بمبلغ مقطوع من الربح.

أن تحديد ربح معين أو اختصاص أحد الشركاء بمبلغ مقطوع من الربح أو اختصاصه بصفقة معينة يؤدي إلى انقطاع الشركة ويدخل ضمن الشروط التي تعود على الربح بالجهالة مما يفسد معها العقد، لتفويتها -اي الشروط- المقصود من عقد الشركة. وكل شرط يعود بجهالة الربح يعد مفسداً للشركة كشرط درهم لزيد الاجنبي والباقي من الربح لهما، أو اشتراط ربح ما يشتري من قمح لأحدهما وما يشتري من الثياب للآخر، أو لاحدهما ربح هذا الكيس وللآخر ربح الكيس الآخر. فتفسد الشركة بذلك لافضائه إلى جهل حق كل منهما من الربح أو فواته. ولأن الجهالة تمنع من التسليم

(١) الزحيلي، الفقه الإسلامي، ج٤، ص٨٥٤-٥.

فتفضي إلى التنازع^(١) .

وتعد المضاربة أو الشركة التي دخلها شرط يعود على الربح بالجهالة فاسدة: كأن يشترط ل أحد الشريكين دراهم معلومة من الربح، أو ربح أحد الكسبين، أو جزءاً من الربح لأجنبي، أو أن يختص أحدهما بربح دون الآخر^(٢) .

وكذلك فإن تعيّن ربح ل أحد الشركاء كعشرة أو مائة، كانت الشركة فاسدة؛ لان العقد يقتضي تحقيق الاشتراك في الربح، ومن الجائز ألا يتحقق الربح إلا في العقد المعين ل أحد الشريكين، فكان التعيين منافياً لمقتضى عقد الشركة^(٣) .

II - يجوز استخدام نظام النمر لتحديد حصص الشركاء ولتوزيع الربح والخسارة بين الشركاء في المشاركة .

يقوم نظام النمر على الأخذ في الاعتبار المدة الزمنية التي تمضيها الوحدة من النقود في عمليات المشاركة. فالمشارك الذي يساهم بمبلغ ١٠٠٠ ريال مثلاً لمدة عام يستحق نصيباً من الربح أكثر من المشارك الذي يضع مبلغ ١٠٠٠ ريال أخرى ولكن لمدة ستة أشهر مثلاً.

(١) شرح منتهى الإيرادات، ج٢، ص٢١٣ .

(٢) المغني، ١٨٦/٥ .

(٣) الزحيلي، الفقه الإسلامي، ج٤، ص٨٠٥ .

واعتماد نظام النمر لتقسيم الأرباح في العمل المصرفي الإسلامي أملت ضرورة العملية ومقتضيات العدالة والاسس السليمة لتقسيم الربح بطريقة منصفة. ولقد تبنت المصارف هذا النظام لتكفل مرونة عالية لعمالها للمساهمة في المضاربة أو المشاركة في اي وقت خلال السنة وكذلك لاتاحة الفرصة لهم للإنسحاب في أي وقت يشاؤون.

فمثلاً إذا ساهم عميل بمبلغ ٥٠٠ ريال من بداية العام واستمر هذا المبلغ الى نهاية السنة المالية فإنه يستحق نصيباً من الربح مساوياً لمبلغ ١٠٠٠ ريال يقدمه عميل آخر لمدة ستة أشهر فقط في نفس المشاركة أو المضاربة، وحيث أن المبلغ الأول مكث لمدة ١٢ شهراً في المشاركة ومكث المبلغ الثاني لمدة ستة أشهر، فإن حساب الحصتين باستخدام نظام النمر بغرض توزيع الربح يكون كالتالي:

$$\text{حصة العميل الأول} = ١٢ \times ٥٠٠ = ٦,٠٠٠$$

$$\text{حصة العميل الثاني} = ٦ \times ١٠٠٠ = ٦,٠٠٠$$

$$\text{مجموع الحصص} = ١٢,٠٠٠$$

وكما نرى فإن نظام النمر يمثل طريقة حسابية تمكن من قسمة الربح بدقة كما أنه يحقق العدالة ويتفق مع طبيعة المشاركة التي تتطلب قسمة الربح على قدر المالكين إذا اطلق الربح ولم ينص عليه

في العقد (١) .

١٢- لإمانع من أن تكون حصة أحد الشركاء محددة بسقف تسحب منه الشركة بحسب احتياجاتها .

في التطبيق العملي للمشاركة المصرفية يتم فتح حساب خاص بالمشاركة تودع فيه حصص الشركاء؛ فتوضع فيه حصة العميل النقدية، وتكون حصة البنك سقفاً مصرفياً متاحاً للسحب .

وتجدر الإشارة إلى أن المشاركة قد لا تستخدم كامل حصة البنك المحددة في شكل سقف لذلك فإن نصيب البنك من الربح سوف يتم تحديده على قدر ماله المستخدم فعلاً في المشاركة ، الأمر الذي تفره قواعد المعاملات في الفقه الإسلامي وتقتضيه العدالة والمساواة . حيث أن القسمة في الشركة تكون على قدر مال الشريك ، وإن كانت حصته المتفق عليها في رأس المال غيرها .

جاء في المدونة : (قال) سئل مالك عن رجلين اشتركا أخرج هذا ألفاً وخمسمائة درهم وأخرج صاحبه خمسمائة وقال لي ألف درهم في مكان كذا وكذا ، فأقام أحدهما وهو الذي له ألف وخمسمائة وخرج الذي كانت ألفه غائبة إلى الموضع الذي فيه الألف التي زعم أنها له هناك ليجهز بجميع المال على صاحبه فلم يقدر على ألفه التي زعم أنها هناك فاشترى بالألفين تجارة (قال) قال مالك أرى أن لكل واحد من الربح قدر رأس ماله ولم ير لصاحب

(١) المغني ، ١٤١/٥ .

الألف الغائبة في الشركة إلا قدر الخمسمائة التي أخرج" (١).

وتقوم المشاركة بتنفيذ أعمالها من خلال هذا الحساب. فعندما تشتري المشاركة أو تدفع مصروفات فإنها تسحب من هذا الحساب. وإذا حصلت المشاركة على إيرادات من مبيعاتها فإن هذه الإيرادات تودع وتفيد في هذا الحساب أيضاً.

وتجدر الإشارة إلى أن هذا الحساب يتم فتحه في البنك والذي هو أحد أطراف المشاركة. وبحكم طبيعة عمل المصرف فإن المبالغ المودعة في هذا الحساب تختلط مع المبالغ الأخرى في الوعاء المالي للبنك مما يتعذر معه تمييزها أو إفرادها في صرة معينة. والمعلوم أن تيسير عمليات الايداع في البنوك بلغت حداً يمكن العميل من الايداع في حسابه لدى فرعه من أي فرع من فروع البنك. لهذا فإن البنك قد يفيد من هذه الإيرادات المودعة في حساب المشاركة؛ علماً بأنه لا يحق للبنك الشريك تحقيق ميزة إضافية أو ربح لنفسه من هذه الإيرادات من دون شريكه العميل.

ولتجاوز هذه المشكلة ، لاسيما أنه لا يمكن عملياً الحيلولة دون استخدام البنك لهذه المبالغ، كان لابد وتحقيقاً للعدالة، حتى لا يتضرر العميل شريك البنك، من اعتبار هذه المبالغ مسحوبة من حصة البنك في المشاركة. وهذا يؤدي إلى انقاص نمr البنك بغرض توزيع الربح مما يترتب عليه أن يأخذ البنك ربحاً بقدر مساهمته في

(١) المدونة الكبرى، ج ٤، ص ٣٤ .

رأس المال . وهذا يتماشى مع العدالة ويحققها. وواضح أن هذه المعالجة ينبني عليها أن تتغير حصة البنك في رأس مال المشاركة مع أية عملية في هذا الحساب إيداعاً كانت أو سحباً. فالإيداع ينقص حصة البنك مع أن السحب يزيداها. وقد يوجب هذا الترتيب تمشياً مع المبادئ المقررة للشركة أن ينبني على كل تغيير في حصة البنك في رأس المال مشاركة جديدة تستدعي التصفية والقسمة .

لذلك فإن كل حركة في حساب المشاركة هي في حقيقتها تصفية لمشاركة سابقة وإنشاء لمشاركة جديدة برأس مال جديد. وهكذا تبدو المشاركة المصرفية في حقيقتها مجموعة متتالية من المشاركات. فكل سحب أو إيداع في حساب المشاركة يجعل للبنك حصة جديدة في رأس مال جديد لمشاركة جديدة. ويترتب على هذا أن تصفى المشاركة السابقة تصفية حكيمية من غير قسمة. وإنما تتم القسمة في نهاية الفترة عند تنضيض مجموعة هذه المشاركات المتتاليات.

١٣- يجوز الاتفاق في عقد المشاركة على أن يشتري العميل حصة البنك تدريجياً خلال مدة متفق عليها تؤوّل بعدها ملكية موجودات المشاركة بالكامل إلى العميل .

شراء العميل لحصة البنك في المشاركة قد تمليه الضرورة العملية. فكما أسلفنا القول فإن طلب العميل مشاركة البنك له مقصود منه التمويل بطريقة مقبولة شرعاً. وكذلك فإن دور البنك

بطبيعته هو دور الوساطة المالية. لذلك فإن شراء أحد أطراف العقد لحصة الطرف الآخر يحقق مصلحة الطرفين، وكلاهما يرغب فيه. البنك يرغب في البيع طالما أن ذلك يحقق له ربحاً والعميل يرغب في الشراء بمجرد حصوله على مبالغ كافية لشراء حصة البنك.

ويمكن أن يكون الشراء لكامل حصة البنك دفعة واحدة أو أن يكون هذا الشراء تدريجياً بحيث يشتري العميل في كل مرة جزءاً من حصة البنك. لهذا يمكن للطرفين الاتفاق في العقد على أن يشتري أحدهما حصة الآخر، ويجوز النص على ذلك في العقد، بشرط أن ينعقد البيع في حينه وبثمن يتفق عليه الأطراف عندها.

ولا يجوز تحديد ثمن البيع مسبقاً في عقد المشاركة. ولكن يمكن أن يكون الثمن هو الثمن المثل في السوق عند انعقاد البيع. إذ أن تحديد ثمن البيع مسبقاً والنص عليه في العقد قد يؤدي إلى انقطاع الشركة فلربما أدى ذلك الثمن المحدد لان بيع البنك حصته بأكثر من قيمتها السوقية بحيث يستحوذ على جميع الربح. لاسيما أن بعض الطرق المستخدمة لتحديد ثمن البيع تكون على أساس نسبة ربح محددة منسوبة إلى نصيب البنك في رأس المال. وإذا باع البنك حصته تولية (بتكلفتها) فقد ضمن رأسماله عملياً وجعل أي خسارة على الشريك .

بجانب إن هذا الشرط يجعل البيع مضافاً للمستقبل إذ يعد البيع منعقداً مع تأخر آثاره إلى ذلك التاريخ المحدد في عقد

المشاركة وإضافة البيع إلى المستقبل يمنعها الفقهاء^(١).

ونخلص من هذا إلى أنه يمكن أن يتفق البنك مع عميله على أن يشتري ذلك العميل حصة البنك تدريجياً خلال مدة متفق عليها بشرط أن لا يحدد الثمن الذي سوف يشتري به العميل وإنما يترك تحديده للوقت الذي يقع فيه البيع حتى لا يؤدي ذلك إلى إضافة البيع.

١٤- إذا تضمن عقد المشاركة نصاً يتعلق بشراء الشريك لحصة البنك خلال مدة متفق عليها لزم أن يترك التعاقد على البيع إلى وقت لاحق .

بحكم طبيعة عمل البنك التمويلية فإنه قد يرغب في الخروج من المشاركة خلال مدة معينة. لذلك فإنه قد يختار أن يبيع حصته لشريكه ، كما أن الشريك قد يرى لنفسه مصلحة من شرائه لحصة البنك في المشاركة ، فيتفق الطرفان على شراء أحدهما لحصة الآخر في المشاركة خلال تلك المدة المحددة. فيعطي البنك شريكه إيجاباً مفتوحاً بالبيع له خلال مدة منصوص عليها في العقد، وذلك العميل بالخيار ، ولكن إذا رغب العميل في شراء حصة البنك عندها يتم التعاقد بينهما على البيع . ويحدد زمن الشراء عندئذٍ .

(١) الزحيلي، الفقه الإسلامي، ج٤، ص٢٤٦-٧ .

١٥- لإمانع من النص في عقد المشاركة على أن البنك يبيع حصته بثمن محدد في تاريخ معين بشرط أن يكون الشريك غير ملزم بالشراء .

ويمكن كذلك النص في عقد المشاركة على تحديد ثمن معين يبيع فيه البنك حصته إلى عميله الشريك في وقت لاحق على أن يكون العميل بالخيار . ولا يؤدي هذا الالتزام من جانب البنك إلى أن يجعل عقد البيع مضافاً للمستقبل ؛ إذ أن عقد البيع لم يكتمل لتوقفه على قبول الشريك والذي تكتمل به الصيغة في عقد البيع^(١) . كما لا يؤدي ذلك إلى ضمان رأسمال البنك (حتى لو حدد ثمن حصته بكلفتها الأصلية) لأن الشريك بالخيار إن شاء اشتراها أو تركها .

فالتزام البنك هو إيجاب من طرف واحد والمعلوم أن هذا الإيجاب لا يعد بيعاً ولا ينعقد البيع به لوحده إذ لا بد من قبول من الطرف الآخر، حتى تلتقى الإرادتان. لذلك فإن هذا النص يجعل العميل بالخيار حتى لا تلتقى الإرادتان إيجاباً وقبولاً مما يؤدي إلى إضافة عقد البيع وكذلك تجنباً لانقطاع الشركة كما سبق ذكره في هذا المعيار : معيار الشركة المصرفية .

(١) الزحيلي، الفقه الإسلامي، ج ٤، ص ٢٤٦-٧ .

المراجع

- ابن القيم : اعلام الموقعين .
- ابن تيمية ، أحمد ، الفتاوى الكبرى ، الرياض ٣٥ جزء .
- ابن حجر العسقلاني (٨٥٢هـ) بلوغ المرام من أدلة الأحكام ، مكة المكرمة : مكتبة
الباز (١٤١٧هـ) .
- ابن حزم ، أبو محمد علي بن أحمد بن حزم (٤٥٦هـ) ، المحلى - بيروت : دار
الكتب العلمية (١٩٨٨م) .
- ابن عابدين ، رد المحتار على الدر المختار ، دار إحياء التراث العربي .
- ابن قدامة ، المغني والشرح الكبير ، بيروت ، دار الكتاب العربي .
- ابن قدامة ، موفق الدين عبد الله بن أحمد ، المغني ، ١٤ جزء .
- ابن ماجه ، محمد ، السنن ، بتحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ، القاهرة : مطبعة
البابى الحلبي ، د . ت .
- أبو الوليد محمد بن رشد القرطبي (٥٩٥هـ) : بداية المجتهد ونهاية المقتصد ،
جزءان .
- أبو بكر محمد بن العربي (٥٤٣هـ) ، أحكام القرآن ، دار إحياء الكتب العربية .
- أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني (٢٧٥هـ) ، سنن أبي داود .
- أبو زكريا ، محيي الدين النووي (٦٧٦هـ) ، المجموع .
- أبو عبد الله بن إدريس الشافعي (٢٠٤هـ) ، الأم .
- أبو عبد الله محمد بن عبد الله الخرشبي (١١٠١هـ) : شرح على مختصر خليل .

- أبو عبدالله محمد بن اسماعيل البخاري (٢٥٦هـ) ، صحيح البخاري .
أبو عيسى السلمى (٢٧٩هـ) ، صحيح الترمذى .
أحمد الدردير العدوى (١٢٠١هـ) ، أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك ، القاهرة :
مطبعة الاستقامة (١٣٧٥هـ) .
أحمد بن إدريس القرافي (٦٨٤هـ) : الفروق .
أحمد بن حسين البيهقى (٤٥٨هـ) ، السنن الكبرى .
الإمام أحمد بن حنبل (٢٤١هـ) ، مسند الإمام أحمد .
الدسوقي ، محمد بن أحمد بن عرفة ، حاشية على الشرح الكبير ، ط ١ ، مطبعة
عيسى البابى الحلبي ، مصر ، ٤ أجزاء ، د.ت .
الزحيلي وهبة ، الفقه الإسلامى وأدلته ، دمشق : دار الفكر ، ١٩٨٩ م .
الشوكاني ، محمد بن علي : نيل الأوطار ، دار القلم ، بيروت .
الكاساني ، علاء الدين أبي بكر (٥٨٧هـ) ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ،
بيروت : دار الكتب العلمية ، ١٩٨٦ م .
بدر الدين العيني (٨٥٥هـ) ، رمز الحقائق في شرح كنز الدقائق .
بدر الدين محمود بن أحمد العيني (٨٥٥هـ) ، عمدة القاري شرح صحيح
البخاري .
برهان الدين ، علي بن أبي بكر المرغيناني (٥٩٣هـ) ، الهداية مع فتح القدير .
برهان الدين المرغيناني (٥٩٣هـ) : بداية المبتدى ، القاهرة : مطبعة وادي الملوك .
حافظ الدين أبي البركات النسفي (٧٠١هـ) ، كنز الدقائق ، مصر : مكتبة الكتبي .
الإمام الحافظ محمد بن يزيد بن ماجه (٢٧٣هـ) ، سنن ابن ماجه .
زين العابدين بن ابراهيم نجيم المصري (٩٧٠هـ) : البحر الرائق شرح كنز الدقائق .
زين العابدين بن نجيم المعدي (٩٧٠هـ) ، الأشباه والنظائر .

- سليمان بن خلف الباجي (٤٩٤هـ) ، المنتقى شرح الموطأ .
- ضياء الدين خليل بن اسحق المعروف بالجندي (٧٧٦هـ) ، مختصر خليل ، مصر : مصطفى البابي الحلبي (١٣٣٣هـ) .
- عبد الله النغزي القيرواني (٣٨٦هـ) ، الرسالة ، مصر : مصطفى البابي الحلبي (١٣٦٨هـ) .
- عبدالرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي .
- علي بن أحمد العدوي (١١٨٩هـ) ، حاشية علي الخرشبي .
- علي حيدر ، شرح مجلة الأحكام ، بيروت : دار الكتب العلمية .
- عمر بن الحسين الخرقبي (٣٣٤هـ) ، مختصر الخرقبي ، طنطا : ١٤١٣هـ .
- فخر الدين عثمان (٧٤٣هـ) ، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق .
- كمال الدين بن الهمام (٨٦١هـ) ، فتح القدير ، شرح الهداية ، القاهرة : المطبعة الأميرية .
- الإمام مالك بن أنس (١٧٩هـ) ، عن عبدالرحمن بن القاسم رواية سحنون بن سعيد التنوخي : المدونة الكبرى .
- مجلة الأحكام العدلية ، الدولة العثمانية (١٣٨٨) ، ط ٥ .
- محمد بن أحمد السرخسي (٤٣٨هـ) ، المبسوط .
- محمد بن عبد الباقي الزرقاني (١١٢٢هـ) ، شرح الزرقاني على موطأ مالك .
- محمد بن محمد بن عبدالرحمن الخطاب (٩٥٤هـ) : مواهب الجليل لشرح مختصر خليل .
- محمد عlish (١٢٩٩هـ) ، منح الجليل على مختصر خليل ، القاهرة ، دار الطباعة الكبرى (١٢٩٤هـ) .
- محمد عlish (١٢٩٩هـ) : فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك .

- محيي الدين النووي (٦٧٦هـ) ، منهاج الطالبين وعمدة المفتين .
مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري (٢٦١هـ) ، صحيح مسلم .
مصطفى الزرقا ، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد .
وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية : الموسوعة الفقهية ، الكويت ، ذات السلاسل ،
١٩٨٣م ، كرن .